



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 3, Part 1

2008, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2008] 3 F.C.R., 3–226

Renvoi [2008] 3 R.C.F., 3–226

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
DALEANN BEAUREGARD

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
DALEANN BEAUREGARD

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif ſont également nommés en vertu de celle-ci. Le *Recueil* est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales ſont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Judgments	3-226
Digests	D-1
Altana Pharma Inc. v. Novopharm Ltd. (F.C.) ...	63

Evidence—Appeal, cross-appeal from Prothonotary’s decision wherein concluded case law interpreting *Canada Evidence Act*, s. 7 as allowing parties in trial or proceeding to call five experts per issue without leave of court, rejected applicants’ motion for leave to call more than that—Case law on which Court proceeding to date not settling interpretation of s. 7, necessary to consider that section more directly in light of recent authority—S. 7 read as limiting each side to five experts per case unless leave granted to call more—Appeal allowed; cross-appeal subject-matter referred back to Prothonotary.

Construction of Statutes—Whether *Canada Evidence Act*, s. 7 limiting number of experts to be called without leave of court to five per issue or five per case—Purpose of s. 7 to prevent abuse, trouble, expense, delay caused by excessive use

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêviste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à : Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Jugements	3-226
Fiches analytiques	F-1
Altana Pharma Inc. c. Novopharm Ltd. (C.F.) ...	63

Preuve—Appel et appel incident de la décision de la protonotaire, qui a conclu que la jurisprudence portant sur l’interprétation de l’art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorise cinq experts par question pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal, et qui a rejeté la demande de permission des demanderesses pour appeler plus de cinq experts—La jurisprudence sur laquelle la Cour s’est fondée jusqu’ici ne détermine pas l’interprétation de l’art. 7 et cette disposition a donc été examinée de manière plus directe dans le contexte de la jurisprudence récente—L’art. 7 est interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l’affaire, à moins d’obtenir la permission de la Cour d’en appeler plus—Appel accueilli; le sujet de l’appel incident a été renvoyé à la protonotaire.

Interprétation des lois—Il s’agissait de savoir si l’art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* limite le nombre d’experts à appeler sans la permission de la Cour à cinq par question ou à cinq dans le cadre de l’affaire—L’art. 7 a pour objet d’éviter

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of expert evidence—As s. 7 providing court with discretion to increase number of experts, inconsistent with intent of provision to expand restriction by reading in words “per issue”—Taking into account remedial nature of provision, plain wording, purpose, mischief to be cured, s. 7 read as limiting each side to five experts per case subject to leave of court to vary number.

Judges and Courts—Judicial comity—Whether Federal Court bound by Federal Court decision which relied on cases subsequently overturned or decided opposite to understanding of Judge, and made without benefit of relevant F.C.A. decision—Review of principles governing application of *stare decisis* of judgments of same court.

Flynn v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 18

Penitentiaries—Appeal from Federal Court’s determination that breach of procedural fairness because at time decision to suspend respondent inmate’s contact visits with *de facto* spouse, participation in private family visits program taken, respondent not given sufficient information to make representations regarding suspension—Respondent suspected of using visits for unlawful activities inside penitentiary—Scope of duty of procedural fairness when considering question of suspension of contact visits—Time at which sufficiency of information for procedural fairness purposes must be determined—*Corrections and Conditional Release Act*, s. 27(1) authorizing body responsible for making decision to give inmate summary of information to be considered in taking decision rather than information itself—Decision to suspend inmate’s contact visits requiring prison authorities to give inmate sufficient information to object to process—Federal Court misconceiving status of contact visits, applying wrong test as to sufficiency of information provided or incorrectly applying test referred to—Information provided sufficient, duty of procedural fairness met—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l’utilisation excessive de la preuve d’expert—Comme l’art. 7 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d’experts, il ne serait pas conforme à l’intention de la disposition d’étendre la restriction en y lisant les mots « par question »—Compte tenu de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier, l’art. 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l’affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

Juges et Tribunaux—Courtoisie judiciaire—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale était liée par l’une de ses décisions antérieures qui reposait sur des affaires qui ont été infirmées par la suite ou qui allaient à l’encontre de la conception qu’avait la juge, qui n’avait pas en main la décision pertinente de la C.A.F.—Révision des principes régissant l’application du principe du *stare decisis* en rapport avec les jugements du même tribunal.

Flynn c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 18

Pénitenciers—Appel de la décision de la Cour fédérale portant qu’il y avait eu manquement à l’équité procédurale parce qu’au moment où la décision de suspendre les visites contacts de l’intimé, un détenu, avec sa conjointe de fait et sa participation au programme de visites familiales privées a été prise, l’intimé n’avait pas reçu suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des représentations—L’intimé fut soupçonné d’utiliser les visites pour exercer des activités illicites à l’intérieur du pénitencier—Portée de l’obligation d’équité procédurale dans le cadre de l’examen de la question de la suspension des visites contacts—Il fallait établir le moment où on doit évaluer la suffisance de l’information pour les fins de l’équité procédurale—L’art. 27(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* permet à l’organisme chargé de rendre une décision de fournir au détenu un sommaire des renseignements qui entrent en ligne de compte dans la décision plutôt que les renseignements eux-mêmes—La décision de suspendre les visites contacts du détenu commande que les autorités carcérales fournissent au détenu suffisamment d’informations pour lui permettre de s’opposer au processus—La Cour fédérale s’est méprise quant au statut des visites contacts, appliquant le mauvais critère quant à la suffisance de l’information fournie ou appliquant incorrectement le critère dont il est question—L’information fournie était suffisante et l’obligation d’équité procédurale a été remplie—Appel accueilli.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Grounds of Review—Procedural Fairness—Scope of duty of procedural fairness when considering question of suspension of federal penitentiary inmate’s contact visits—Time at which sufficiency of information for procedural fairness purposes must be determined—Sufficiency of information provided assessed.

MiningWatch Canada v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (F.C.) 84

Environment—Applicant challenging legality of decisions, actions by responsible authorities in conducting environmental assessment (EA) of mining project under *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA)—In conducting EA under CEAA, federal authorities shall exercise powers in manner that protects environment, human health, applies precautionary principle—Project initially considered to be comprehensive study review under CEAA, then changed to CEAA screening level review—CEAA, s. 21, as amended in 2003, making public consultation mandatory where project described in comprehensive study list—In sidestepping statutory requisites in CEAA, s. 21, in guise of decision to rescope project, responsible authorities exceeded statutory powers, committed reviewable error.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Judicial review of decisions, actions by responsible authorities in conducting environmental assessment (EA) of mining project under *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA)—Whether responsible authorities under legal duty to conduct comprehensive study, consult public prior to taking course of action decision in respect of Project—Under CEAA, s. 21, comprehensive study must be conducted in case of project described in comprehensive study list (CSL)—Where project described in CSL, responsible authority must ensure public consultation with respect to, inter alia, proposed scope of project for purposes of EA—Responsible authorities having no discretion to rescope project in order to avoid public consultation implications of CEAA, s. 21—In sidestepping statutory requisites of s. 21, in guise of decision to rescope project, responsible authorities exceeded statutory powers, committed reviewable error—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—Motifs—Équité procédurale—Portée de l’obligation d’équité procédurale dans le cadre de l’examen de la question de la suspension des visites contacts d’un détenu dans un pénitencier fédéral—Il fallait établir le moment où on doit évaluer la suffisance de l’information pour les fins de l’équité procédurale—Appréciation de la suffisance de l’information fournie.

Mines Alerte Canada c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (C.F.) 84

Environnement—La demanderesse contestait la légalité d’une série de décisions ou de mesures prises par les autorités responsables en procédant à l’évaluation environnementale (EE) d’un projet minier sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (LCEE)—En procédant à une EE en application de la LCEE, les autorités fédérales exercent leurs pouvoirs d’une manière qui protège l’environnement et la santé humaine et qui fait appel au principe de précaution—Le projet a été considéré au départ comme une étude approfondie sous le régime de la LCEE et il a plus tard été changé pour un examen préalable sous le régime de la LCEE—L’art. 21 de la LCEE, qui a été modifié en 2003, impose une consultation publique dans le cas d’un projet mentionné dans la liste d’étude approfondie—En ne tenant pas compte des conditions énoncées à l’art. 21 de la LCEE, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les autorités responsables ont excédé les pouvoirs que leur confère la loi et ont commis une erreur susceptible de contrôle.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Contrôle judiciaire de décisions ou de mesures prises par les autorités responsables en procédant à l’évaluation environnementale (EE) d’un projet minier sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* (LCEE)—Il s’agissait de savoir si les autorités responsables étaient légalement tenues de mener une étude approfondie et de consulter le public avant de prendre une décision sur la voie à suivre au sujet du projet—L’art. 21 de la LCEE dispose qu’une étude approfondie doit être menée dans le cas d’un projet visé dans la liste d’étude approfondie (LEA)—Quand un projet est décrit dans la LEA, l’autorité responsable doit veiller à ce que l’on consulte le public sur, entre autres, la portée proposée du projet pour les besoins de l’EE—Les autorités responsables n’avaient pas le pouvoir discrétionnaire de changer la portée du projet de façon à éviter ce qu’implique l’art. 21 de la LCEE en matière de consultation publique—En ne tenant pas compte des conditions énoncées à l’art. 21, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les autorités responsables ont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Distribution of Powers—Proposed mine development falling under heads of local works, undertakings, property and civil rights, matters of purely local nature, thus under provincial jurisdiction—Also attracting Parliament’s jurisdiction over water resources, fisheries—Under *Canadian Environmental Assessment Act*, s. 5(1), environmental assessment required for “project” if “federal authority” proponent of project.

Practice—Parties—Standing—Proponent of mining project challenging applicant’s standing—Public interest standing granted only if meeting tri-partite test of serious issue, genuine interest, no other reasonable, effective manner in which issue may be brought to Court—Compliance with *Canadian Environmental Assessment Act* raising serious, justiciable question of law—Applicant, coalition representing 20 groups, demonstrating real, continuing interest in problems associated with mine development—Showing more than mere *bona fide* interest, concern about social, environmental issues—Standing accorded to applicant under doctrine of public interest.

Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 216

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision not having jurisdiction to deal with international law, constitutional issues in application for exemption from permanent resident visa requirements pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 25—Applicant married to Canadian permanent resident, having Canadian-born child but because of criminal record, disqualified from inclusion as spouse, common-law partner in Canada class—Applicant denied fair hearing when officer failed to consider applicant’s arguments—PRRA officer obliged to consider questions of law, constitutional issues since exercising Minister’s discretion under IRPA, s. 25—Also failed to appreciate significance of Supreme Court of Canada’s

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

excédé les pouvoirs que leur confère la loi et ont commis une erreur susceptible de contrôle—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Le projet de développement minier en cause tombe sous les chefs des travaux et des entreprises d’une nature locale, de la propriété et des droits civils ainsi que des matières de nature purement locale, et relève donc de la compétence provinciale—Il met aussi en cause la compétence du gouvernement fédéral sur les ressources halieutiques et les pêches—En vertu de l’art. 5(1) de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, une évaluation environnementale s’impose à l’égard d’un « projet » si une « autorité fédérale » en est le promoteur.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Le promoteur du projet minier a contesté la qualité pour agir de la demanderesse—On n’accorde la qualité pour agir dans l’intérêt public que si l’on satisfait au critère à trois volets suivant: une question sérieuse est soulevée, il y a un intérêt véritable et il n’y a pas d’autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour—Le respect de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale* soulève une question de droit sérieuse et réglable par voie judiciaire—La demanderesse, une coalition représentant une vingtaine de groupes, a fait montre d’un intérêt réel et constant à l’égard des problèmes associés à l’exploitation minière—Elle a manifesté plus qu’un simple intérêt légitime à l’égard des questions sociales et environnementales—La qualité pour agir a été accordée à la demanderesse selon le principe de l’intérêt public.

Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 216

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente d’examen des risques avant renvoi (ERAR) a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d’une demande de dispense d’application des conditions d’obtention d’un visa de résident permanent en vertu de l’art. 25 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Le demandeur est marié à une résidente permanente au Canada et il est père d’un enfant né au Canada, mais son casier judiciaire l’empêchait de faire partie de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada—Le demandeur n’a pas eu une audience équitable étant donné que l’agente a refusé d’examiner certains arguments qu’il avait avancés—L’agente

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* which emphasized importance of considering children's interests in H&C application—Ramifications of *R. v. Hape*, dealing with extra-territorial application of Charter in immigration context—PRRA officer should have asked whether applicant's removal would violate Canadian law, which should be interpreted consistently with international law—Question certified as to immigration officer's jurisdiction to consider whether removal would breach *International Covenant on Civil and Political Rights*—Application allowed.

International Law—Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision not having jurisdiction to deal with international law, constitutional issues in application for exemption from permanent resident visa requirements pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, s. 25—Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* stating international conventions having no direct application within Canadian law unless implemented by Parliament, but values reflected therein serving as aid in interpreting domestic law—Federal Court of Appeal interpreting IRPA, s. 3(3)(f) as not giving priority to international human rights instruments inconsistent with IRPA provisions and noting expanding role of international law in interpretation of domestic law—Ramifications of Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Hape*, that prohibitive rules of international custom incorporated directly into Canadian domestic law through common law, without need for legislative action to continued applicability of principles regarding international law stated in *Baker*—Question certified as to immigration officer's jurisdiction to consider whether removal would breach *International Covenant on Civil and Political Rights*.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'ERAR était tenue d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles puisqu'elle exerçait le pouvoir discrétionnaire du ministre au titre de l'art. 25 de la LIPR—En outre, elle n'a pas apprécié l'importance de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, qui soulignait l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire—Incidences de l'arrêt *R. c. Hape*, qui portait sur l'application extraterritoriale de la Charte dans le contexte de l'immigration—L'agente d'ERAR aurait dû se demander si le fait de renvoyer le demandeur serait contraire au droit canadien, droit qui doit être interprété conformément au droit international—Certification d'une question portant sur la compétence de l'agente d'immigration de se pencher sur la question de savoir si le renvoi serait contraire au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*—Demande accueillie.

Droit international—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent en vertu de l'art. 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*—Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les conventions internationales n'avaient pas d'application directe en droit canadien à moins d'avoir été mises en œuvre par le Parlement, mais les valeurs qui y sont illustrées peuvent néanmoins servir pour l'interprétation du droit interne—La Cour d'appel fédérale a interprété l'art. 3(3)(f) de la LIPR comme ne donnant pas aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme priorité d'application sur les dispositions incompatibles de la LIPR et elle a décrit le rôle accru donné au droit international dans l'interprétation du droit interne—Incidences de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *R. c. Hape*, portant que les règles prohibitives du droit international coutumier sont incorporées directement au droit canadien interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir quant à l'applicabilité continue des principes de droit international posés dans l'arrêt *Baker*—Certification d'une question portant sur la compétence de l'agente d'immigration de se pencher sur la question de savoir si le renvoi serait contraire au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pelletier v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 40

Construction of Statutes—*Interpretation Act* (Act), s. 24(1); *Financial Administration Act* (FAA), s. 105(6)—Appeal from Federal Court decision setting aside second Order in Council terminating respondent as Chairman of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc.—Respondent appointed by Order in Council under *FAA*, s. 105(6) but terminated before expiry of term—Federal Court’s decision setting aside first termination order upheld by Federal Court of Appeal—On judicial review of second termination order, Federal Court wrongly importing into Act, s. 24(1), *FAA*, s. 105(6) words not in accordance with text, purpose of provisions—Act, s. 24(1)(a) not imposing obligation to consult on power to terminate, only on power to appoint—Minister not having obligation to consult Board of Directors of VIA Rail before terminating respondent—Appeal allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Appeal from Federal Court decision setting aside second Order in Council terminating respondent as Chairman of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc.—Federal Court misinterpreting Federal Court of Appeal’s decision on content of procedural fairness required—Because removed for misconduct, respondent having right to be informed of reasons of termination, right to be heard—Minister meeting procedural fairness requirements set out by Federal Court on judicial review of first termination order—Second termination order valid in principle—Federal Court also erring in applying standard of procedural fairness of reasonable apprehension of bias instead of standard of closed mind to Minister’s discretionary decision to terminate—Evidence showing Minister not having closed mind when respondent’s hearing on second termination order taking place.

Rendina v. Canada (Attorney General) (F.C.) 3

Patents—Practice—Judicial review of Commissioner of Patents’ refusal to accept payment of patent application maintenance, reinstatement fees during one-year reinstatement period for Canadian patent application No. 2424725—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pelletier c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 40

Interprétation des lois—Art. 24(1) de la *Loi d’interprétation* (la Loi); art. 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP)—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l’intimé, qui faisait fonction de président du conseil d’administration de VIA Rail Canada Inc.—L’intimé a été nommé par décret en vertu de l’art. 105(6) de la LGFP, mais il a été destitué avant l’expiration de son mandat—La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Cour fédérale annulant le premier décret de destitution—Dans le cadre du contrôle judiciaire du second décret de destitution, la Cour fédérale a importé dans les art. 24(1) de la Loi et 105(6) de la LGFP des mots qui faisaient violence au texte et à l’esprit de ces dispositions— L’art. 24(1)(a) de la Loi n’impose pas l’obligation de consulter dans l’exercice du pouvoir de destitution, seulement dans l’exercice du pouvoir de nomination—Le ministre n’avait pas l’obligation de consulter le conseil d’administration de VIA Rail avant de destituer l’intimé—Appel accueilli.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l’intimé, qui faisait fonction de président du conseil d’administration de VIA Rail Canada Inc.—La Cour fédérale a fait une mauvaise lecture de la décision de la Cour d’appel fédérale sur le contenu d’équité procédurale demandé—Parce qu’il était destitué pour inconduite, l’intimé avait le droit de connaître les motifs de destitution et le droit de se faire entendre—Le ministre s’était conformé aux exigences d’équité procédurale que lui imposait la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire du premier décret de destitution—Le second décret de destitution était en principe valide—La Cour fédérale a aussi commis une erreur en appliquant la norme d’équité procédurale de la crainte raisonnable de partialité plutôt que la norme de l’esprit fermé à la décision discrétionnaire de destitution prise par le ministre—La preuve révélait que le ministre n’avait pas l’esprit fermé lorsque l’audience relative au second décret de destitution de l’intimé a eu lieu.

Rendina c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . 3

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes à la demande de brevet canadien n° 2424725 pendant la période de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Applicant, sole owner, inventor of patent, appointed patent agent—Annual maintenance fees not paid within prescribed time frame, application deemed abandoned—Commissioner correctly refusing to accept payment of maintenance, reinstatement fees because request made by applicant, not agent, contrary to *Patent Rules*, s. 6(1)—Maintenance fee provisions of *Patent Act*, Rules interpreted strictly—Commissioner also correctly refusing to reconsider decision despite Rules, s. 3.1(1), which gives Commissioner power to extend payment delay—Given opening words stating Rules, s. 3.1(1) “subject to subsection 6(1)”, reinstatement request had to come from patent agent, not applicant—Commissioner’s refusal also justified by expiry of time limit to make reinstatement request—Application dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

rétablissement d’un an—Le demandeur est le seul propriétaire et inventeur du brevet et il a nommé un agent de brevets—La taxe périodique annuelle n’ayant pas été payée dans le délai prescrit, la demande a été considérée comme abandonnée—Le commissaire n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement parce que la demande a été faite par le demandeur, pas l’agent, ce qui était contraire à l’art. 6(1) des *Règles sur les brevets*—Les dispositions de la *Loi sur les brevets* et des Règles concernant la taxe périodique doivent être interprétées strictement—Le commissaire n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a refusé de réexaminer sa décision en dépit de l’art. 3.1(1) des Règles, qui confère au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement—Vu les premiers mots qui précisent que l’art. 3.1(1) des Règles est assujéti à l’art. 6(1), la requête en rétablissement devait être présentée par l’agent de brevets, pas le demandeur—Le commissaire avait aussi raison de refuser le paiement parce que le délai de présentation d’une requête en rétablissement était expiré—Demande rejetée.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Quebec (Attorney General) v. Canada, [2008] 2 F.C.R. 230 (F.C.) has been affirmed on appeal (A-439-07, 2008 FCA 201), reasons for judgment handed down 11/6/08.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Deep v. Canada, A-284-06, 2007 FCA 366, Pelletier J.A., judgment dated 15/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 19/6/08.

Thien v. International Longshore and Warehouse Union, Ship & Dock Foremen Local 514, A-250-07, 2008 FCA 27, Létourneau J.A., judgment dated 23/1/08, leave to appeal to S.C.C. refused 19/6/08.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Québec (Procureur général) c. Canada*, [2008] 2 R.C.F. 230 (C.F.) a été confirmée en appel (A-439-07, 2008 CAF 201), les motifs du jugement ayant été prononcés le 11-6-08.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Deep c. Canada, A-284-06, 2007 CAF 366, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 15-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-6-08.

Thien c. International Longshore and Warehouse Union, Ship & Dock Foremen Local 514, A-250-07, 2008 CAF 27, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-1-08, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-6-08.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 3, Part 1

2008, Vol. 3, 1^{er} fascicule

T-1488-06; T-26-07
2007 FC 914

T-1488-06; T-26-07
2007 CF 914

David Deck Rendina (*Applicant*)

David Deck Rendina (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Commissioner of Patents, Canadian Intellectual Property Office
(*Respondents*)

Procureur général du Canada et Commissaire aux brevets, Office de la propriété intellectuelle du Canada (*défendeurs*)

INDEXED AS: RENDINA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(*F.C.*)

RÉPERTORIÉ : RENDINA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(*C.F.*)

Federal Court, de Montigny J.—Vancouver, British Columbia, September 6 and 13, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Vancouver (Colombie-Britannique), 6 et 13 septembre 2007.

Patents — Practice — Judicial review of Commissioner of Patents' refusal to accept payment of patent application maintenance, reinstatement fees during one-year reinstatement period for Canadian patent application No. 2424725 — Applicant, sole owner, inventor of patent, appointed patent agent — Annual maintenance fees not paid within prescribed time frame, application deemed abandoned — Commissioner correctly refusing to accept payment of maintenance, reinstatement fees because request made by applicant, not agent, contrary to Rules, s. 6(1) — Maintenance fee provisions of Act, Rules interpreted strictly — Commissioner also correctly refusing to reconsider decision despite Rule, s. 3.1(1), which gives Commissioner power to extend payment delay — Given opening words stating Patent Rules, s. 3.1(1) "subject to subsection 6(1)", reinstatement request had to come from patent agent, not applicant — Commissioner's refusal also justified by expiry of time limit to make reinstatement request — Application dismissed.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes à la demande de brevet canadien n° 2424725 pendant la période de rétablissement d'un an — Le demandeur est le seul propriétaire et inventeur du brevet et il a nommé un agent de brevets — La taxe périodique annuelle n'ayant pas été payée dans le délai prescrit, la demande a été considérée comme abandonnée — Le commissaire n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement parce que la demande a été faite par le demandeur, pas l'agent, ce qui était contraire à l'art. 6(1) des Règles — Les dispositions de la Loi et des Règles concernant la taxe périodique doivent être interprétées strictement — Le commissaire n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a refusé de réexaminer sa décision en dépit de l'art. 3.1(1) des Règles, qui confère au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement — Vu les premiers mots qui précisent que l'art. 3.1(1) des Règles sur les brevets est assujéti à l'art. 6(1), la requête en rétablissement devait être présentée par l'agent de brevets, pas le demandeur — Le commissaire avait aussi raison de refuser le paiement parce que le délai de présentation d'une requête en rétablissement était expiré — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of the Commissioner of Patents' decision refusing to accept payment of the patent application maintenance and reinstatement fees during the one-year reinstatement period for Canadian patent application No. 2424725. The applicant is the sole owner and inventor of the patent and he personally prepared and submitted the patent on April 3, 2003. He subsequently appointed a patent agent in respect thereof. When the annual maintenance fee was not paid, the application was deemed

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes à la demande de brevet canadien n° 2424725 pendant la période de rétablissement d'un an. Le demandeur est le seul propriétaire et inventeur du brevet et il a lui-même préparé et déposé le brevet le 3 avril 2003. Il a par la suite chargé un agent de brevets de s'occuper du brevet. La taxe périodique annuelle n'ayant pas été payée, la demande a été

abandoned. The Canadian Intellectual Property Office (CIPO) issued a notice of abandonment which stated that the patent could be reinstated by fulfilling the requirements set out in subsection 73(3) of the *Patent Act* (Act) on or before April 4, 2006. On March 21, 2006, the applicant requested that the patent be reinstated and authorized payment of the fees from his credit card, but the CIPO refused because the fees to maintain the applicant's application could only be paid by the authorized correspondent pursuant to subsection 6(1) of the *Patent Rules* (Rules). The applicant apparently only became aware of the CIPO decision on April 5, 2006, the day after the 12-month period for reinstatement had expired. On May 17, 2006, the patent agent requested a reconsideration of the CIPO's rejection of the payment by the applicant and authorized payment of the fees from the agent's own credit card. Nonetheless, on July 18, 2006, the CIPO reiterated its earlier position since the applicant was not the authorized correspondent. Although it also considered section 3.1 of the Rules, which gives the Commissioner the authority to extend the delay of payment when an unsuccessful attempt is made, the CIPO concluded that this provision was inapplicable since the communication did not issue from the authorized correspondent.

Section 27.1 of the Act provides that the payment of annual fees is required to maintain a patent application after it is filed. The application will be considered abandoned if it is not paid within the time allowed in accordance with paragraph 73(1)(c) of the Act. However, the application can be reinstated if a request is made to the CIPO; if the prescribed fee is paid (subsection 73(3) of the Act); and if it is done "before the expiry of the 12-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure" (section 98 of the Rules). The issue was whether the Commissioner erred in refusing to accept payment from the applicant of the maintenance and reinstatement fees.

Held, the application should be dismissed.

The applicant's request for reinstatement was rejected only because it was made by the applicant himself, not by his agent, which was contrary to subsection 6(1) of the Rules. Given the consistent use of "applicant" in the provisions of the Act and of the Rules relating to the prosecution phase of the patent application process to denote the initiator of a patent application and the opening words of subsection 6(1) ("Except as otherwise provided by the Act or these Rules"), each such provision would be an exception to subsection 6(1). This makes no sense. The maintenance fee provisions of the Act

considérée comme abandonnée. L'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'OPIC) a délivré un avis d'abandon indiquant que le brevet pourrait être rétabli si le demandeur satisfaisait aux exigences énoncées au paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets* (la Loi) au plus tard le 4 avril 2006. Le 21 mars 2006, le demandeur a demandé que le brevet soit rétabli et il a autorisé le paiement des taxes au moyen de sa carte de crédit, mais l'OPIC a refusé parce que la taxe permettant de maintenir la demande du demandeur en état ne pouvait être payée que par le correspondant autorisé conformément au paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets* (les Règles). Le demandeur n'aurait été informé de la décision de l'OPIC que le 5 avril 2006, soit le jour suivant l'expiration de la période de 12 mois relative au rétablissement. Le 17 mai 2006, l'agent de brevets a demandé à l'OPIC de réexaminer la décision de refuser le paiement fait par le demandeur et il a autorisé le paiement des taxes au moyen de sa propre carte de crédit. Néanmoins, le 18 juillet 2006, l'OPIC a réitéré sa position antérieure parce que le demandeur n'était pas le correspondant autorisé. Bien qu'il ait aussi fait référence à l'article 3.1 des Règles, qui confère au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement si une tentative infructueuse a été faite pour payer la taxe, l'OPIC a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas puisque la communication ne provenait pas du correspondant autorisé.

L'article 27.1 de la Loi prévoit que des taxes annuelles doivent être payées pour maintenir une demande de brevet en état après qu'elle a été déposée. La demande sera considérée comme abandonnée si ces taxes ne sont pas payées dans le délai prévu conformément à l'alinéa 73(1)c) de la Loi. La demande peut toutefois être rétablie si une requête à cet effet est présentée à l'OPIC et si les taxes réglementaires sont payées (paragraphe 73(3) de la Loi) « dans les douze mois suivant la date de prise d'effet de l'abandon » (article 98 des Règles). La question à trancher était celle de savoir si le commissaire a commis une erreur lorsqu'il a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement effectué par le demandeur.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demande de rétablissement du demandeur a été rejetée uniquement parce qu'elle a été faite par le demandeur lui-même et non par son agent de brevets, ce qui était contraire au paragraphe 6(1) des Règles. Vu l'emploi régulier du terme « demandeur » dans les dispositions de la Loi et des Règles qui traitent de l'étape de la poursuite d'une demande de brevet pour désigner l'auteur de la demande et les premiers mots du paragraphe 6(1) (« Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles »), chacune de ces dispositions serait une exception au paragraphe 6(1), ce qui n'a aucun sens. Les

and the Rules must be interpreted strictly to ensure the applicants' compliance through the timely and diligent filing of fees. The purpose of the Act cannot be achieved by introducing uncertainty in its application and by disregarding its clear wording. Subsection 6(1) was designed to prevent the confusion that multiple correspondents would create and is a reflection of the need to delineate who the Commissioner must communicate with and whose communications the Commissioner must have regard to regarding a particular patent application. The Commissioner's interpretation of subsection 6(1) of the Rules, which only allows him to communicate with and consider communications from the authorized correspondent, was correct.

The Commissioner also did not err when he reiterated the decision to refuse to accept the prescribed fees despite subsection 3.1(1) of the Rules. This subsection expressly gives the Commissioner who has received an unsuccessful attempt to pay the fee the power to extend the delay of payment. However, because the beginning of that provision states that it is "subject to subsection 6(1)", the request for reinstatement had to come from the patent agent, not the applicant. The Commissioner's refusal of the patent agent's request for payment was also justified given that the time limit to make a reinstatement request had expired.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1), 27.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 9; S.C. 1993, c. 15, s. 32), 35(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12), 73(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52).
Patent Rules, SOR/96-423, ss. 2 "authorized correspondent", 3(1), 3.1 (as enacted by SOR/2003-208, s. 2), 6(1), 20, 28(1), 98.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Eiba v. Canada (Attorney General), [2004] 3 F.C.R. 416; (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 261; 34 C.P.R. (4th) 119; 247 F.T.R. 260; 2004 FC 250; *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13; 269 N.R. 373 (F.C.A.).

dispositions de la Loi et des Règles concernant les taxes périodiques doivent être interprétées strictement de manière à ce que les demandeurs respectent ces dispositions et, donc, que les demandeurs versent diligemment les taxes dans le délai imparti. L'objet de la Loi ne peut être atteint si on ajoute un élément d'incertitude à l'application de la Loi et si on ne tient pas compte des termes clairs qui y sont employés. Le paragraphe 6(1) a été adopté dans le but de prévenir la confusion qui découlerait du fait d'avoir plusieurs correspondants et parce que le législateur estimait qu'il fallait préciser avec qui le commissaire doit communiquer et de quelles communications il doit tenir compte à l'égard d'une demande de brevet particulière. L'interprétation que le commissaire a faite du paragraphe 6(1) des Règles, qui lui permet seulement de communiquer avec le correspondant autorisé et de tenir compte seulement des communications de celui-ci, était correcte.

En outre, le commissaire n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a réitéré sa décision de refuser les taxes réglementaires en dépit du paragraphe 3.1(1) des Règles. Cette disposition confère explicitement au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement si une personne a fait une tentative infructueuse pour verser les taxes. Cependant, comme le libellé de cette disposition commence par les mots « [s]ous réserve du paragraphe 6(1) », la requête en rétablissement devait être présentée par l'agent de brevet, pas le demandeur. Le commissaire avait raison de refuser le paiement fait par l'agent de brevets parce que le délai de présentation d'une requête en rétablissement était expiré.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1), 27.1 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9; L.C. 1993, ch. 15, art. 32), 35(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 12), 73(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52).
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 2 « correspondant autorisé », 3(1), 3.1 (édicte par DORS/2003-208, art. 2), 6(1), 20, 28(1), 98.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Eiba c. Canada (Procureur général), [2004] 3 R.C.F. 416; 2004 CF 250; *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] A.C.F. n^o 1801 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), [2002] 1 F.C. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260; 2001 FCT 879; affd [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152; 2003 FCA 121; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

REFERRED TO:

Winters v. Legal Services Society, [1999] 3 S.C.R. 160; (1999), 177 D.L.R. (4th) 94; [1999] 9 W.W.R. 327; 128 B.C.A.C. 161; 73 B.C.L.R. (3d) 193; 137 C.C.C. (3d) 371; 27 C.R. (5th) 1; 66 C.R.R. (2d) 241; 244 N.R. 203; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20; (2007), 282 D.L.R. (4th) 577; 59 C.P.R. (4th) 353; 365 N.R. 332; 2007 SCC 37; *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)* (2005), 44 Admin. L.R. (4th) 1; 45 C.P.R. (4th) 1; 344 N.R. 202; 2005 FCA 399.

AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Manual of Patent Office Practice*. Ottawa: Patent Office, March 2007.

APPLICATION for judicial review of the Commissioner of Patents' decision refusing to accept payment from the patent owner, as opposed to the appointed agent, of the application maintenance and reinstatement fees during the one-year reinstatement period. Application dismissed.

APPEARANCES:

David M. Rush for applicant.
Monika R. Bittel for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Petraroia Langford Rush LLP, Kelowna, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 1 C.F.325; 2001 CFPI 879; conf. par [2003] 4 C.F. 67; 2003 CAF 121; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222.

DÉCISIONS CITÉES :

Winters c. Legal Services Society, [1999] 3 R.C.S. 160; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 r.c.s. 20; 2007 CSC 37; *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CAF 399.

DOCTRINE CITÉE

Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*. Ottawa : Bureau des brevets, mars 2007.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement que le propriétaire du brevet, plutôt que l'agent nommé, a effectué pendant la période de rétablissement d'un an. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

David M. Rush pour le demandeur.
Monika R. Bittel pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Petraroia Langford Rush LLP, Kelowna, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

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

[1] DE MONTIGNY J.: The applicant is seeking judicial review of a decision of the Commissioner of Patents (the Commissioner) dated March 31, 2006, in which the Commissioner refused to accept payment of the patent application maintenance and reinstatement fees during the one-year reinstatement period for Canadian patent application No. 2424725 (the '725 patent).

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire d'une décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle le commissaire aux brevets (le commissaire) a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes à la demande de brevet canadien n° 2424725 (le brevet '725) pendant la période de rétablissement d'un an.

I. Background

I. Le contexte

[2] The applicant is the sole owner and inventor of the '725 patent entitled "Renewable, Energetic, Nanodimensional Dispersion." He personally prepared and submitted the '725 patent on April 3, 2003. He subsequently appointed a patent agent, Antony C. Edwards (the patent agent), in respect of the '725 patent.

[2] Le demandeur est le seul propriétaire et inventeur du brevet '725 intitulé « Dispersion de substances à l'échelle nanométrique, renouvelable et énergétique ». Il a lui-même préparé et déposé le brevet '725 le 3 avril 2003. Il a par la suite chargé un agent de brevets, Antony C. Edwards (l'agent de brevets), de s'en occuper.

[3] The annual maintenance fee due on or before April 4, 2005, was not paid by either the applicant or the patent agent; the application was therefore deemed abandoned. The Canadian Intellectual Property Office (the CIPO) issued a notice of abandonment which stated that the '725 patent could be reinstated by making a request for reinstatement, paying the maintenance fee, and paying the fee for reinstatement on or before April 4, 2006, pursuant to subsection 73(3) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act).

[3] La taxe périodique annuelle payable au plus tard le 4 avril 2005 n'ayant été payée ni par le demandeur ni par l'agent de brevets, la demande a été considérée comme abandonnée. L'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'OPIC) a délivré un avis d'abandon indiquant que le brevet '725 pourrait être rétabli si le demandeur présentait une requête à cet effet, payait la taxe périodique et payait la taxe de rétablissement au plus tard le 4 avril 2006, conformément au paragraphe 73(3) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi).

[4] On March 21, 2006, the applicant wrote a letter to the Commissioner requesting the reinstatement of the '725 patent and authorizing the payment of the fees from his credit card. Those payments were apparently received and processed by CIPO. Yet on March 31, 2006, CIPO sent a notice to the applicant advising that "while an application is pending, the fee to maintain that application may only be paid by the authorized correspondent in regard to that particular application", pursuant to subsection 6(1) of *Patent Rules*, SOR/96-423 (the Rules). As a result, the letter indicated that a refund would be issued upon request. The applicant claims that he only became aware of that

[4] Le 21 mars 2006, le demandeur a écrit au commissaire pour demander le rétablissement du brevet '725 et pour autoriser le paiement des taxes au moyen de sa carte de crédit. Le paiement a apparemment été reçu et traité par l'OPIC, mais le 31 mars 2006, un avis a été envoyé au demandeur pour l'informer que, [TRADUCTION] « pendant qu'une demande est en instance, la taxe permettant de maintenir cette demande en état ne peut être payée que par le correspondant autorisé en ce qui concerne cette demande », conformément au paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 (les Règles). En conséquence, la lettre indiquait qu'un remboursement serait effectué sur

decision on April 5, 2006.

[5] The 12-month period for reinstatement expired on April 4, 2006. On May 17, 2006, the patent agent wrote a letter to CIPO seeking reconsideration of the rejection of the payment by the applicant himself. He also authorized the payment of the fees from his own credit card.

[6] In a second letter dated July 18, 2006, CIPO reiterated its position to refuse the payment by the applicant, as the applicant is not the authorized correspondent. It also took into consideration section 3.1 [as enacted by SOR/2003-208, s. 2] of the Rules which expressly gives the power to the Commissioner to extend the delay of payment when an unsuccessful attempt is made; however, it concluded that this provision is inapplicable since the communication did not issue from the authorized correspondent.

[7] The applicant filed a second application for leave and judicial review of that July 18, 2006 decision (docket number T-1488-06). At the hearing, however, the applicant explained that this second application was made essentially to protect his rights but relates to the same decision from CIPO to refuse his application for reinstatement. Accordingly, there will be only one set of reasons for the two files.

II. Issues

[8] This application for judicial review raises the following issues:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did the Commissioner err in refusing to accept payment of the maintenance and reinstatement fees in respect of the '725 patent?

III. Relevant Provisions

[9] The relevant provisions are attached hereto as Annex A.

demande. Le demandeur soutient qu'il n'a été informé de cette décision que le 5 avril 2006.

[5] La période de 12 mois relative au rétablissement a pris fin le 4 avril 2006. Le 17 mai 2006, l'agent de brevets a écrit à l'OPIC pour lui demander de réexaminer la décision de refuser le paiement fait par le demandeur lui-même. Il a aussi autorisé le paiement des taxes au moyen de sa propre carte de crédit.

[6] Dans une deuxième lettre datée du 18 juillet 2006, l'OPIC a réaffirmé qu'il refusait le paiement fait par le demandeur parce que celui-ci n'était pas le correspondant autorisé. Il a aussi fait référence à l'article 3.1 [édicte par DORS/2003-208, art. 2] des Règles, qui confère expressément au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement si une tentative infructueuse a été faite pour payer la taxe; il a toutefois conclu que cette disposition ne s'appliquait pas puisque la communication ne provenait pas du correspondant autorisé.

[7] Le demandeur a déposé une deuxième demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision du 18 juillet 2006 (dossier n° T-1488-06). À l'audience cependant, il a expliqué que cette deuxième demande visait essentiellement à protéger ses droits, mais qu'elle avait trait aussi à la décision de l'OPIC de refuser sa demande de rétablissement. En conséquence, il n'y aura qu'un seul ensemble de motifs pour les deux affaires.

II. Les questions en litige

[8] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le commissaire a-t-il commis une erreur lorsqu'il a refusé le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes au brevet '725?

III. Les dispositions pertinentes

[9] Les dispositions pertinentes sont reproduites à l'annexe A.

IV. Analysis

[10] There is no dispute between the parties that the appropriate standard of review in the present case is the correctness standard, as the issue to be decided is essentially a question of law. I can do no better in this respect than quoting from the decision reached by my colleague Justice Dawson in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325 (T.D.) (affirmed at [2003] 4 F.C. 67 (C.A.)). Conducting a pragmatic and functional analysis as directed by the Supreme Court of Canada in cases such as *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, she stated, at paragraphs 21-24:

Expertise is the most important of the four factors to be considered. While the Commissioner has expertise with respect to a number of matters, I am not persuaded that such expertise extends to interpreting the relevant provisions of the Act and the Rules for the purpose of determining the effect of an underpayment of fees. As the majority of the Federal Court of Appeal observed in *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.) at paragraph 183, the broader the proposition and the further the implications of a decision stray from the Commissioner's expertise, the less deference is warranted. This suggests a less deferential standard of review, closer to the correctness and of the spectrum.

While the object of the Act is to promote the development of inventions so as to benefit both inventors and the public, I conclude that the purpose of the specific provisions at issue with respect to the payment of fees is not polycentric in nature, not involving a multi-faceted balancing test. The Act establishes and regulates the respective rights of patent holders. Where the purpose of the legislation is to establish rights between parties, closer scrutiny by the Court is warranted.

The nature of the question at issue is a question of law: the interpretation will have determinative impact on future decisions. This again warrants less deference, and a standard closer to correctness.

IV. L'analyse

[10] Les parties s'entendent sur le fait que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique en l'espèce étant donné que la question en litige est essentiellement une question de droit. À cet égard, je ne peux que citer des extraits de la décision rendue par ma collègue la juge Dawson dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.) (confirmée par [2003] 4 C.F. 67 (C.A.)). Procédant à une analyse pragmatique et fonctionnelle comme l'a exigé la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, la juge Dawson a affirmé ce qui suit, aux paragraphes 21 à 24 :

L'expertise est le plus important des quatre facteurs à examiner. Bien que le Commissaire possède une expertise à l'égard d'un certain nombre de questions, je ne suis pas persuadée que cette expertise s'étende à l'interprétation des dispositions pertinentes de la Loi et des Règles pour déterminer les conséquences d'un versement insuffisant de taxes. Ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale l'ont fait remarquer dans l'arrêt *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.) au paragraphe 183, plus les propositions avancées sont générales et plus les répercussions de la décision s'écartent du domaine d'expertise fondamental du commissaire, moins le tribunal est justifié de faire preuve de retenue judiciaire, ce qui permet de conclure à une norme de contrôle qui appelle un degré moins élevé de retenue judiciaire et se rapproche davantage de la norme du bien-fondé, qui se situe à l'autre extrémité du spectre.

Bien que la Loi ait pour objet de promouvoir la mise au point d'inventions susceptibles de profiter tant aux inventeurs qu'au public, je conclus que l'objet des dispositions précises en litige en ce qui concerne le paiement de taxes n'est pas de nature polycentrique et qu'il n'implique pas l'application d'un critère de pondération à volets multiples. La Loi définit et réglemente les droits respectifs des titulaires de brevets. Lorsqu'une loi a pour objet de définir les droits entre les intéressés, le tribunal est justifié de procéder à un examen plus serré.

La question en litige est, de par sa nature, une question de droit. L'interprétation aura des incidences déterminantes sur les décisions à venir, ce qui, je le répète, justifie un degré moins élevé de retenue judiciaire et l'application d'une norme qui se rapproche davantage de la norme du bien-fondé.

Applying those factors, I conclude that the decisions of the Commissioner in the cases before me are reviewable on the standard of correctness.

[11] The issue before this Court, therefore, is whether the Commissioner was right in his interpretation of the Act. There is no room for deference here: either the interpretation of the relevant provisions of the Act given by the Commissioner was correct or it was not. For the reasons that follow, I believe the Commissioner came to the proper conclusion.

[12] Section 27.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 9; S.C. 1993, c. 15, s. 32] of the Act provides that the payment of annual fees is required to maintain a patent application after it is filed. The application will be considered abandoned if it is not paid within the time allowed (paragraph 73(1)(c) [as *am. idem*, s. 52] of the Act). However, the application can be reinstated if: a request is made to the CIPO; the action that should have been taken in order to avoid the abandonment is taken; and if the prescribed fee is paid (subsection 73(3) of the Act). It has to be done “before the expiry of the 12-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure” (section 98 of the Rules).

[13] In this case, the application was deemed to be abandoned on April 4, 2005. However, the applicant then had a 12-month period to ask for reinstatement, until April 4, 2006. He made his request on March 21, 2006. The request was therefore submitted within the prescribed 12-month period. The only reason why the applicant’s request for reinstatement was rejected was because it was made by the applicant himself, and not by his agent. According to the Commissioner, this was contrary to subsection 6(1) of the Rules.

[14] The applicant relies on the opening phrase of that provision (“Except as provided by the Act or these Rules”) to contend that his application should have been accepted. He submits that subsection 27.1(1) of the *Patent Act* provides that the applicant shall pay the prescribed fees to the Commissioner to maintain the patent application. Similarly, subsection 73(3) provides that a patent application will be reinstated if the applicant, amongst other things, pays the prescribed

Appliquant ces facteurs, je conclus que les décisions prises par le Commissaire en l’espèce peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire selon la norme du bien-fondé.

[11] La Cour doit donc décider si le commissaire a bien interprété la Loi. La Cour n’est tenue de faire preuve d’aucune retenue en l’espèce : l’interprétation des dispositions de la Loi par le commissaire était correcte ou elle ne l’était pas. Pour les motifs exposés ci-dessous, je crois que la conclusion à laquelle est parvenu le commissaire était correcte.

[12] L’article 27.1 [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 9; L.C. 1993, ch. 15, art. 32] de la Loi prévoit que des taxes annuelles doivent être payées pour maintenir une demande de brevet en état après qu’elle a été déposée. La demande sera considérée comme abandonnée si ces taxes ne sont pas payées dans le délai prévu (alinéa 73(1)c) [mod., *idem*, art. 52] de la Loi). La demande peut cependant être rétablie si une requête à cet effet est présentée à l’OPIC, si les mesures qui s’imposaient pour éviter l’abandon sont prises et si les taxes réglementaires sont payées (paragraphe 73(3) de la Loi) « dans les douze mois suivant la date de prise d’effet de l’abandon » (article 98 des Règles).

[13] En l’espèce, la demande a été considérée comme abandonnée le 4 avril 2005. Le demandeur avait alors 12 mois pour demander le rétablissement, soit jusqu’au 4 avril 2006. Il a présenté sa requête le 21 mars 2006. La requête a donc été présentée dans le délai réglementaire de 12 mois. Elle a été rejetée uniquement parce qu’elle a été faite par le demandeur lui-même et non par son agent de brevets, ce qui, selon le commissaire, était contraire au paragraphe 6(1) des Règles.

[14] Le demandeur s’appuie sur les premiers mots de ce paragraphe (« Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles ») pour soutenir que sa demande aurait dû être acceptée. Il soutient que le paragraphe 27.1(1) de la Loi indique que le demandeur est tenu de payer les taxes réglementaires au commissaire pour maintenir sa demande en état. De même, le paragraphe 73(3) prévoit qu’une demande de brevet sera rétablie si, entre autres choses, le demandeur paie la taxe

reinstatement fee within the prescribed deadline. Section 98 of the *Patent Rules* further provides that it is the applicant who must take the necessary actions to avoid the deemed abandonment of the patent. Finally, section 24.02.02 of CIPO's *Manual of Patent Office Practice* equally confirms that either the applicant or the authorized correspondent is the appropriate party to pay the maintenance fee in respect of a patent application. On the basis of these provisions, the applicant is of the view that the opening words of subsection 6(1) of the Rules find application and that he could apply for reinstatement himself.

[15] The problem with this proposed interpretation is that it would strip subsection 6(1) of the Rules of its meaning and render it superfluous. Sections 27.1 and 73 of the Act and section 98 of the Rules are not unique in the use of the term “applicant.” This term is consistently used in the provisions of the Act and of the Rules relating to the prosecution phase of the patent application process to denote the initiator of a patent application. The legislation is framed in terms of the steps to be taken by the applicant or the Commissioner in the patent application process. Given the consistent use of the word “applicant” throughout the provisions relating to the prosecution phase of the patent application process, each such provision would be an exception to subsection 6(1). This simply makes no sense and would go against the presumption that words found in a statute must be given meaning and have a function. That provision is straightforward and the Commissioner should not be left to decide in each instance whether an applicant's direct communication with the Patent Office should be considered or not.

[16] Indeed, there are provisions in the *Patent Act* and *Patent Rules* which explicitly identify someone other than the applicant as initiator of a step in the process. Subsection 35(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12] of the *Patent Act* and subsection 28(1) of the *Patent Rules* are examples of such exceptions. According to these provisions, “any person” may request examination of an application for a patent, requiring the Commissioner to communicate with someone other than or in addition to the authorized correspondent regarding prosecution or maintenance of

réglementaire de rétablissement dans le délai réglementaire. En outre, l'article 98 des Règles prévoit que c'est le demandeur qui doit prendre les mesures nécessaires pour éviter la présomption d'abandon de la demande. Finalement, la section 24.02.02 du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* confirme également que la taxe périodique afférente à une demande de brevet peut être payée par le demandeur ou par le correspondant autorisé. Compte tenu de ces dispositions, le demandeur estime que les premiers mots du paragraphe 6(1) des Règles s'appliquent et qu'il pouvait demander lui-même le rétablissement.

[15] Le problème quant à l'interprétation du demandeur vient du fait qu'elle vide de son sens le paragraphe 6(1) des Règles et qu'elle le rend superflu. Les articles 27.1 et 73 de la Loi et l'article 98 des Règles ne sont pas les seuls où le terme « demandeur » est employé. Ce terme est utilisé régulièrement dans les dispositions de la Loi et des Règles qui traitent de l'étape de la poursuite d'une demande de brevet pour désigner l'auteur de la demande. La Loi décrit les démarches qui doivent être effectuées par le demandeur ou le commissaire dans le cadre du processus de demande d'un brevet. Vu l'emploi régulier du terme « demandeur » dans les dispositions relatives à la poursuite d'une demande de brevet, chacune de ces dispositions serait une exception au paragraphe 6(1), ce qui n'a absolument aucun sens et irait à l'encontre de la présomption voulant que les mots employés dans une loi aient un sens et une fonction. Le paragraphe 6(1) est clair, et on ne devrait pas laisser le commissaire décider, dans chaque cas, si la communication directe du demandeur avec le Bureau des brevets doit être prise en compte ou non.

[16] En fait, il y a dans la Loi et dans les Règles des dispositions qui désignent clairement une autre personne que le demandeur comme la personne qui se charge d'une étape de la procédure. C'est le cas notamment du paragraphe 35(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 12] de la Loi et du paragraphe 28(1) des Règles. Selon le texte anglais de ces dispositions, « any person » (« la personne » au paragraphe 28(1) des Règles) peut demander l'examen d'une demande de brevet, ce qui exige du commissaire qu'il communique avec une autre personne que le correspondant autorisé

a patent application. In such instances, the introductory phrase of subsection 6(1) clearly finds application.

[17] Counsel for the applicant also submitted that the interpretation of the *Patent Act* and the *Patent Rules* should be governed by the principles of statutory interpretation, and more particularly by a purposive analysis. Relying on *Dutch Industries Ltd.* [of the Federal Court—Trial Division], he stressed that the principal object of the *Patent Act* is to promote the development of inventions so as to benefit both inventors and the public. Therefore, he asserts that his proposed interpretation of subsection 6(1) should be preferred, as it would best promote the development of inventions by facilitating the payment of the necessary fees and avoid punishing inventors through the loss of their patent rights as a result of ambiguity or uncertainty regarding who is the appropriate party to pay those fees.

[18] The Supreme Court of Canada has recently discussed statutory interpretation: see *Winters v. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559 and *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20. The approach taken by the Supreme Court recognizes the importance of the entire context of the provisions. The words of a statute should be given their grammatical and ordinary sense in harmony with the object, the intention of Parliament, as well as the scheme of the Act.

[19] In the decision *Eiba v. Canada (Attorney General)*, [2004] 3 F.C.R. 416 (F.C.) (*Eiba*), Justice Mosley held the following on the maintenance fees provisions, at paragraph 43:

The object of the annual maintenance fee provisions, as stated by the Federal Court of Appeal in *Barton No-till Disk Inc. et al.*, *supra*, is to provide for defrayment of the costs of administering the patent regime and also to discourage the proliferation of “deadwood” patents and patent applications by requiring patentees to take steps on an annual basis to keep them in good standing. While the affidavit evidence filed in this proceeding reveals that the application in the present case was not intended to be abandoned, I am satisfied that the maintenance fee provisions of the Act and the Rules must be interpreted strictly by the Commissioner, and also this Court,

au sujet de la poursuite ou du maintien d’une demande de brevet. Il ne fait aucun doute que le passage introductif du paragraphe 6(1) s’applique dans ces cas.

[17] L’avocat du demandeur soutenait également que l’interprétation de la Loi et des Règles devait être régie par les principes d’interprétation des lois et plus particulièrement par une analyse téléologique. S’appuyant sur *Dutch Industries Ltd.* [de la Cour fédérale première instance], il a affirmé que le principal objet de la Loi est de promouvoir la mise au point d’inventions susceptibles de profiter tant aux inventeurs qu’au public. Il soutient en conséquence que l’interprétation du paragraphe 6(1) qu’il propose devrait être retenue puisque c’est celle qui favorise le mieux la mise au point d’inventions en facilitant le paiement des taxes nécessaires et en évitant de priver les inventeurs de leurs droits de brevet parce que l’on ne sait pas avec certitude quelle partie doit payer ces taxes.

[18] La Cour suprême du Canada a récemment traité de l’interprétation des lois dans les arrêts *Winters c. Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, et *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, dans lesquels elle a adopté une méthode reconnaissant l’importance du contexte global des dispositions. Les termes d’une loi doivent recevoir leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’objet de la Loi, l’intention du législateur et l’esprit de la Loi.

[19] Dans *Eiba c. Canada (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.F. 416 (C.F.) (*Eiba*), le juge Mosley a dit ce qui suit au sujet des dispositions relatives aux taxes périodiques, au paragraphe 43 :

Comme l’a précisé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Barton No-till Disk Inc. et al.*, précité, l’objet des dispositions relatives aux taxes périodiques est de couvrir les frais d’administration du régime des brevets et, aussi, de décourager la prolifération de brevets et de demandes de brevets inutiles en obligeant leurs titulaires à entreprendre, une fois par année, des démarches pour les conserver en état. Bien qu’en l’espèce la preuve par affidavit révèle que le demandeur avait l’intention de maintenir sa demande en état, je suis d’avis que les dispositions de la Loi et des Règles concernant les taxes périodiques doivent être interprétées strictement tant

in order to ensure compliance by applicants through the timely and diligent filing of fees.

[20] While the applicant is most certainly right as to the overarching purpose of the *Patent Act*, I do not think it can be achieved by introducing uncertainty in the application of the Act and by disregarding its clear wording. Various persons (i.e., inventor, multiple joint inventors, legal representative of inventor or joint inventors, associate patent agent or patent agent) may wish to communicate with and direct communications to the Commissioner of Patents regarding a particular patent application. Having multiple correspondents is an administrative burden for CIPO, creates the potential for conflicting requests, instructions and responses, and the potential for lack of instructions because of uncertainty as to who would act, with the consequence of missed deadlines. I agree with the respondent that subsection 6(1) was designed to prevent that confusion and is a reflection of the need that was felt to delineate who the Commissioner must communicate with and whose communications the Commissioner must have regard to with respect to a particular patent application.

[21] For all the foregoing reasons, I do not think the Commissioner erred in refusing to accept payment of the maintenance and reinstatement fees in respect of the '725 patent from the applicant; his interpretation of subsection 6(1) of the Rules which only allows him to communicate with and have regard to communications from the authorized correspondent is correct.

[22] I am further of the opinion that the Commissioner of Patents did not err in his July 18, 2006 decision when he refused once again to accept the prescribed fees despite subsection 3.1(1) of the Rules. This subsection expressly gives the power to the Commissioner who receives an unsuccessful attempt to pay the fee to extend the delay of payment. However, the beginning of the provision expressively provides that it is “[s]ubject to subsection 6(1)”. The respondent is

par le commissaire que par la Cour, de manière à ce que les demandeurs respectent ces dispositions et, donc, que les demandeurs versent diligemment les taxes dans le délai imparti.

[20] Le demandeur a fort probablement raison en ce qui a trait à l’objet général de la Loi, mais je ne pense pas que cet objet puisse être atteint si on ajoute un élément d’incertitude à l’application de la Loi et si on ne tient pas compte des termes clairs qui y sont employés. Différentes personnes (inventeur, co-inventeurs, représentant juridique d’un inventeur ou de co-inventeurs, co-agent de brevets, agent de brevets) peuvent vouloir communiquer directement avec le commissaire au sujet d’une demande de brevet particulière. Le fait d’avoir plusieurs correspondants alourdit le travail administratif de l’OPIC, peut entraîner des demandes, des instructions et des réponses contradictoires et peut faire en sorte que des instructions ne soient pas données en raison de l’incertitude concernant la personne qui doit intervenir et, en conséquence, que des échéances ne soient pas respectées. Je suis d’accord avec le défendeur lorsqu’il dit que le paragraphe 6(1) a été adopté dans le but de prévenir cette confusion et parce que le législateur estimait qu’il fallait préciser avec qui le commissaire doit communiquer et de quelles communications il doit tenir compte à l’égard d’une demande de brevet particulière.

[21] Pour tous les motifs qui précèdent, je ne pense pas que le commissaire a commis une erreur en refusant le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement afférentes au brevet '725 fait par le demandeur; son interprétation du paragraphe 6(1) des Règles, lequel lui permet seulement de communiquer avec le correspondant autorisé et de tenir compte seulement des communications de celui-ci, est correcte.

[22] En outre, je suis d’avis que le commissaire n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a décidé, le 18 juillet 2006, de refuser à nouveau les taxes réglementaires en dépit du paragraphe 3.1(1) des Règles. Cette disposition confère explicitement au commissaire le pouvoir de prolonger le délai de paiement si une personne a fait une tentative infructueuse pour verser les taxes. Le libellé de cette disposition commence cependant par les mots « [s]ous réserve du paragraphe 6(1) ». Le défendeur a

right to say the request for reinstatement had to come from the patent agent. In this case, the request was made by the applicant; section 3.1 can therefore be of no assistance to the applicant.

[23] Furthermore, I believe that the CIPO was justified in refusing the July 18, 2006, patent agent's request for payment as the time limit to make a reinstatement request had expired. In *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13, the Federal Court of Appeal concluded that no discretionary power to extend the period of reinstatement was given to the Commissioner under the Act, see also: *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, (2005), 44 Admin. L.R. (4th) 1 (F.C.A.) and *Eiba*.

[24] I would therefore dismiss this application for judicial review.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the application for judicial review is dismissed with costs.

ANNEX A

Patent Act

27. (1) The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor's legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

...

35. (1) The Commissioner shall, on the request of any person made in such manner as may be prescribed and on payment of a prescribed fee, cause an application for a patent to be examined by competent examiners to be employed in the Patent Office for that purpose.

...

73. (1) An application for a patent in Canada shall be deemed to be abandoned if the applicant does not

(a) reply in good faith to any requisition made by an examiner in connection with an examination, within six

raison de dire que la requête en rétablissement devait être présentée par l'agent de brevets. En l'espèce, l'article 3.1 ne peut être d'aucune utilité au demandeur puisque c'est lui qui a présenté la requête.

[23] De plus, je crois que l'OPIIC a eu raison de refuser le paiement fait par l'agent de brevets le 18 juillet 2006 parce que le délai de présentation d'une requête en rétablissement était expiré. Dans *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] A.C.F. n° 1801 (QL), la Cour d'appel fédérale a conclu que le commissaire n'avait pas le pouvoir suivant la Loi de prolonger la période de rétablissement; voir aussi *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CAF 399, et *Eiba*.

[24] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée avec dépens.

ANNEXE A

Loi sur les brevets

27. (1) Le commissaire accorde un brevet d'invention à l'inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

[...]

35. (1) Sur requête à lui faite en la forme réglementaire et sur paiement de la taxe réglementaire, le commissaire fait examiner la demande de brevet par tel examinateur compétent recruté par le Bureau des brevets.

[...]

73. (1) La demande de brevet est considérée comme abandonnée si le demandeur omet, selon le cas :

a) de répondre de bonne foi, dans le cadre d'un examen, à toute demande de l'examinateur, dans les six mois suivant

- | | |
|---|--|
| months after the requisition is made or within any shorter period established by the Commissioner; | cette demande ou dans le délai plus court déterminé par le commissaire; |
| (b) comply with a notice given pursuant to subsection 27(6); | b) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 27(6); |
| (c) pay the fees payable under section 27.1, within the time provided by the regulations; | c) de payer, dans le délai réglementaire, les taxes visées à l'article 27.1; |
| (d) make a request for examination or pay the prescribed fee under subsection 35(1) within the time provided by the regulations; | d) de présenter la requête visée au paragraphe 35(1) ou de payer la taxe réglementaire dans le délai réglementaire; |
| (e) comply with a notice given under subsection 35(2); or | e) de se conformer à l'avis mentionné au paragraphe 35(2); |
| (f) pay the prescribed fees stated to be payable in a notice of allowance of patent within six months after the date of the notice. | f) de payer les taxes réglementaires mentionnées dans l'avis d'acceptation de la demande de brevet dans les six mois suivant celui-ci. |
| (2) An application shall also be deemed to be abandoned in any other circumstances that are prescribed. | (2) Elle est aussi considérée comme abandonnée dans les circonstances réglementaires. |
| (3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant | (3) Elle peut être rétablie si le demandeur : |
| (a) makes a request for reinstatement to the Commissioner within the prescribed period; | a) présente au commissaire, dans le délai réglementaire, une requête à cet effet; |
| (b) takes the action that should have been taken in order to avoid the abandonment; and | b) prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon; |
| (c) pays the prescribed fee before the expiration of the prescribed period. | c) paie les taxes réglementaires avant l'expiration de la période réglementaire. |
| (4) An application that has been abandoned pursuant to paragraph (1)(f) and reinstated is subject to amendment and further examination. | (4) La demande abandonnée au titre de l'alinéa (1)f) et rétablie par la suite est sujette à modification et à nouvel examen. |
| (5) An application that is reinstated retains its original filing date. | (5) La demande rétablie conserve sa date de dépôt. |

Patent Rules

2. In these Rules,

...

authorized correspondent" means, in respect of an application,

(a) where the application was filed by the inventor, where no transfer of the inventor's right to the patent or of the whole interest in the invention has been registered in the Patent Office and where no patent agent has been

Règles sur les brevets

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes règles.

[. . .]

« correspondant autorisé » Pour une demande :

a) lorsque la demande a été déposée par l'inventeur, qu'aucune cession de son droit au brevet, de son droit sur l'invention ou de son intérêt entier dans l'invention n'a été enregistrée au Bureau des brevets et qu'aucun agent de

appointed

- (i) the sole inventor,
 - (ii) one of two or more joint inventors authorized by all such inventors to act on their joint behalf, or
 - (iii) where there are two or more joint inventors and no inventor has been authorized in accordance with subparagraph (ii), the first inventor named in the petition or, in the case of PCT national phase applications, the first inventor named in the international application,
- (b) where an associate patent agent has been appointed or is required to be appointed pursuant to section 21, the associate patent agent, or
- (c) where paragraphs (a) and (b) do not apply, a patent agent appointed pursuant to section 20;

...

3. (1) If a person takes any proceeding or requests that any service be rendered by the Commissioner or by the Patent Office, the person shall pay to the Commissioner the appropriate fee, if any, set out in Schedule II for that proceeding or service.

...

6. (1) Except as provided by the Act or these Rules, for the purpose of prosecuting or maintaining an application the Commissioner shall only communicate with, and shall only have regard to communications from, the authorized correspondent.

...

20. (1) An applicant who is not an inventor shall appoint a patent agent to prosecute the application for the applicant.

(2) The appointment of a patent agent shall be made in the petition or by submitting to the Commissioner a notice signed by the applicant.

(3) The appointment of a patent agent may be revoked by submitting to the Commissioner a notice of revocation signed by the applicant or that patent agent.

...

28. (1) Subject to subsection (2), the Commissioner may advance an application for examination out of its routine order

brevets n'a été nommé :

- (i) l'unique inventeur,
 - (ii) s'il y a deux coinventeurs ou plus, celui autorisé par ceux-ci à agir en leur nom,
 - (iii) s'il y a deux coinventeurs ou plus et qu'aucun de ceux-ci n'a été ainsi autorisé, le premier inventeur nommé dans la pétition ou, dans le cas des demandes PCT à la phase nationale, le premier inventeur nommé dans la demande internationale;
- b) lorsqu'un coagent a été nommé ou doit l'être en application de l'article 21, le coagent ainsi nommé;
- c) lorsque les alinéas a) et b) ne s'appliquent pas, l'agent de brevets nommé en application de l'article 20.

[. . .]

3. (1) La personne qui remplit des formalités ou demande la prestation d'un service par le commissaire ou le Bureau des brevets verse au commissaire la taxe qui est prévue, le cas échéant, à l'annexe II.

[. . .]

6. (1) Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles, dans le cadre de la poursuite ou du maintien d'une demande, le commissaire ne communique qu'avec le correspondant autorisé en ce qui concerne cette demande et ne tient compte que des communications reçues de celui-ci à cet égard.

[. . .]

20. (1) Le demandeur qui n'est pas l'inventeur nomme un agent de brevets chargé de poursuivre la demande en son nom.

(2) L'agent de brevets est nommé dans la pétition ou dans un avis remis au commissaire et signé par le demandeur.

(3) La nomination d'un agent de brevets peut être révoquée par un avis de révocation remis au commissaire et signé par l'agent ou le demandeur.

[. . .]

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le commissaire peut, à la demande de la personne qui verse la taxe prévue à

upon the request of any person who pays the fee set out in item 4 of Schedule II, where the Commissioner determines that failure to advance the application is likely to prejudice that person's rights.

l'article 4 de l'annexe II, devancer la date normale d'examen d'une demande s'il juge que le non-devancement est susceptible de porter préjudice aux droits de cette personne.

...

[...]

98. (1) For an application deemed to be abandoned under section 73 of the Act to be reinstated, the applicant shall, in respect of each failure to take an action referred to in subsection 73(1) of the Act or section 97, make a request for reinstatement to the Commissioner, take the action that should have been taken in order to avoid the abandonment and pay the fee set out in item 7 of Schedule II, before the expiry of the 12-month period after the date on which the application is deemed to be abandoned as a result of that failure.

98. (1) Pour que la demande considérée comme abandonnée en application de l'article 73 de la Loi soit rétablie, le demandeur, à l'égard de chaque omission visée au paragraphe 73(1) de la Loi ou à l'article 97, présente au commissaire une requête à cet effet, prend les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon et paie la taxe prévue à l'article 7 de l'annexe II, dans les douze mois suivant la date de prise d'effet de l'abandon.

(2) For the purposes of subsection (1), if an application is deemed to be abandoned for failure to pay a fee referred to in subsection 3(3), (4) or (7), for the applicant to take the action that should have been taken in order to avoid the abandonment, the applicant shall, before the expiry of the time prescribed by subsection (1), either

(2) Pour prendre les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon pour non-paiement de la taxe visée aux paragraphes 3(3), (4) ou (7), le demandeur, avant l'expiration du délai prévu au paragraphe (1) :

(a) pay the applicable standard fee, or

a) soit paie la taxe générale applicable;

(b) file a small entity declaration in respect of the application in accordance with section 3.01 and pay the applicable small entity fee.

b) soit dépose, à l'égard de sa demande, la déclaration du statut de petite entité conformément à l'article 3.01 et paie la taxe applicable aux petites entités.

A-33-07
2007 FCA 356

A-33-07
2007 CAF 356

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

George Flynn (*Respondent*)

George Flynn (*intimé*)

**INDEXED AS: FLYNN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: FLYNN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Pelletier and Trudel JJ.A.—Montréal, October 10; Ottawa, November 6, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Montréal, 10 octobre; Ottawa, 6 novembre 2007.

Penitentiaries — Appeal from Federal Court's determination that breach of procedural fairness because at time decision to suspend respondent inmate's contact visits with de facto spouse, participation in private family visits program taken, respondent not given sufficient information to make representations— Respondent suspected of using visits for unlawful activities inside penitentiary — Scope of duty of procedural fairness when considering question of suspension of contact visits — Time at which sufficiency of information for procedural fairness purposes must be determined — Corrections and Conditional Release Act, s. 27(1) authorizing body responsible for making decision to give inmate summary of information to be considered in taking decision rather than information itself — Decision to suspend inmate's contact visits requiring prison authorities to give inmate sufficient information to object to process — Federal Court misconceiving status of contact visits, applying wrong test as to sufficiency of information provided or incorrectly applying test referred to — Information provided sufficient, duty of procedural fairness met — Appeal allowed.

Pénitenciers — Appel de la décision de la Cour fédérale portant qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale parce qu'au moment où la décision de suspendre les visites contacts de l'intimé, un détenu, avec sa conjointe de fait et sa participation au programme de visites familiales privées a été prise, l'intimé n'avait pas reçu suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des représentations — L'intimé fut soupçonné d'utiliser les visites pour exercer des activités illicites à l'intérieur du pénitencier — Portée de l'obligation d'équité procédurale dans le cadre de l'examen de la question de la suspension des visites contacts — Il fallait établir le moment où on doit évaluer la suffisance de l'information pour les fins de l'équité procédurale — L'art. 27(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition permet à l'organisme chargé de rendre une décision de fournir au détenu un sommaire des renseignements qui entrent en ligne de compte dans la décision plutôt que les renseignements eux-mêmes — La décision de suspendre les visites contacts du détenu commande que les autorités carcérales fournissent au détenu suffisamment d'informations pour lui permettre de s'opposer au processus — La Cour fédérale s'est méprise quant au statut des visites contacts, appliquant le mauvais critère quant à la suffisance de l'information fournie ou appliquant incorrectement le critère dont il est question — L'information fournie était suffisante et l'obligation d'équité procédurale a été remplie — Appel accueilli.

Administrative Law — Grounds of Review — Procedural Fairness — Scope of duty of procedural fairness when considering question of suspension of federal penitentiary inmate's contact visits — Time at which sufficiency of information for procedural fairness purposes must be determined — Sufficiency of information provided assessed.

Droit administratif — Motifs — Équité procédurale — Portée de l'obligation d'équité procédurale dans le cadre de l'examen de la question de la suspension des visites contacts d'un détenu dans un pénitencier fédéral — Il fallait établir le moment où on doit évaluer la suffisance de l'information pour les fins de l'équité procédurale — Appréciation de la suffisance de l'information fournie.

This was an appeal from the Federal Court's decision that there was a breach of procedural fairness when the respondent's contact visits with his *de facto* spouse and participation in the private family visits program were suspended because at the time the decision was taken, he was not given sufficient information to allow him to make appropriate representations regarding the suspension. The respondent, an inmate at a federal penitentiary, had a right to have visits with physical contact with his *de facto* spouse and took part in the private family visits program. He was suspected of using the private family visits to bring narcotics and money into the institution and of making tobacco loans and engaging in financial transactions inside the institution. After an investigation, it was determined that the unlawful activities of the respondent and his spouse-accomplice posed a risk to the security of the institution. Therefore, on February 27, 2003, the visits board decided to suspend the respondent's contact visits and participation in the private family visits program. On March 12, 2003, the warden upheld that decision. The respondent's grievance challenging the warden's decision as a breach of the rules of procedural fairness was dismissed at the second and third levels of review.

Relying on subsection 90(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations* (Regulations), the Federal Court concluded that a right to contact visits existed unless separation of the individuals was necessary to guarantee the security of the institution and no less restrictive solution was available. It also stated that the authorities had failed in their duty of disclosure set out in section 27 of the *Corrections and Conditional Release Act* (Act). In the Court's view, failure to provide sufficient information to allow the respondent a "reasonable opportunity to defend himself" before the warden's decision was made was a breach of procedural fairness.

Section 71 of the Act gives every inmate the right, within certain limits, to maintain relations with his or her family, especially by visits. However, subsection 90(1) of the Regulations does not give the inmate an absolute or a strict right to contact visits since section 91 subjects that relative and qualified right to suspension or prohibition of visits. The issue was whether there was a breach of procedural fairness.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court imposed a duty of procedural fairness that was greater than that imposed by the Act and the courts

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale portant qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale lorsque les visites contacts de l'intimé avec sa conjointe de fait et sa participation au programme de visites familiales privées ont été suspendues parce qu'au moment où cette décision fut prise, l'intimé n'avait pas reçu suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des représentations quant à la suspension. L'intimé, un détenu dans un pénitencier fédéral, jouissait de la possibilité d'avoir des visites avec contact physique avec sa conjointe de fait et il participait au programme de visites familiales privées. Il fut soupçonné d'utiliser les visites familiales privées pour faire entrer dans l'institution des stupéfiants et de l'argent et de faire du prêt de tabac et des transactions d'argent à l'intérieur de l'établissement. À l'issue d'une enquête, on a établi que les activités illicites de l'intimé et de sa conjointe complice posaient un risque pour la sécurité de l'établissement. Par conséquent, le 27 février 2003, le comité des visites a décidé de suspendre les visites contacts de l'intimé et sa participation au programme de visites familiales privées. Le 12 mars 2003, la directrice a confirmé cette décision. Le grief de l'intimé contestant la décision de la directrice pour manquement aux règles d'équité procédurale fut rejeté aux deuxième et troisième paliers de révision.

En se fondant sur le paragraphe 90(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (le Règlement), la Cour fédérale a conclu à l'existence d'un droit à des visites contacts à moins que la séparation des personnes ne soit nécessaire pour assurer la sécurité de l'établissement et qu'il n'existe aucune solution moins restrictive. Elle a aussi déclaré qu'il y avait eu manquement des autorités à leur obligation de divulguer que l'on retrouve à l'article 27 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi). L'omission de fournir, avant la prise de décision par la directrice, des renseignements suffisants pour permettre à l'intimé « de se défendre raisonnablement » constituait, selon la Cour, un manquement à l'équité procédurale.

L'article 71 de la Loi reconnaît à chaque détenu, dans certaines limites, le droit d'entretenir des relations avec sa famille, notamment par des visites. Mais le paragraphe 90(1) du Règlement ne confère au détenu ni un droit absolu, ni un droit strict à des visites contacts puisque l'article 91 assujettit ce droit relatif et qualifié à une suspension ou à une interdiction des visites. La question à trancher était celle de savoir s'il y avait eu manquement à l'équité procédurale.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a imposé une obligation d'équité procédurale plus grande que celle que la Loi et les tribunaux

on transfer proceedings, though a transfer carries far greater consequences than a mere suspension of contact visits. The Federal Court also erred in law on the scope of the duty of procedural fairness when it considered the question of the suspension of contact visits as if the respondent was facing disciplinary charges. The question and the approach to the question are the same for the advisability of transferring an inmate to another penitentiary as a result of a disciplinary offence as for the decision to temporarily suspend contact visits. The issue was not whether the inmate was guilty of trafficking in money, lending tobacco and trafficking in narcotics inside the institution but whether he had sufficient information to object to the process of deciding on whether to suspend his participation in contact visits and private family visits.

While subsection 27(1) of the Act states as a general rule that an inmate, who is entitled to make representations, is to be given all the information to be considered in the taking of the decision within a reasonable period before the decision is taken it also authorizes the body responsible for making a decision to give the inmate, before the decision is made, a summary of the information to be considered in taking the decision, rather than the information itself. This was the option that was used in the case at bar.

For purposes of procedural fairness, the sufficiency of the information given to the respondent had to be assessed at the date on which he was required to make, or could have made, his representations to the visits board or the warden on February 27 and March 12, 2003 respectively. If the Federal Court had applied the correct test or had correctly applied the test it referred to in *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)* without misconceiving the status of contact visits, it would undoubtedly have concluded that these were sufficient and that the duty of procedural fairness had been met in the circumstances.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 10(F)), 28, 71.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 90, 91.

imposent en matière de transfèrement alors que le transfèrement est une procédure qui porte beaucoup plus à conséquence que la simple suspension de visites contacts. La Cour fédérale s'est aussi méprise en droit sur la portée de l'obligation d'équité procédurale lorsqu'elle a abordé la question de la suspension des visites contacts comme si l'intimé faisait face à des infractions disciplinaires. La question, et l'approche à cette question, sont les mêmes pour l'opportunité d'opérer le transfèrement du détenu à un autre pénitencier par suite d'une infraction disciplinaire que pour la décision de suspendre temporairement les visites contacts. Il ne s'agissait pas de déterminer si l'intimé s'était rendu coupable ou non de trafic d'argent, de prêt de tabac et de trafic de stupéfiants à l'intérieur de l'établissement, mais bien de savoir s'il possédait suffisamment d'informations pour s'opposer au processus devant décider de l'opportunité de suspendre sa participation aux visites contacts et aux visites familiales privées.

Bien que le paragraphe 27(1) de la Loi énonce comme règle générale qu'un détenu, qui a droit de présenter des observations, doit recevoir tous les renseignements qui entrent en ligne de compte dans la prise d'une décision, et ce dans un délai raisonnable avant que celle-ci ne soit prise, il permet à l'organisme chargé de rendre une décision de fournir au détenu, avant que la décision ne soit prise, un sommaire des renseignements qui entrent en ligne de compte dans celle-ci plutôt que les renseignements eux-mêmes. C'est l'option qui fut retenue en l'espèce.

Pour les fins de l'équité procédurale, la suffisance des informations communiquées à l'intimé devait s'apprécier à la date où celui-ci fut appelé à, ou pouvait, faire ses représentations au comité des visites ou à la directrice, soit respectivement les 27 février et 12 mars 2003. Si la Cour fédérale avait appliqué le bon critère ou encore appliqué correctement le critère auquel elle a référé dans l'affaire *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, sans méprise quant au statut des visites contacts, elle aurait sans aucun doute conclu que celles-ci étaient suffisantes et que l'obligation d'équité procédurale avait été satisfaite en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 10(F)), 28, 71.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 90, 91.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada), [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 35 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.).

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Gaudet v. Marchand* (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.).

REFERRED TO:

Cartier v. Canada (Attorney General) (1998), 165 F.T.R. 209 (F.C.T.D.); *Blass v. Canada (Attorney General)* (2002), 306 N.R. 182; 2002 FCA 220; *Canada (Attorney General) v. Boucher* (2005), 347 N.R. 88; 2005 FCA 77.

APPEAL from the Federal Court decision (2007 FC 23) that there was a breach of procedural fairness when the respondent's contact visits with his *de facto* spouse and participation in the private family visits program were suspended because at the time the decision was taken, he was not given sufficient information to allow him to make appropriate representations regarding the suspension. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Dominique Guimond for appellant.
Diane Condo for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Condo Law Office, Ottawa, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This appeal raises the question of the scope of the procedural guarantees to which an

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada), [1989] 3 C.F. 329 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Gaudet c. Marchand*, [1994] A.Q. n° 375 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Cartier c. Canada (Procureur général), [1998] A.C.F. n° 1211 (1^{re} inst.) (QL); *Blass c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 220; *Canada (Procureur général) c. Boucher*, 2005 CAF 77.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2007 CF 23) portant qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale lorsque les visites contacts de l'intimé avec sa conjointe de fait et sa participation au programme de visites familiales privées ont été suspendues parce qu'au moment où cette décision fut prise, l'intimé n'avait pas reçu suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des représentations quant à la suspension. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Dominique Guimond pour l'appellant.
Diane Condo pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Condo Law Office, Ottawa, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Cet appel soulève la question de l'étendue des garanties procédurales

inmate is entitled when he is temporarily deprived of the right to have contact visits with his *de facto* spouse and to participate in the private family visits program. So far as I know, this question is before the Court for the first time.

[2] The question comes here from the Federal Court, where it was decided in the respondent's favour on judicial review [2007 FC 23]. Specifically, the question is whether the Court erred when it concluded that there was a breach of procedural fairness because at the time the decision was taken to suspend visits in the form and manner that the respondent had received them thus far, he was not given sufficient information to allow him to make appropriate representations regarding the suspension.

[3] The respondent has since recovered his freedom, but he has brought a court proceeding against the appellant. However, this has been stayed pending a final decision on his challenge to the decision made on the third-level grievance by the Commissioner of Correctional Service of Canada. The parties thus still have an interest in having the case at bar decided. In the appellant's case, this interest also involves setting the parameters of the duty of procedural fairness in the situation before the Court.

FACTS AND PROCEEDINGS

[4] The respondent was serving a term of imprisonment at La Macaza. When he arrived there in 2002, he was given the right to have visits with physical contact with his *de facto* spouse. He also participated in the private family visits program.

[5] Based on information obtained from various sources, the respondent was suspected of bringing narcotics and money into the institution. The private family visits were allegedly the means used to do this. Further, he was suspected of making loans of tobacco and engaging in financial transactions inside the

auxquelles un détenu a droit lorsqu'il se voit retirer temporairement la possibilité d'avoir des visites contacts avec sa conjointe de fait et celle de participer au programme de visites familiales privées. À ma connaissance, cette question nous est posée pour la première fois.

[2] La question nous vient de la Cour fédérale où elle fut tranchée en faveur de l'intimé par voie de contrôle judiciaire [2007 CF 23]. Plus précisément, il s'agit de déterminer si celle-ci s'est méprise lorsqu'elle a conclu qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale du fait qu'au moment où fut prise la décision de suspendre les visites en la forme et la manière que l'intimé les recevait jusqu'à ce moment, celui-ci n'avait pas reçu suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des représentations appropriées quant à la suspension.

[3] L'intimé a depuis recouvré sa liberté, mais il a intenté une poursuite en justice contre l'appellant. Celle-ci est toutefois en suspens en attendant une décision définitive sur la contestation qu'il a entreprise de la décision rendue au troisième palier de grief par le commissaire du Service correctionnel du Canada. Il existe donc encore un intérêt pour les parties à ce que le présent litige soit décidé. Dans le cas de l'appellant, cet intérêt consiste également à faire délimiter les paramètres de l'obligation d'équité procédurale dans la situation qui nous occupe.

LES FAITS ET LES PROCÉDURES

[4] L'intimé purgeait une peine d'emprisonnement à La Macaza. Dès son arrivée à cet endroit en 2002, il a pu jouir de la possibilité d'avoir des visites avec contact physique avec sa conjointe de fait. Il participait également au programme de visites familiales privées.

[5] Suite à des renseignements obtenus de diverses sources d'information, l'intimé fut soupçonné de faire entrer dans l'institution des stupéfiants et de l'argent. Les visites familiales privées auraient été le moyen utilisé pour ce faire. De plus, on le soupçonnait de faire du prêt de tabac et des transactions d'argent à l'intérieur

institution. His telephone conversations were then tapped in accordance with an authorization issued on January 8, 2003: see appeal book, Volume 1, page 41.

[6] The investigation was conducted by the preventive security service. It led to the following conclusion: the unlawful activities of the respondent and his spouse-accomplice posed a risk to the security of the institution. Accordingly, the visits board made a decision on February 27, 2003 to suspend contact visits and participation in the private family visits program. These were replaced by [TRANSLATION] “wicket” visits, that is visits without contact.

[7] On March 12, 2003 the warden of the institution upheld the decision to suspend contact visits and private family visits indefinitely.

[8] The respondent challenged the warden’s decision as a breach of the rules of procedural fairness. On May 6, 2003 the respondent’s grievance was dismissed at the second level of review. The Regional Deputy Commissioner who made the decision dismissing the grievance considered that the reasons for the suspension had been given to the respondent and his spouse on February 21 and 27, 2003. A month later, the third level of review upheld the warden’s decision on the same grounds as were given by the decision-making authority at the second level.

FEDERAL COURT JUDGMENT

[9] Relying on subsection 90(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations), the Federal Court concluded that a right to contact visits existed unless separation of the individuals was necessary to guarantee the security of the institution and no less restrictive solution was available. Section 90 reads :

90. (1) Every inmate shall have a reasonable opportunity to meet with a visitor without a physical barrier to personal contact unless

de l’établissement. Ses conversations téléphoniques furent alors mises sous écoute électronique conformément à une autorisation émise le 8 janvier 2003 : voir le dossier d’appel, volume 1, à la page 41.

[6] L’enquête fut menée par le service de la sécurité préventive. Elle déboucha sur la conclusion suivante : les activités illicites de l’intimé et de sa conjointe complice posaient un risque pour la sécurité de l’établissement. De là la décision prise le 27 février 2003, par le comité des visites, de suspendre les visites contacts et la participation au programme de visites familiales privées. Celles-ci furent remplacées par des visites au « guichet », soit des visites sans contact.

[7] Le 12 mars 2003, la directrice de l’établissement a confirmé la décision de suspendre de façon indéterminée les visites contacts et les visites familiales privées.

[8] Il y eut contestation de la décision de la directrice par l’intimé pour manquement aux règles d’équité procédurale. Le 6 mai 2003, le grief de l’intimé fut rejeté au deuxième palier de révision. Le sous-commissaire régional qui a rendu la décision rejetant le grief s’est dit d’avis que les motifs de la suspension avaient été fournis à l’intimé et à sa conjointe les 21 et 27 février 2003. Un mois plus tard, le troisième palier de révision confirmait la décision de la directrice pour les mêmes motifs que ceux invoqués par l’autorité décisionnelle du deuxième palier.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[9] En se fondant sur le paragraphe 90(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (Règlement), la Cour fédérale a conclu à l’existence d’un droit à des visites contacts à moins que la séparation des personnes ne soit nécessaire pour assurer la sécurité de l’établissement et qu’il n’existe aucune solution moins restrictive. L’article 90 se lit :

90. (1) Tout détenu doit, dans des limites raisonnables, avoir la possibilité de recevoir des visiteurs dans un endroit exempt de séparation qui empêche les contacts physiques, à moins que :

(a) the institutional head or a staff member designated by the institutional head believes on reasonable grounds that the barrier is necessary for the security of the penitentiary or the safety of any person; and

(b) no less restrictive measure is available.

(2) The institutional head or a staff member designated by the institutional head may, for the purpose of protecting the security of the penitentiary or the safety of any person, authorize the visual supervision of a visiting area by a staff member or a mechanical device, and the supervision shall be carried out in the least obtrusive manner necessary in the circumstances.

(3) The Service shall ensure that every inmate can meet with the inmate's legal counsel in private interview facilities.

[10] It further held that the authorities had failed in their duty of disclosure set out in section 27 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 10(F)] of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act). That provision reads as follows :

27. (1) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to make representations in relation to a decision to be taken by the Service about the offender, the person or body that is to take the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, a reasonable period before the decision is to be taken, all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

(2) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to be given reasons for a decision taken by the Service about the offender, the person or body that takes the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, forthwith after the decision is taken, all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information.

(3) Except in relation to decisions on disciplinary offences, where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under subsection (1) or (2) would jeopardize

(a) the safety of any person,

(b) the security of a penitentiary, or

a) le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui n'ait des motifs raisonnables de croire que la séparation est nécessaire pour la sécurité du pénitencier ou de quiconque;

b) il n'existe aucune solution moins restrictive.

(2) Afin d'assurer la sécurité du pénitencier ou de quiconque, le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui peut autoriser une surveillance du secteur des visites, par un agent ou avec des moyens techniques, et cette surveillance doit se faire de la façon la moins gênante possible dans les circonstances.

(3) Le Service doit veiller à ce que chaque détenu puisse s'entretenir avec son avocat dans un local assurant à l'entrevue un caractère confidentiel.

[10] Elle s'est également dite d'avis qu'il y avait eu manquement des autorités à leur obligation de divulguer que l'on retrouve à l'article 27 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 10(F)] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (Loi). La teneur de cette disposition est la suivante :

27. (1) Sous réserve du paragraphe (3), la personne ou l'organisme chargé de rendre, au nom du Service, une décision au sujet d'un délinquant doit, lorsque celui-ci a le droit en vertu de la présente partie ou des règlements de présenter des observations, lui communiquer, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), cette personne ou cet organisme doit, dès que sa décision est rendue, faire connaître au délinquant qui y a droit au titre de la présente partie ou des règlements les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

(3) Sauf dans le cas des infractions disciplinaires, le commissaire peut autoriser, dans la mesure jugée strictement nécessaire toutefois, le refus de communiquer des renseignements au délinquant s'il a des motifs raisonnables de croire que cette communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou du pénitencier ou compromettrait la tenue d'une enquête licite. [Je souligne.]

(c) the conduct of any lawful investigation,

the Commissioner may authorize the withholding from the offender of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest identified in paragraph (a), (b) or (c). [Emphasis added.]

[11] In the Court's view, taking into account the interests involved and the importance of the undisclosed information, failure to provide sufficient information to allow the respondent [TRANSLATION] "a reasonable opportunity to defend himself" before the decision was made by the warden of the institution on March 12, 2003, was a breach of procedural fairness: see paragraphs 18, 31 and 32 of the Court's reasons for order.

ANALYSIS OF JUDGMENT

Access to and participation in contact visits and private family visits programs

[12] Section 71 of the Act, which need not be reproduced, gives every inmate the right, within reasonable limits set by regulation to ensure the safety of all persons or the penitentiary, to maintain relations with his or her family, especially by visits. However, subsection 90(1) of the Regulations does not give the inmate an absolute right or a strict right to contact visits. At most, if we are to speak of a right, we can say there is a relative and qualified right to a reasonable opportunity for contact visits: see the wording of subsection 90(1). Seen from the penitentiary administration's standpoint, section 90 imposes on it a corresponding duty to provide an opportunity for contact visits.

[13] This right is also subject to suspension or prohibition of visits under section 91 of the Regulations, where the institutional head or staff member believes on reasonable grounds that during the course of the visit the inmate or visitor would jeopardize the security of the penitentiary or the safety of any person, or the inmate or visitor is likely to plan or commit a criminal offence. Section 91 provides:

91. (1) Subject to section 93, the institutional head or a staff member designated by the institutional head may authorize the refusal or suspension of a visit to an inmate

[11] Compte tenu des intérêts en jeu et de l'importance des renseignements non divulgués, l'omission de fournir, avant la prise de décision par la directrice de l'établissement le 12 mars 2003, des renseignements suffisants pour permettre à l'intimé « de se défendre raisonnablement » constituait, selon la Cour, un manquement à l'équité procédurale : voir les paragraphes 18, 31 et 32 des motifs de l'ordonnance de la Cour.

ANALYSE DE LA DÉCISION

Accès et participation aux programmes de visites contacts et de visites familiales privées

[12] L'article 71 de la Loi, qu'il n'est pas nécessaire de reproduire, reconnaît à chaque détenu, dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier, le droit d'entretenir des relations avec sa famille, notamment par des visites. Mais le paragraphe 90(1) du Règlement ne confère au détenu ni un droit absolu, ni un droit strict à des visites contacts. Tout au plus, si on veut parler d'un droit, peut-on parler d'un droit relatif et qualifié à une possibilité de recevoir, dans des limites raisonnables, des visites contacts : voir le texte du paragraphe 90(1). Vu sous l'angle de l'administration pénitentiaire, l'article 90 impose à cette dernière l'obligation corrélative d'offrir cette possibilité de visites contacts.

[13] Ce droit est aussi sujet à suspension ou à interdiction des visites en vertu de l'article 91 du Règlement lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'au cours de la visite la sécurité de l'établissement ou d'une personne risque d'être compromise par le détenu ou le visiteur, ou encore que le détenu ou le visiteur risque de préparer ou de commettre un acte criminel. L'article 91 stipule :

91. (1) Sous réserve de l'article 93, le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui peut autoriser l'interdiction ou la suspension d'une visite au détenu lorsqu'il

where the institutional head or staff member believes on reasonable grounds

(a) that, during the course of the visit, the inmate or visitor would

(i) jeopardize the security of the penitentiary or the safety of any person, or

(ii) plan or commit a criminal offence; and

(b) that restrictions on the manner in which the visit takes place would not be adequate to control the risk.

(2) Where a refusal or suspension is authorized under subsection (1),

(a) the refusal or suspension may continue for as long as the risk referred to in that subsection continues; and

(b) the institutional head or staff member shall promptly inform the inmate and the visitor of the reasons for the refusal or suspension and shall give the inmate and the visitor an opportunity to make representations with respect thereto. [Emphasis added.]

Parameters of duty of procedural fairness under section 90 of Regulations

[14] It is well known that the content and parameters of the duty of procedural fairness vary depending on the nature and importance of the decisions in question. In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 21, the Supreme Court of Canada stated this rule as follows:

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, “the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case”. All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal, supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, per Sopinka J.

a des motifs raisonnables de croire :

a) d’une part, que le détenu ou le visiteur risque, au cours de la visite :

(i) soit de compromettre la sécurité du pénitencier ou de quiconque,

(ii) soit de préparer ou de commettre un acte criminel;

b) d’autre part, que l’imposition de restrictions à la visite ne permettrait pas d’enrayer le risque.

(2) Lorsque l’interdiction ou la suspension a été autorisée en vertu du paragraphe (1) :

a) elle reste en vigueur tant que subsiste le risque visé à ce paragraphe;

b) le directeur du pénitencier ou l’agent doit informer promptement le détenu et le visiteur des motifs de cette mesure et leur fournir la possibilité de présenter leurs observations à ce sujet. [Je souligne.]

Les paramètres de l’obligation d’équité procédurale sous l’article 90 du Règlement

[14] Il est bien connu que la teneur et les paramètres de l’obligation d’équité procédurale varient selon la nature et l’importance des décisions en cause. La Cour suprême du Canada dans l’affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 21 énonçait le principe en ces termes :

L’existence de l’obligation d’équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s’appliqueront dans des circonstances données. Comme je l’écrivais dans l’arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, « la notion d’équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas ». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l’obligation d’équité procédurale : *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux-St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

[15] In the field of custodial law the decisions taken by administrative authorities are varied. They are not all of the same importance. They also give rise to consequences of varying duration and seriousness. Sometimes they affect a privilege, sometimes a right, sometimes living conditions, sometimes the inmate's residual freedom, to mention only a few of the interests affected by such decisions. More often than not they are prompted by the security requirements of the institution or of a group of individuals. It will be understood that the duty to disclose information to an inmate may as a result be subject to limits and exceptions. Indeed, this is recognized by subsection 27(3) of the Act, which authorizes the non-disclosure of certain information.

[16] In *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.), and *Cartier v. Canada (Attorney General)* (1998), 165 F.T.R. 209 (F.C.T.D.), [1998] F.C.J. No. 1211, cited by the Federal Court in the case at bar, this Court stated as follows the need to have some difference of treatment for administrative decisions so as to set the limits of the duty of procedural fairness. At pages 342-343 of *Gallant*, adopted in the reasons of Nadon J. in *Cartier*, in those of Pelletier J.A. in *Blass v. Canada (Attorney General)* (2002), 306 N.R. 182 (F.C.A.), and by the undersigned in *Canada (Attorney General) v. Boucher* (2005), 347 N.R. 88 (F.C.A.) 2005 FCA 77, at paragraph 29, Marceau J.A. wrote :

It seems to me that, to appreciate the practical requirements of the *audi alteram partem* principle, it is wrong to put on the same level all administrative decisions involving inmates in penitentiaries, be they decisions of the National Parole Board respecting the revocation of parole, or decisions of disciplinary boards dealing with disciplinary offences for which various types of punishments, up to administrative segregation, can be imposed, or decisions, such as the one here involved, of prison authorities approving the transfer of inmates from one institution to another for administrative and good order reasons. Not only do these various decisions differ as to the individual's rights, privileges or interests they may affect, which may lead to different standards of procedural safeguards; they also differ, and even more significantly, as to their purposes and justifications, something which cannot but influence the content of the information that the individual

[15] Dans le domaine du droit carcéral, les décisions prises par les autorités administratives sont diverses. Elles ne revêtent pas toutes la même importance. Elles génèrent aussi des conséquences d'une durée et d'une gravité variables. Elles affectent tantôt un privilège, tantôt un droit, tantôt des conditions de vie, tantôt la liberté résiduelle du détenu, pour ne nommer que quelques-uns des intérêts affectés par ces décisions. Plus souvent qu'autrement elles sont dictées par des impératifs de sécurité de l'établissement ou celle d'un groupe de personnes. L'on comprendra que l'obligation de divulguer des renseignements à un détenu peut, de ce fait, souffrir des limites et des exceptions. D'ailleurs le paragraphe 27(3) de la Loi le reconnaît expressément en permettant que certains renseignements ne soient pas communiqués.

[16] Dans les affaires *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 et *Cartier c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 1211 (1^{re} inst.) (QL), citées par la Cour fédérale dans la présente affaire, notre Cour exprimait en ces termes la nécessité d'opérer une différence de traitement des décisions administratives aux fins de délimiter l'obligation d'équité procédurale. Aux pages 342 et 343 dans l'affaire *Gallant*, reprise dans les motifs du juge Nadon dans l'affaire *Cartier*, dans ceux du juge Pelletier dans l'affaire *Blass c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 220 et par le soussigné dans *Canada (Procureur général) c. Boucher*, 2005 CAF 77, au paragraphe 29, le juge Marceau écrivait :

Il me semble que pour apprécier les conséquences pratiques du principe *audi alteram partem* il ne faut pas traiter de la même façon toutes les décisions administratives portant sur les détenus en milieu carcéral, qu'elles soient rendues par la Commission nationale des libérations conditionnelles en matière de révocation de libération conditionnelle ou par les comités de discipline à la suite d'infractions pénales pouvant entraîner différentes peines, jusqu'à la ségrégation, ou par les autorités carcérales approuvant, comme en l'espèce, le transfèrement des détenus d'un établissement à un autre pour des motifs d'ordre administratif et de sécurité. Ces décisions sont non seulement différentes en ce qui a trait aux droits, privilèges ou intérêts personnels visés, ce qui peut entraîner différentes normes en matière de garanties procédurales, mais également, et c'est encore plus important, quant à leurs objectifs et à leur raison d'être, ce qui ne peut qu'influer sur

needs to be provided with, in order to render his participation, in the making of the decision, wholly meaningful. In the case of a decision aimed at imposing a sanction or a punishment for the commission of an offence, fairness dictates that the person charged be given all the available particulars of the offence. Not so in the case of a decision to transfer made for the sake of the orderly and proper administration of the institution and based on a belief that the inmate should, because of concerns raised as to his behaviour, not remain where he is. In such a case, there would be no basis for requiring that the inmate be given as many particulars of all the wrong doings of which he may be suspected. Indeed, in the former case, what has to be verified is the very commission of the offence and the person involved should be given the fullest opportunity to convince of his innocence; in the latter case, it is merely the reasonableness and the seriousness of the belief on which the decision would be based and the participation of the person involved has to be rendered meaningful for that but nothing more. In the situation we are dealing with here, guilt was not what had to be confirmed, it was whether the information received from six different sources was sufficient to raise a valid concern and warrant the transfer.

[17] Counsel for the appellant submitted that in the case at bar the Federal Court, after concluding that section 90 of the Regulations gave the inmate a right, mistakenly gave this right an undue legal status and importance. This led to an error of law involving the imposition by the Court of a duty of procedural fairness which was neither required nor justified by section 90. As counsel for the appellant submitted, the Federal Court imposed a duty to disclose information that was greater than that imposed by the Act and the courts on transfer proceedings, though a transfer was a procedure which carried with it far greater consequences than a mere suspension of contact visits. I feel that the appellant is right on this point.

[18] Section 28 of the Act, in relative language comparable to that of section 90 of the Regulations, gives an inmate the right to be confined in the least restrictive environment possible. Both section 28 of the Act and section 90 of the Regulations impose, on the penal administration, a duty to the inmate. I set out section 28 :

28. Where a person is, or is to be, confined in a penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to

le genre de renseignements que le détenu doit connaître afin que sa participation au processus décisionnel ait une portée réelle. Dans le cas d'une décision visant à imposer une sanction ou une punition à la suite d'une infraction, les règles d'équité exigent que la personne accusée dispose de tous les détails connus de l'infraction. Il n'en est pas de même dans le cas d'une décision de transfèrement rendue pour le bon fonctionnement de l'établissement et fondée sur la croyance que le détenu ne devrait pas rester où il est, compte tenu des questions que soulève son comportement. Dans un tel cas, il n'y a pas de raison d'exiger que le détenu dispose d'autant de détails relatifs aux actes répréhensibles dont on le soupçonne. En effet, dans le premier cas, ce qu'il faut vérifier est la commission même de l'infraction et la personne visée devrait avoir la possibilité d'établir son innocence; dans le second cas, c'est uniquement le caractère raisonnable et sérieux des motifs sur lesquels la décision est fondée, et la participation de la personne visée doit être rendue pleinement significative pour cela, mais rien de plus. En l'occurrence, il ne s'agissait pas d'établir la culpabilité du détenu, mais de savoir si les renseignements reçus des six sources différentes représentaient des préoccupations assez importantes pour justifier son transfèrement.

[17] Le procureur de l'appellant soumet que, dans le cas présent, la Cour fédérale, après avoir conclu que l'article 90 du Règlement conférait au détenu un droit, a erronément au plan légal octroyé à ce droit un statut et une importance démesurés. De là s'en est suivi une erreur de droit consistant en l'imposition par la Cour d'une obligation d'équité procédurale que ne requiert ni ne justifie l'article 90. De dire le procureur de l'appellant, la Cour fédérale a imposé une obligation de communiquer des renseignements plus grande que celle que la Loi et les tribunaux imposent en matière de transfèrement alors que le transfèrement est une procédure qui porte beaucoup plus à conséquences que la simple suspension de visites contacts. Je crois que l'appellant a raison sur ce point.

[18] L'article 28 de la Loi confère à un détenu, en des termes relatifs comparables à ceux de l'article 90 du Règlement, le droit d'être incarcéré dans le milieu le moins restrictif possible. Tant l'article 28 de la Loi que l'article 90 du Règlement imposent à l'administration pénitentiaire une obligation à l'égard du détenu. Je reproduis l'article 28 :

28. Le Service doit s'assurer, dans la mesure du possible, que le pénitencier dans lequel est incarcéré le détenu constitue

ensure that the penitentiary in which the person is confined is one that provides the least restrictive environment for that person, taking into account

(a) the degree and kind of custody and control necessary for

- (i) the safety of the public,
- (ii) the safety of that person and other persons in the penitentiary, and
- (iii) the security of the penitentiary;

(b) accessibility to

- (i) the person's home community and family,
- (ii) a compatible cultural environment, and
- (iii) a compatible linguistic environment; and

(c) the availability of appropriate programs and services and the person's willingness to participate in those programs.

[19] There is no question that a decision on the placement of an inmate on his or her arrival in a penitentiary is somewhat more fraught with consequences for the inmate and his or her rehabilitation than a decision on contact visits. Similarly, a subsequent decision on the transfer of an inmate following an upward revision of the latter's security rating is again, in terms of its consequences, not comparable to a decision to temporarily suspend contact visits.

[20] In fact, the decision to transfer an inmate from a medium to a maximum security institution affects his or her living conditions within the prison and participation in correctional programs. It may delay the inmate's parole. When as in *Boucher*, the transfer is from Montréal to the maximum security institution in Port-Cartier, even the opportunity of having visits, let alone contact visits, is seriously compromised by the distance between the two places. In the respondent's case, he did continue to have visits, but without contact.

le milieu le moins restrictif possible, compte tenu des éléments suivants :

a) le degré de garde et de surveillance nécessaire à la sécurité du public, à celle du pénitencier, des personnes qui s'y trouvent et du détenu;

b) la facilité d'accès à la collectivité à laquelle il appartient, à sa famille et à un milieu culturel et linguistique compatible;

c) l'existence de programmes et services qui lui conviennent et sa volonté d'y participer.

[19] Il est indubitable qu'une décision relative au placement d'un détenu à son arrivée en milieu carcéral est passablement plus lourde de conséquences pour lui et sa réhabilitation qu'une décision quant à des visites contacts. De même, une décision subséquente sur le transfèrement d'un détenu suite à une révision à la hausse de sa cote de sécurité, est, toujours au plan des conséquences, sans commune mesure avec une décision de suspendre temporairement des visites contacts.

[20] De fait, la décision de transférer un détenu d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale affecte ses conditions de vie à l'intérieur des murs et sa participation à des programmes correctionnels. Elle peut retarder sa libération conditionnelle. Lorsque, comme dans l'affaire *Boucher*, le transfert a lieu de Montréal à l'établissement à sécurité maximale de Port-Cartier, la possibilité même d'avoir des visites, encore moins des visites contacts, se trouve sérieusement compromise par la distance qui sépare les deux endroits. Dans le cas de l'intimé, il continuait tout de même à avoir des visites, mais sans contact.

[21] I feel that the Federal Court also erred in law on the scope of the duty of procedural fairness when it considered the question of the suspension of contact visits as if the respondent was facing disciplinary charges. It referred twice to the fact that the respondent “had no fair opportunity to defend himself against the allegations” and that the disclosure made did not give him “a reasonable opportunity to defend himself”: see paragraphs 31 and 32 of the reasons for order.

[22] In cases of transfers resulting, for example, from allegations of the perpetration of disciplinary offences, assessing the inmate’s guilt is not at issue. The penitentiary administration has to decide on the advisability of making the transfer. The Court’s function is determining whether sufficient information was given to the inmate “for him to be able to participate meaningfully in the process of determining whether he should be transferred and to oppose it”: see *Boucher*, at paragraph 28.

[23] The question, and the approach to the question, are the same for the decision to temporarily suspend contact visits. The issue in the case at bar is not whether the inmate was guilty of trafficking in money, lending tobacco and trafficking in narcotics inside the institution, but whether he had sufficient information to object to the process of deciding on whether to suspend his participation in contact visits and private family visits. This leads me to consider more closely, first, the point at which for the purposes of procedural fairness there should be a determination of the sufficiency of the information needed by the inmate to effectively exercise his right of objection. Secondly, it is also necessary to consider, from the standpoint mentioned earlier, the information that was given to the inmate and his spouse before the initial decision was made. I will also then consider the information disclosed, as it casts some light on the sufficiency of what was provided before the decision to suspend was made. I will proceed by chronological order up to the date of June 6, 2003, when the decision was made on the third-level grievance, as it is that decision which is the subject of the judicial review; however, I will also consider certain

[21] Je crois que la Cour fédérale s’est aussi méprise en droit sur la portée de l’obligation d’équité procédurale lorsqu’elle a abordé la question de la suspension des visites contacts comme si l’intimé faisait face à des infractions disciplinaires. À double reprise, elle réfère au fait que l’intimé « n’avait aucune chance équitable de se défendre à l’encontre des allégations » et que la divulgation faite ne pouvait « lui permettre de se défendre raisonnablement » : voir les paragraphes 31 et 32 des motifs de l’ordonnance.

[22] En matière de transfèrement consécutif, par exemple, à des allégations de perpétration d’infractions disciplinaires, il ne s’agit pas d’apprécier la culpabilité du détenu. Il s’agit pour l’administration pénitentiaire de décider de l’opportunité d’opérer le transfèrement. Pour la Cour, son rôle consiste à déterminer si suffisamment d’informations ont été transmises au détenu « pour lui permettre de participer d’une manière significative au processus devant décider de l’opportunité d’opérer son transfèrement et de s’y opposer : voir *Boucher*, au paragraphe 28.

[23] La question, et l’approche à cette question, sont les mêmes pour la décision de suspendre temporairement les visites contacts. Il ne s’agit pas de déterminer si, dans le cas présent, l’intimé s’est rendu coupable ou non de trafic d’argent, de prêt de tabac et de trafic de stupéfiants à l’intérieur de l’établissement, mais bien de voir s’il possédait suffisamment d’informations pour s’opposer au processus devant décider de l’opportunité de suspendre sa participation aux visites contacts et aux visites familiales privées. Ceci m’amène à préciser, d’une part, le moment où, pour les fins de l’équité procédurale, doit s’apprécier la suffisance de l’information nécessaire au détenu pour se prévaloir efficacement de son droit d’opposition. Il importe également d’autre part d’examiner, dans l’optique ci-auparavant mentionnée, l’information qui fut remise à l’intimé et à sa conjointe avant la prise de décision initiale. J’examinerai aussi l’information divulguée par la suite car elle apporte un éclairage sur la suffisance de celle remise avant que la décision de suspendre ne soit prise. Je procèderai en suivant un ordre chronologique jusqu’à la date du 6 juin 2003, soit celle où la décision au troisième palier de grief a été rendue, car c’est cette

information given to the respondent after June 6, 2003 because the Federal Court considered that the provision of this information was belated and was a breach of procedural fairness.

Point at which, for purposes of procedural fairness, there should be determination of sufficiency of information provided to inmate so he can exercise his right of objection

[24] Subsection 27(1) of the Act states as a general rule that an inmate, who is entitled to make representations, is to be given all the information to be considered in the taking of the decision within a reasonable period before the decision is taken. In emergency situations, such as terminating an ongoing illicit activity, this information may and must be provided after the decision is taken. This is dealt with in subsection 27(2) of the Act.

[25] In the case at bar, however, paragraph 91(2)(b) of the Regulations contains a specific rule: when a suspension has been authorized, the inmate and the visitor must be informed promptly of the reasons for the suspension. They should also be given an opportunity to make representations regarding it.

[26] The penitentiary authorities complied with this provision of the Regulations. The information on the decision to suspend contact visits was given to the respondent and his spouse on February 21 and 26, 2003, before the visits board took its decision on February 27, 2003. This point is not in dispute. Accordingly, it is at that date, or subsequent to the date on which the warden of the institution approved the visits board's decision, that the sufficiency of the information given to the respondent must be assessed. This approval was given by the warden on March 12, 2003. The Judge placed the making of the decision at that date: see the reasons for his order, paragraphs 18, 31 and 32.

[27] I see no error in this conclusion, especially as the period of time between the decision by the committee and that of the warden was short and nothing new or

décision qui fait l'objet du contrôle judiciaire. Mais je considérerai aussi certaines informations remises à l'intimé après le 6 juin 2003 parce que la Cour fédérale a estimé que la remise de ces informations était tardive et constituait un manquement à l'équité procédurale.

Le moment où, pour les fins de l'équité procédurale, doit s'apprécier la suffisance de l'information à remettre au détenu pour qu'il puisse exercer son droit d'opposition

[24] Le paragraphe 27(1) de la Loi énonce comme règle générale qu'un détenu, qui a droit de présenter des observations, doit recevoir tous les renseignements qui entrent en ligne de compte dans la prise d'une décision, et ce dans un délai raisonnable avant que celle-ci ne soit prise. En cas d'urgence comme, par exemple, pour mettre fin à une activité illicite en cours, ces renseignements peuvent et doivent être fournis après la prise de décision. Le paragraphe 27(2) de la Loi y pourvoit.

[25] En l'espèce, toutefois, l'alinéa 91(2)(b) du Règlement contient une règle spécifique : lorsqu'une suspension a été autorisée, le détenu et le visiteur doivent être informés promptement des motifs de la suspension. On doit également leur fournir la possibilité de présenter des observations.

[26] Les autorités carcérales se sont conformées à cette disposition du Règlement. L'information relative à la décision de suspendre les visites contacts fut donnée à l'intimé et à sa conjointe les 21 et 26 février 2003, soit avant que le comité des visites ne prenne sa décision le 27 février 2003. Cet élément de fait n'est pas contesté. C'est donc à cette date, ou ultimement à la date où la directrice de l'établissement a confirmé la décision du comité des visites, que doit s'apprécier la suffisance de l'information remise à l'intimé. Cette confirmation par la directrice survint le 12 mars 2003. Le juge a situé dans le temps la prise de décision à cette date : voir les motifs de son ordonnance, paragraphes 18, 31 et 32.

[27] Je ne vois pas d'erreur dans cette conclusion, surtout que le laps de temps entre la décision du comité et celle de la directrice est court et que rien de nouveau

significant was communicated during the interval.

[28] I felt I should make some clarification of the time at which the sufficiency of information for procedural fairness purposes must be determined, in view of the grievances at the second and third levels of review of the initial decision and the fact that additional information may be provided at these stages of the process. It should be noted that these stages are only a review of the validity of the initial decision. If additional information provided at these later stages can support the merits of the decision under review, it cannot compensate for a breach of procedural fairness surrounding the taking of the initial decision.

[29] Having made that clarification, I now turn to the crux of the matter, the sufficiency of the information.

Sufficiency of information given to respondent and his spouse

(a) Information disclosed before decision by warden of institution

[30] Subsection 27(1) of the Act authorizes the body responsible for making a decision to give the inmate, before the decision is made, a summary of the information to be considered in taking the decision, rather than the information itself. This is the option that was used in the case at bar. The initial decision to suspend contact visits was made by the visits board of the institution on February 27, 2003: see appeal book, Volume 1, page 78, paragraphs 16 and 17 of the affidavit of Julie Bergevin.

[31] Before the decision was made, specifically on February 21 and 26, 2003, the respondent and his spouse were each informed of the facts and reasons which subsequently led to suspension of the contact visits, namely that:

(a) the respondent had been the subject of a preventive security and electronic surveillance investigation;

(b) the electronic surveillance was authorized because the prison authorities reasonably believed that the

ou de significatif ne fut communiqué au cours de cet intervalle.

[28] J'ai tenu à apporter une précision quant au moment où doit s'évaluer la suffisance de l'information pour les fins de l'équité procédurale, vu les griefs aux deuxième et troisième paliers de révision de la décision initiale et le fait que des informations additionnelles peuvent être fournies à ces étapes du processus. Car, il convient de le souligner, ces étapes ne sont qu'une révision du bien-fondé de la décision initiale. L'information additionnelle fournie à ces étapes ultérieures, si elle peut étayer le mérite de la décision révisée, ne peut suppléer à un manquement à l'équité procédurale entourant la prise de la décision initiale.

[29] Cette précision apportée, j'aborde maintenant le nœud du litige, soit la suffisance de l'information.

La suffisance de l'information remise à l'intimé et à sa conjointe

a) L'information communiquée avant la décision de la directrice de l'établissement

[30] Le paragraphe 27(1) de la Loi permet à l'organisme chargé de rendre une décision de fournir au détenu, avant que la décision ne soit prise, un sommaire des renseignements qui entrent en ligne de compte dans celle-ci plutôt que les renseignements eux-mêmes. C'est l'option qui fut retenue dans le cas présent. La décision initiale de suspendre les visites contacts fut prise par le comité des visites de l'établissement le 27 février 2003 : voir dossier d'appel, volume 1, page 78, les paragraphes 16 et 17 de l'affidavit de Julie Bergevin.

[31] Avant que la décision soit prise, soit plus précisément les 21 et 26 février 2003, l'intimé et sa conjointe ont chacun été informés des faits et des raisons qui ont, par la suite, amené la suspension des visites contacts, soit :

a) que l'intimé avait fait l'objet d'une enquête de la sécurité préventive et d'écoute électronique;

b) que l'écoute électronique avait été autorisée parce que les autorités carcérales croyaient raisonnablement

- respondent had brought in narcotics through private family visits and was preparing to do so again;
- (c) he was suspected of participating in unlawful acts with the assistance of his spouse, specifically bringing pills, money and narcotics into the institution;
- (d) he was also suspected of loans of tobacco and money transactions in the institution;
- (e) this information came from several sources;
- (f) the respondent's cell had been searched;
- (g) customer collection lists were found there, as one information source had indicated, and those lists were seized;
- (h) the results of the preventive security investigation and the wiretapping confirmed the respondent's involvement in illicit activities in the institution;
- (i) a conduct contract was given to the respondent, who refused to sign it;
- (j) the conduct contract asked that he undertake to cease [TRANSLATION] "being associated with trafficking in pills (medication) and drugs, trafficking in money with fellow inmates" and "not to have a convenience store";
- (k) the suspension of visits was temporary and would be reassessed when the smuggling risk had decreased;
- (l) the contact visits were replaced by wicket visits, which appeared to the prison authorities to be the least restrictive measure in the circumstances; and
- (m) the respondent and his spouse could make representations to challenge the decision.
- que l'intimé avait fait entrer des stupéfiants par le truchement des visites familiales privées et s'apprêtait à le faire à nouveau;
- c) qu'il était soupçonné d'avoir participé à des actes illicites avec l'aide de sa conjointe, soit plus précisément d'avoir introduit des pilules, de l'argent et des stupéfiants dans l'établissement;
- d) qu'il était aussi soupçonné de prêts de tabac et de transactions d'argent dans l'établissement;
- e) que ces informations venaient de plusieurs sources;
- f) que la cellule de l'intimé avait fait l'objet d'une fouille;
- g) que des listes de collecte de clients y ont été trouvées comme l'avait indiqué une source d'information et que ces listes ont été saisies;
- h) que les résultats de l'enquête de la sécurité préventive ainsi que l'interception des communications confirmaient l'implication de l'intimé dans des activités illicites dans l'établissement;
- i) qu'un contrat de comportement a été remis à l'intimé, lequel a refusé de le signer;
- j) que ce contrat de comportement lui demandait de s'engager à ne plus « se retrouver relié au trafic de pilules (médicaments) et drogue, au trafic d'argent avec des codétenus » et à « ne pas posséder de dépanneur »;
- k) que la suspension des visites était temporaire et qu'elle serait réévaluée lorsque le risque de contrebande aura diminué;
- l) que les visites contacts étaient remplacées par des visites au guichet, ce qui apparaissait aux autorités carcérales comme la mesure la moins restrictive dans les circonstances; et
- m) que l'intimé et sa conjointe pouvaient faire des représentations afin de contester la décision.

[32] This information was distributed throughout the two volumes of the appeal book, but it is possible to consult it at pages 41, 54, 55, 77 to 79, 92, 132, 133 and 147 of Volume 1 and at page 291 of Volume 2.

[33] The respondent admitted having engaged in loans of tobacco, but said he did this to help other inmates. In connection with the existence of three boxes at his spouse's place of residence, which the wiretap on his telephone conversations revealed were present at that location, the respondent admitted buying 10 cases of contraband cigarettes. Finally, he admitted having lost nearly \$10,000 with fellow inmates in the 11 months he had been in La Macaza, which corroborated the information received from inmates regarding loans of money and explained the customer collection lists: see appeal book, Volume 1, at pages 72 to 74.

(b) Information disclosed before decision at second grievance level on May 6, 2003

[34] On March 21, 2003, the respondent filed a grievance against the decision by the warden of the institution: see the respondent's affidavit in the appeal book, Volume 1, pages 37 and 38, paragraph 10. The decision was rendered on May 6, 2003: at page 63.

[35] On April 1, 2003, by a letter to counsel for the respondent, the latter was invited to get in touch with security information officers or his parole officer if he wished to obtain further explanations on the suspension of contact visits. The respondent did not make use of this invitation: see appeal book, Volume 1, at page 107.

[36] Nevertheless, on April 15, 2003 the respondent was given by the prison authorities an evaluation report setting out further details as to [TRANSLATION] "his involvement in certain schemes," to use the phrase employed in the report : see appeal book, Volume 2, at pages 292 to 295.

[32] Ces informations sont disséminées un peu partout dans les deux volumes du dossier d'appel, mais il est possible de les consulter aux pages 41, 54, 55, 77 à 79, 92, 132, 133 et 147 du volume 1, ainsi qu'à la page 291 du volume 2.

[33] L'intimé a admis s'être livré à des prêts de tabacs, mais a affirmé l'avoir fait pour aider les autres détenus. En rapport avec l'existence de trois boîtes chez sa conjointe, dont la présence à cet endroit a été révélée par l'écoute de ses conversations téléphoniques, l'intimé a admis avoir acheté 10 caisses de cigarettes de contrebande. Enfin, il a avoué avoir perdu près de 10 000 \$ auprès de codétenus depuis les 11 mois qu'il s'est trouvé à La Macaza, ce qui corrobore les informations reçues des détenus quant aux prêts d'argent et explique les listes de collecte des clients : voir le dossier d'appel, volume 1, aux pages 72 à 74.

b) L'information communiquée avant la décision rendue le 6 mai 2003 au deuxième palier de grief

[34] Le 21 mars 2003, l'intimé a logé un grief à l'encontre de la décision de la directrice de l'établissement : voir l'affidavit de l'intimé au dossier d'appel, volume 1, pages 37 et 38, paragraphe 10. La décision fut rendue le 6 mai 2003 : à la page 63.

[35] Le 1^{er} avril 2003, par lettre adressée à la procureure de l'intimé, ce dernier était invité à communiquer avec les agents de renseignements de sécurité ou son agent de libération conditionnelle s'il désirait obtenir à nouveau des explications concernant la suspension des visites contacts. Il s'agit d'une invitation dont l'intimé ne s'est pas prévalu : voir le dossier d'appel, volume 1, à la page 107.

[36] Néanmoins, le 15 avril 2003, l'intimé s'est vu remettre par les autorités carcérales un rapport d'évaluation qui fournit des détails additionnels quant à « son implication dans différentes magouilles », pour reprendre l'expression utilisée dans le rapport : voir dossier d'appel, volume 2, aux pages 292 à 295.

[37] This report referred to protected information reports of November 5, 2002, January 7, 2003 and January 29, 2003, and to a security information report of March 17, 2003. Once again, these reports related illicit activities allegedly conducted by the respondent. They contained nothing new, except that they indicated the reliability rating of the information sources, which varied from an anonymous or unknown source to a source of complete reliability, and included a high reliability level. This was the only new material not known to the respondent.

[38] With this additional information brought to the respondent's notice before his grievance was decided at the second level he could, if it appeared necessary and he felt that the information he had received on the suspension was insufficient, have asked security information officers or his parole officer for further details, as the letter of April 1, 2003, invited him to do. Nothing was done in this regard.

(c) Information disclosed before decision on June 6, 2003

[39] The respondent's grievance at the third decision level was filed on May 13, 2003, and the decision rendered on June 6, 2003. The submissions by counsel for the respondent contained in letters of February 28 and March 10 and 21, 2003 were drawn to the attention of the adjudicator: see appeal book, Volume 1, at pages 43, 50 and 59. Their content indicates that before the initial decision was made, the respondent was sufficiently aware of the allegations in favour of a suspension of contact visits, and the circumstances leading thereto, for him to make an objection.

(d) Information disclosed after decision on June 6, 2003

[40] On August 8, 2003, pursuant to application for judicial review T-997-03 filed by the respondent in the Federal Court, the appellant entered in the Court record

[37] Ce rapport fait référence à des rapports de renseignement protégé du 5 novembre 2002, 7 janvier 2003 et 29 janvier 2003 ainsi qu'un rapport de renseignement de sécurité du 17 mars 2003. Encore une fois, ces rapports relatent les activités illicites reprochées à l'intimé. Ils ne contiennent rien de nouveau, sauf qu'ils indiquent la cote de fiabilité des sources d'information, laquelle varie de source anonyme ou inconnue jusqu'à source de fiabilité totale, en passant par le niveau de fiabilité approfondi. Il s'agit là du seul élément nouveau que l'intimé ignorait.

[38] Ces renseignements additionnels portés à la connaissance de l'intimé avant qu'il n'y ait adjudication de son grief au deuxième palier, celui-ci aurait pu, si cela lui apparaissait nécessaire et s'il estimait que les renseignements qu'il avait reçus relativement à la suspension étaient insuffisants, demander des précisions supplémentaires aux agents de renseignements de sécurité ou à son agent de libération conditionnelle comme la lettre du 1 avril 2003 l'invitait à le faire. Rien ne fut fait en ce sens.

(c) L'information communiquée avant la décision rendue le 6 juin 2003

[39] Le grief de l'intimé au troisième palier de décision fut logé le 13 mai 2003, la décision rendue le 6 juin 2003. Les représentations de la procureure de l'intimé contenues dans des lettres du 28 février et 10 et 21 mars 2003 ont été portées à la connaissance de l'adjudicateur : voir dossier d'appel, volume 1, aux pages 43, 50 et 59. Leur teneur indique qu'avant la prise de décision initiale, l'intimé connaissait suffisamment bien les allégations qui pesaient en faveur d'une suspension des visites contacts pour s'y opposer ainsi que les circonstances qui y ont donné naissance.

(d) L'information communiquée après la décision rendue le 6 juin 2003

[40] Le 8 août 2003, dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire T-997-03 présentée en Cour fédérale par l'intimé, l'appelant a déposé au dossier de la Cour

a censored copy of the security information report dated March 17, 2003 with the reliability rating alongside each information source. This piece of information appeared in the report of January 3, 2003 given to the respondent on April 15, 2003. In any case, the report is subsequent to the making of the initial decision approved by the institution warden on March 12, 2003.

[41] The Federal Court indicated its concern that a protected information report of January 8, 2003, was not given to the respondent (in fact, it was dated January 7 but not signed by the second co-signer until January 8). At paragraph 31 of the reasons for order, the Court wrote :

The Protected Information Report from January 8, 2003 contains important information about the applicant's alleged drug trafficking activity, including the allegation that he was going to smuggle "pot" into the institution on the occasion of his next Private Family Visit (PFV) and, particularly, the source of that information. The tip came from inmate Lama, who, according to his own statements, held a grudge against the applicant. It goes without saying that the reliability of such evidence could be considered suspect. The respondent is not disputing the fact that this information was received and considered by the Warden before she made her decision; nor is the respondent disputing the fact that the information was not disclosed to the applicant before the Warden made her decision. The applicant was unaware of this evidence. He therefore had no opportunity to challenge it or present contrary evidence. I would add that the summary of the information, shared orally by the respondent, contained no particulars that would allow the applicant to challenge the reliability of the evidence and defend himself. In my opinion, the summary in this case was utterly insufficient and did not in any way meet the respondent's obligation under the Act to provide a summary of all information to be considered in the decision. The applicant had no fair opportunity to defend himself against the allegations which, on the face of it, seem at least in part to have served as the basis of the Warden's decision. [Emphasis added.]

[42] With respect, the defendant was aware that he was suspected of trafficking in narcotics and using private family visits to bring illicit merchandise into the institution: see above, the summary of information disclosed to the respondent and the references to the appeal books. He also knew before the first suspension

une copie censurée du rapport sur les renseignements de sécurité daté du 17 mars 2003, ainsi qu'en marge de chacune des sources d'information leur cote de fiabilité. Ce dernier élément d'information apparaissait dans le rapport du 3 janvier 2003 remis à l'intimé le 15 avril 2003. Quoiqu'il en soit, ce rapport est postérieur à la prise de décision initiale confirmée par la directrice de l'établissement le 12 mars 2003.

[41] La Cour fédérale s'est déclarée insatisfaite du fait qu'un rapport de renseignements protégés du 8 janvier 2003 (en fait, il est daté du 7 janvier mais signé seulement le 8 par le deuxième cosignataire) n'ait pas été remis à l'intimé. Au paragraphe 31 des motifs de l'ordonnance, la Cour écrit :

Le Rapport de renseignements protégés du 8 janvier 2003 contient des informations importantes en ce qui a trait au trafic [sic] allégué de stupéfiants par le demandeur notamment que ce dernier allait introduire du « pot » lors de sa prochaine visite « V.F.P. » et particulièrement la source de cette information. L'information provenait du détenu Lama, qui selon ses propres déclarations en voulait au demandeur. Il va sans dire que la fiabilité d'une telle preuve pourrait être jugée suspecte. Le défendeur ne dispute pas le fait que cette information a été reçue et considérée par la Directrice de l'institution avant de rendre sa décision et ne dispute pas non plus le fait que l'information ne fut pas divulguée au demandeur avant la prise de décision. Le demandeur était ignorant de cette preuve. Il n'a donc eu aucune chance de la tester ou de présenter une preuve contraire. J'ajoute que le sommaire des renseignements partagé oralement par le défendeur ne contient aucun détail qui permettrait au demandeur de questionner la fiabilité de cette preuve et de se défendre. À mon avis, le sommaire en l'instance était nettement insuffisant et ne respectait aucunement l'obligation du défendeur de remettre « un sommaire » de tous les renseignements entrant en ligne de compte. Le demandeur n'avait aucune chance équitable de se défendre à l'encontre de ces allégations, qui de toute allure, semblent avoir fondées, du moins en partie, la décision de la Directrice de l'établissement. [Je souligne.]

[42] Avec respect, le défendeur était au courant qu'il était soupçonné de faire le trafic de stupéfiants et de servir des visites familiales privées pour faire entrer la marchandise illicite dans l'établissement : voir ci-auparavant le sommaire des informations divulguées à l'intimé et les références aux dossiers d'appel. Il savait

decision on February 27, 2003, made by the institution's visits board, that wiretapping of his telephone conversations had indicated that he was preparing to do this again: see in particular in the appeal book, Volume 1, at page 41, the notification of interception of communications given to the respondent.

[43] The Federal Court referred to this information obtained from the inmate Lama. It added that the summary previously given to the respondent did not contain "particulars that would allow [the respondent] to challenge the reliability of the evidence and defend himself."

[44] I referred earlier to the fact that we are not concerned here with a disciplinary offence, and consequently a decision involving a conviction at the end of a hearing in which an inmate may "defend himself" and present a full and complete defence. In *Gaudet v. Marchand* (1994), 63 Q.A.C. 286 (C.A.), which raised a question of a transfer, Rothman J.A. of the Quebec Court of Appeal set out the limits to procedural fairness as follows, at paragraph 29 :

In my respectful opinion, the authorities had no duty to provide appellant with copies of the statements given by informers, nor to afford appellant an opportunity to cross-examine these witnesses or the penitentiary authorities themselves. In a prison context, such a hearing would go considerably beyond procedural fairness into the realm of an unreasonable intrusion into the administration and security of the penitentiary. [Emphasis added.]

[45] The Federal Court also emphasized the suspect reliability of the evidence provided by the inmate Lama. It does not seem to have been drawn to the Court's attention that the word "Lama," accompanied by a number and associated with the word "inmate," referred to an inmate's code name. Similarly, the reasons for judgment do not indicate that the Court was aware that there were several "Lamas" in this matter, each corresponding to a source of information on the ongoing illicit activities. Thus, Lama 0389, referred to by the Court, Lama 0121, Lama 0312, Lama 0238, Lama 0212

également avant la première décision de suspension du 27 février 2003 prise par le comité des visites de l'établissement que l'écoute de ses conversations téléphoniques avait révélé qu'il s'apprêtait à le faire à nouveau : voir plus spécifiquement au dossier d'appel, volume 1, à la page 41, l'avis d'interception des communications remis à l'intimé.

[43] La Cour fédérale réfère à cette information obtenue du détenu Lama. Elle ajoute que le sommaire remis précédemment à l'intimé ne contenait « aucun détail qui permettrait [à l'intimé] de questionner la fiabilité de cette preuve et de se défendre ».

[44] J'ai déjà évoqué le fait que nous ne sommes pas ici en présence d'une infraction disciplinaire et, conséquemment, d'une décision emportant déclaration de culpabilité au terme d'une audition où le détenu peut « se défendre » et présenter une défense pleine et entière. Dans l'affaire *Gaudet c. Marchand*, [1994] A.Q. n° 375 (C.A.) (QL), qui soulevait une question de transfèrement, le juge Rothman de la Cour d'appel du Québec postulait en ces termes, au paragraphe 29, les limites à l'équité procédurale :

[TRADUCTION] À mon avis, les autorités n'étaient aucunement tenus de fournir à l'appellant des copies des déclarations faites par les informateurs, ni de lui permettre de contre-interroger ces témoins ou les autorités pénitentiaires elles-mêmes. Dans un contexte carcéral, une telle audition dépasserait largement les limites de l'équité procédurale et constituerait une intrusion déraisonnable dans l'administration et la sécurité du pénitencier. [Je souligne.]

[45] La Cour fédérale insiste également sur la fiabilité suspecte de la preuve apportée par le détenu Lama. Il ne semble pas que l'on ait porté à la connaissance de la Cour que le terme « Lama », affublé d'un chiffre et accolé au mot « détenu », réfère au nom de code d'un détenu. De même les motifs de la décision ne permettent pas de croire que la Cour était au courant qu'il y avait plusieurs « Lamas » dans cette affaire, chacun correspondant à une source d'information sur les activités illicites en cours. Ainsi, Lama 0389, auquel la Cour réfère, Lama 0121, Lama 0312, Lama 0238, Lama 0212 et

and Lama 0435 are inmates who were involved in the loans of money or tobacco or who contracted debts of money or tobacco: see observation or information reports in appeal book, Volume 2, at pages 296, 317, 318, 379, 380 and 391. With most of the aforementioned information sources, the information received by the prison authorities was checked and validated. If we add the respondent's admissions regarding loans of tobacco and the customer collection lists that were seized in his cell, I do not think that the making of the decision to suspend contact visits was based on information from a single inmate whose reliability might be considered suspect.

(e) Conclusion on sufficiency of information given to respondent

[46] In short, the decision to suspend an inmate's contact visits requires the prison authorities to give the inmate sufficient information to allow him to object to the process for deciding on the advisability of suspending his participation in contact or private family visits. To quote Marceau J.A. [at page 343] in *Gallant*, what is at issue here is "merely the reasonableness and the seriousness of the belief on which the decision would be based, and the participation of the person involved has to be rendered meaningful for that but nothing more."

[47] For purposes of procedural fairness, the sufficiency of the information given to the respondent had to be assessed at the date on which he was required to make, or could have made, his representations to the visits board of the institution or the warden of the institution, on February 27 and March 12, 2003 respectively. The latest date was that on which the visits board's decision was approved by the warden of the institution, namely March 12, 2003.

[48] The Federal Court referred to the criterion by which it was bound, put forward by Marceau J.A. in *Gallant*, but I am not sure that it did not unconsciously disregard this in saying that the respondent had no fair

Lama 0435 sont des détenus qui étaient impliqués dans des prêts d'argent ou de tabac ou qui avaient contracté des dettes d'argent ou de tabac : voir les rapports de renseignements ou d'observation au dossier d'appel, volume 2, aux pages 296, 317, 318, 379, 380 et 391. Pour la plupart des sources d'information ci-auparavant mentionnées, l'information reçue par les autorités carcérales a été vérifiée et validée. Si on y ajoute les admissions de l'intimé quant aux prêts de tabac et les listes de collectes de clients qui furent saisies dans sa cellule, je ne crois pas que la prise de décision de suspendre les visites contacts repose sur l'information d'un seul détenu dont la fiabilité pourrait être jugée suspecte.

e) Conclusion sur la suffisance des informations remises à l'intimé

[46] En somme, la décision de suspendre les visites contacts d'un détenu commande que les autorités carcérales fournissent au détenu suffisamment d'informations pour lui permettre de s'opposer au processus devant décider de l'opportunité de suspendre sa participation aux visites contacts ou familiales privées. Pour paraphraser le juge Marceau [à la page 343] dans *Gallant*, est ici en cause « uniquement le caractère raisonnable et sérieux des motifs sur lesquels la décision est fondée, et la participation de la personne visée doit être rendue pleinement significative pour cela, mais rien de plus ».

[47] Pour les fins de l'équité procédurale, la suffisance des informations communiquées à l'intimé devait s'apprécier à la date où celui-ci fut appelé à ou pouvait faire ses représentations au comité des visites de l'établissement ou à la directrice de l'établissement, soit respectivement les 27 février et 12 mars 2003. La date ultime était celle où la décision du comité des visites fut confirmée par la directrice de l'établissement, soit le 12 mars 2003.

[48] La Cour fédérale a fait référence au critère qui la liait, mis de l'avant par le juge Marceau dans l'affaire *Gallant*, mais je ne suis pas certain qu'elle ne s'en est pas inconsciemment écartée en stipulant

opportunity to defend himself against the allegations or a reasonable opportunity to defend himself. If it had applied the correct test, or had correctly applied the test to which it referred in *Gallant*, without misconceiving the status of contact visits, it would undoubtedly have concluded that these were sufficient and that the duty of procedural fairness had been met in the circumstances. It would have dismissed the application for judicial review.

CONCLUSION

[49] For these reasons, I would allow the appeal with costs and I would set aside the Federal Court's decision on January 8, 2007 in case T-997-03. Rendering the judgment which should have been rendered, I would dismiss the application for judicial review.

PELLETIER J.A.: I concur.

TRUDEL J.A.: I concur.

que l'intimé n'avait aucune chance équitable de se défendre à l'encontre des allégations ou de se défendre raisonnablement. Eut-elle appliqué le bon critère ou encore appliqué correctement le critère auquel elle a référé dans l'affaire *Gallant*, sans méprise quant au statut des visites contacts, qu'elle aurait sans aucun doute conclu que celles-ci étaient suffisantes et que l'obligation d'équité procédurale avait été satisfaite en l'espèce. Elle aurait rejeté la demande de contrôle judiciaire.

CONCLUSION

[49] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais la décision de la Cour fédérale rendue le 8 janvier 2007 dans le dossier T-997-03. Procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

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

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

A-221-07
2008 FCA 1

A-221-07
2008 CAF 1

The Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Jean Pelletier (*Respondent*)

Jean Pelletier (*intimé*)

INDEXED AS: PELLETIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PELLETIER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Noël J.J.A.—Montréal, December 11, 2007; Ottawa, January 9, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Noël, J.C.A.—Montréal, 11 décembre 2007; Ottawa, 9 janvier 2008.

Construction of Statutes — Interpretation Act (Act), s. 24(1); Financial Administration Act (FAA), s. 105(6) — Appeal from Federal Court decision setting aside second Order in Council terminating respondent as Chairman of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. — Respondent appointed by Order in Council under Financial Administration Act, s. 105(6) but terminated before expiry of term — Federal Court's decision setting aside first termination order upheld by Federal Court of Appeal — On judicial review of second termination order, Federal Court wrongly importing into Act, s. 24(1), FAA, s. 105(6) words not in accordance with text, purpose of provisions — Act, s. 24(1)(a) not imposing obligation to consult on power to terminate, only on power to appoint — Minister not having obligation to consult Board of Directors of VIA Rail before terminating respondent — Appeal allowed.

Interprétation des lois — Art. 24(1) de la Loi d'interprétation (la Loi); art. 105(6) de la Loi sur la gestion des finances publiques (la LGFP) — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l'intimé, qui faisait fonction de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. — L'intimé a été nommé par décret en vertu de l'art. 105(6) de la LGFP, mais il a été destitué avant l'expiration de son mandat — La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour fédérale annulant le premier décret de destitution — Dans le cadre du contrôle judiciaire du second décret de destitution, la Cour fédérale a importé dans les art. 24(1) de la Loi et 105(6) de la LGFP des mots qui faisaient violence au texte et à l'esprit de ces dispositions — L'art. 24(1)(a) de la Loi n'impose pas l'obligation de consulter dans l'exercice du pouvoir de destitution, seulement dans l'exercice du pouvoir de nomination — Le ministre n'avait pas l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de destituer l'intimé — Appel accueilli.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Appeal from Federal Court decision setting aside second Order in Council terminating respondent as Chairman of Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. — Federal Court misinterpreting Federal Court of Appeal's decision on content of procedural fairness required — Because removed for misconduct, respondent having right to be informed of reasons of termination, right to be heard — Minister meeting procedural fairness requirements set out by Federal Court on judicial review of first termination order — Second termination order valid in principle — Federal Court also erring in applying standard of procedural fairness of reasonable apprehension of bias instead of standard of closed mind to Minister's discretionary decision to terminate — Evidence showing Minister not having closed mind when respondent's

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l'intimé, qui faisait fonction de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. — La Cour fédérale a fait une mauvaise lecture de la décision de la Cour d'appel fédérale sur le contenu d'équité procédurale demandé — Parce qu'il était destitué pour inconduite, l'intimé avait le droit de connaître les motifs de destitution et le droit de se faire entendre — Le ministre s'était conformé aux exigences d'équité procédurale que lui imposait la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire du premier décret de destitution — Le second décret de destitution était en principe valide — La Cour fédérale a aussi commis une erreur en appliquant la norme d'équité procédurale de la crainte raisonnable de partialité plutôt que la norme de l'esprit fermé à la décision discrétionnaire de

hearing on second termination order taking place.

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside a second Order in Council terminating the respondent as Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. The respondent was appointed by Order in Council in 2001 to hold office during pleasure for a five-year term pursuant to subsection 105(6) of the *Financial Administration Act* (FAA) but was terminated before his term expired. On judicial review, the first termination order was set aside by the Federal Court because procedural fairness required that the respondent be informed of the reasons for termination and have an opportunity to be heard. Thereafter, the Minister of Transport at the time invited the respondent to provide reasons as to why he shouldn't be terminated and subsequently met with the respondent. A second termination order was adopted three weeks later. On appeal, the Federal Court of Appeal upheld the Federal Court's decision regarding the first termination order. The second termination order was set aside on judicial review on the grounds that the second termination was illegal and because there was a reasonable apprehension of bias on the part of the appropriate Minister. The issues were: (1) whether the appropriate Minister had an obligation to consult the Board of Directors of VIA Rail before terminating the respondent; and (2) whether the Federal Court erred in applying the highest standard of procedural fairness regarding the second termination order.

Held, the appeal should be allowed.

(1) Under subsection 105(6) of the FAA, the appropriate Minister must consult the board of directors of a parent Crown corporation before appointing officer-directors. Subsection 24(1) of the *Interpretation Act* (Act) prescribes that the power to name a public officer during pleasure includes the power of termination. Given that statutes must be interpreted in a textual, contextual and purposive way, the Federal Court imported words into subsections 24(1) of the Act and 105(6) of the FAA that were not in accordance with the text and purpose of those provisions when it held that the obligation to consult the Board of Directors before appointment included the obligation to consult them again before termination. While there is an obligation to consult in appointing officer-directors, no such obligation is imposed on the power to terminate established under paragraph 24(1)(a) of the Act. Imposing an obligation to consult at the time of termination of a person appointed during pleasure in the absence of clear wording would change the very nature of their appointment, i.e. their intrinsically precarious status.

destitution prise par le ministre — La preuve révélait que le ministre n'avait pas l'esprit fermé lorsque l'audience relative au second décret de destitution de l'intimé a eu lieu.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l'intimé, qui faisait fonction de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. En 2001, l'intimé a été nommé par décret, à titre amovible, pour un mandat de cinq ans en vertu du paragraphe 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP), mais il a été destitué avant l'expiration de son mandat. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a annulé le premier décret de destitution parce que l'équité procédurale exigeait que le cabinet informe l'intimé des motifs de la destitution et lui permette de faire valoir son point de vue. Par la suite, le ministre des Transports à l'époque a invité l'intimé à faire valoir les raisons pour lesquelles un décret de destitution ne devait pas être pris et il a ensuite rencontré l'intimé. Un second décret de destitution a été adopté trois semaines plus tard. Dans le cadre de l'appel, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour fédérale relativement au premier décret de destitution. Le second décret a été annulé dans le cadre du contrôle judiciaire pour cause d'illégalité et pour cause de crainte raisonnable de partialité de la part du ministre de tutelle. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si : 1) le ministre de tutelle avait l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de destituer l'intimé; et 2) la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant la norme la plus élevée d'équité procédurale à l'égard du second décret de destitution.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

1) Selon le paragraphe 105(6) de la LGFP, le ministre de tutelle doit consulter le conseil d'administration d'une société d'État mère avant d'en nommer les administrateurs dirigeants. Le paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation* (la Loi) prescrit que le pouvoir de nommer un fonctionnaire public à titre amovible comporte le pouvoir de le révoquer. Comme les lois doivent faire l'objet d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, la Cour fédérale a importé dans les paragraphes 24(1) de la Loi et 105(6) de la LGFP des mots qui faisaient violence au texte et à l'esprit de ces dispositions lorsqu'elle a conclu que l'obligation de consulter le conseil d'administration avant l'exercice du pouvoir de nomination comporte l'obligation de le consulter de nouveau avant l'exercice du pouvoir de destitution. Bien qu'il existe une obligation de consulter avant de nommer des administrateurs dirigeants, aucune telle obligation n'est imposée relativement au pouvoir de destitution établi à l'alinéa 24(1)a) de la Loi. Imposer en l'absence de texte une obligation de consultation au moment de la destitution d'une personne nommée à titre amovible

Therefore, the appropriate Minister did not have an obligation to consult the Board of Directors of VIA Rail before terminating the respondent.

(2) The Federal Court misinterpreted the Federal Court of Appeal's earlier decision in this matter where the heart of the debate was the determination of the content of the "higher standard of procedural fairness". The Federal Court of Appeal held that "[P]rocedural fairness requires actual knowledge of the pending threat and of the reasons for it; constructive knowledge will not do." It concluded that the Federal Court's decision on the first termination was correct since the evidence established that the respondent did not have "actual knowledge" of the threat he faced. Contrary to the Federal Court's decision regarding the second termination, it was not a question of applying the "highest standard of procedural fairness". Because he was removed for misconduct, the respondent had the right to be informed and the right to be heard, no more no less. This exact obligation was met by the appropriate Minister: he informed the respondent of his reasons for termination and he gave him an opportunity to be heard. The Minister met the procedural fairness requirements placed on him by the Federal Court. On this basis, the second termination order was, in principle, valid.

The termination of a person appointed by Cabinet during pleasure is essentially a political and discretionary administrative decision. In this case, there was no legislation restraining the powers of the appropriate Minister. Cabinet took a decision, at the discretionary instigation of a minister, aimed at removing a person appointed during pleasure. This was a "policy-making discretionary" administrative decision which attracts, at best, a standard of impartiality of a closed mind. Therefore the Federal Court erred in applying the higher standard of procedural fairness of a reasonable apprehension of bias instead of the lower standard of a closed mind. Applying the closed-mind test in the context of a Cabinet decision, the appropriate Minister's state of mind was the most important to consider, although not determinative. The appropriate Minister decided to recommend to Cabinet the termination of the respondent. Although his mind was made up, he retained the opportunity to change his mind once he had heard the respondent's submissions. The closed-mind test had to be applied at the hearing stage. The evidence showed that after asking relevant questions about the first termination and after giving the respondent the opportunity to be heard, the Minister promised to consider the matter with a clear head before making a decision. Therefore, the Minister did not have

reviendrait à « bonifier » le statut de la personne nommée à ce titre et compromettre le caractère intrinsèquement précaire de ce statut. Par conséquent, le ministre de tutelle n'avait pas l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de destituer l'intimé.

2) La Cour fédérale a fait une mauvaise lecture de la décision antérieure de la Cour d'appel fédérale en la matière, où le débat s'était engagé sur le contenu du devoir « plus élevé d'équité procédurale ». La Cour d'appel fédérale a jugé que « l'équité procédurale requiert, non pas une connaissance par déduction, mais une connaissance actuelle de la menace qui pèse et des raisons qui la sous-tendent ». Elle a conclu que la décision de la Cour fédérale quant au premier décret de destitution était juste parce que la preuve avait établi que l'intimé n'avait pas la « connaissance actuelle » de la menace qui pesait sur lui. Contrairement à la conclusion qu'a tirée la Cour fédérale quant au second décret de destitution, il ne s'agissait pas d'appliquer « la norme la plus élevée d'équité procédurale ». Parce qu'il était destitué pour inconduite, l'intimé avait le droit de savoir, et le droit de se faire entendre, pas plus, pas moins. C'est précisément le devoir d'informer et d'entendre qu'a rencontré le ministre de tutelle : il a informé l'intimé des motifs de destitution et il lui a donné l'opportunité de se faire entendre. Le ministre s'étant conformé aux exigences d'équité procédurale que lui imposait la Cour fédérale, le deuxième décret de destitution était en principe valide.

La destitution d'une personne nommée à titre amovible par le cabinet est une décision essentiellement administrative, de caractère politique et discrétionnaire. En l'espèce, aucune législation n'est venu encadrer les pouvoirs du ministre de tutelle. Le cabinet a pris une décision à l'instigation discrétionnaire d'un ministre et visant la destitution d'une personne nommée à titre amovible. Il s'agissait d'une décision administrative « discrétionnaire, à contenu politique » qui était astreinte, tout au plus, à la norme de l'esprit fermé. En conséquence, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a appliqué la norme plus élevée d'équité procédurale—la crainte raisonnable de partialité—plutôt que la norme moins élevée—l'esprit fermé. En appliquant la norme de l'esprit fermé dans le cadre d'une décision prise par le cabinet, l'esprit du ministre de tutelle est des plus significatif, encore qu'il ne soit pas nécessairement déterminant. Le ministre de tutelle a pris la décision de recommander au cabinet la destitution de l'intimé. Même si sa décision était arrêtée, il s'est réservé le loisir de la modifier une fois connues les représentations de l'intimé. Le concept « d'esprit fermé » devait être appliqué au moment de l'audience. La preuve révélait qu'après avoir posé des questions pertinentes quant au premier décret de destitution et avoir donné à l'intimé l'occasion d'être entendu,

a closed mind when the hearing took place.

le ministre s'est engagé à réfléchir sur la question à tête reposée. Par conséquent, le ministre n'avait pas l'esprit fermé lorsque l'audience a eu lieu.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Bank of Canada Act, R.S.C., 1985, c. B-2, s. 6(3).
Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 36(3).
Business Development Bank of Canada Act, S.C. 1995, c. 28, s. 6(2).
Education Act, R.S.Q., c. I-13.3.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 83(1) "parent Crown corporation", 105(5) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)), (6), 134(1) (as am. by S.C. 2005, c. 30, s. 36), 142(2) (as am. *idem*, s. 39), Sch. III
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(1).
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 55.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 165.21(2) (as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 42).
National Film Act, R.S.C., 1985, c. N-8, s. 16(2)
 Order in Council P.C. 1978-954.
 Order in Council P.C. 2001-1294.
 Order in Council P.C. 2004-0158.
 Order in Council P.C. 2005-2341.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, [2005] 2 S.C.R. 601; (2005), 259 D.L.R. (4th) 193; [2005] 5 C.T.C. 215; 2005 D.T.C. 5523; 340 N.R. 1; 2005 SCC 54.

DISTINGUISHED:

Gill c. Québec (Ministre de la Justice), [1995] R.J.Q. 2690 (Sup. Ct.); *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (Sup. Ct.); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

CONSIDERED:

Pelletier v. Canada (Attorney General) (2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247; 55 C.C.E.L. (3d) 11; 275 F.T.R. 108; 2005

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 1978-954.
 Décret C.P. 2001-1294.
 Décret C.P. 2004-0158.
 Décret C.P. 2005-2341.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(1).
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 55.
Loi sur la Banque de développement du Canada, L.C. 1995, ch. 28, art. 6(2).
Loi sur la Banque du Canada, L.R.C. (1985), ch. B-2, art. 6(3).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 165.21(2) (édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 42).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 83(1) « société d'État mère », 105(5) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n^o 14(A)), (6), 134(1) (mod. par L.C. 2005, ch. 30, art. 36), 142(2) (mod., *idem*, art. 39), ann. III.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 36(3).
Loi sur le cinéma, L.R.C. (1985), ch. N-8, art. 16(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19 : 2002, ch. 8, art. 54).
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, [2005] 2 R.C.S. 601; 2005 D.T.C. 5547; 2005 CSC 54.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Gill c. Québec (Ministre de la Justice), [1995] R.J.Q. 2690 (C.S.); *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (C.S.); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pelletier c. Canada (Procureur général), 2005 CF 1545; conf. par [2007] 4 R.C.F. 81; 2007 CAF 6; *Cie pétrolière*

FC 1545; affd [2007] 4 F.C.R. 81; (2007), 278 D.L.R. (4th) 28; 51 Admin. L.R. (4th) 138; 55 C.C.E.L. (3d) 38; [2006] CLLC 210-0211 358 N.R. 102; 2007 FCA 6; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624; (2003), 231 D.L.R. (4th) 577; 5 Admin. L.R. (4th) 1; 5 C.E.L.R. (3d) 38; 2003 SCC 58; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man. R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; (1999), 180 Nfld & P.E.I.R. 269; 177 D.L.R. (4th) 73; 15 Admin. L.R. (3d) 274; 46 C.C.E.L. (2d) 165; 99 CLLC 210-047; 245 N.R. 275.

REFERRED TO:

Re Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; (1982), 140 D.L.R. (3d) 385; 45 N.R. 317; *Vennat v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 647; (2006), 57 Admin. L.R. (4th) 5; 299 F.T.R. 12; 2006 FC 1008; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R. (3d) 30; 264 N.R. 49 (F.C.A.); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19.

AUTHORS CITED

House of Commons Debates, No. 154, 38th Parliament, 1st Session (November 21, 2005).
Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3rd ed. Quebec, Ministère des communications, 1986.

APPEAL from a Federal Court decision ([2007] 4 F.C.R. 471; 2007 FC 342) setting aside the second Order in Council terminating the respondent as Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. Appeal allowed.

Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement), [2003] 2 R.C.S. 624; 2003 CSC 58; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

DÉCISIONS CITÉES :

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Vennat c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 647; 2006 CF 1008; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL); *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19.

DOCTRINE CITÉE

Débats de la Chambre des communes, n° 154, 38^e législature, 1^{re} session (21 novembre 2005).
Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd. Québec : Ministère des communications, 1986.

APPEL de la décision ([2007] 4 R.C.F. 471; 2007 CF 342) par laquelle la Cour fédérale a annulé le second décret de destitution de l'intimé, qui faisait fonction de président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Carole Bureau and Warren J. Newman for appellant.
Suzanne Côté and Patrick Girard for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Stikeman Elliott LLP, Montréal, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] DÉCARY J.A.: Immediately after the decision of Justice Simon Noël setting aside the Order in Council terminating Mr. Pelletier [P.C. 2004-0158], formerly the Chairman of the Board of Directors of VIA Rail Canada Inc. (VIA Rail), the government of the day set in motion a process leading to a second Order in Council terminating Mr. Pelletier (the second termination order [P.C. 2005-2341]). This appeal deals with the validity of the second termination order.

[2] Mr. Pelletier argued in his application for judicial review that the second termination order was invalid because it was illegal. The appropriate Minister should have consulted the Board of Directors of VIA Rail before making his decision, and the comments of the appropriate Minister in the House of Commons raised a reasonable apprehension of bias. Mr. Justice Lemieux of the Federal Court agreed with the arguments of Mr. Pelletier and set aside the second termination order ([2007] 4 F.C.R. 471).

Facts

[3] A short summary of the relevant facts is as follows.

[4] On July 31, 2001, Mr. Pelletier was appointed by Order in Council to the position of Chairman of the Board of Directors of VIA Rail to hold office during pleasure for a term of five years [P.C. 2001-1294]. This

ONT COMPARU :

Carole Bureau et Warren J. Newman pour l'appelant.
Suzanne Côté et Patrick Girard pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Sitôt rendu le jugement du juge Simon Noël qui annulait le décret de destitution de M. Pelletier [C.P. 2004-0158], ci-devant président du conseil d'administration de VIA Rail Canada Inc. (VIA Rail), le gouvernement en place prenait les mesures menant à un deuxième décret [C.P. 2005-2341]. Cet appel traite de la validité de ce deuxième décret.

[2] M. Pelletier a soutenu dans sa demande de contrôle judiciaire que le second décret était invalide pour cause d'illégalité—le ministre de tutelle aurait dû consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de prendre sa décision—et pour cause de crainte raisonnable de partialité découlant de propos tenus en Chambre des communes par le ministre de tutelle. Le juge Lemieux, de la Cour fédérale, a annulé le deuxième décret pour les motifs avancés par M. Pelletier ([2007] 4 R.C.F. 471).

Les faits

[3] Les faits pertinents, réduits à leur plus simple expression, sont les suivants.

[4] Le 31 juillet 2001, M. Pelletier est nommé, par décret, à titre amovible, au poste de président du conseil d'administration de VIA Rail, pour un mandat de cinq ans [C.P. 2001-1294]. Cette nomination est faite, ainsi

appointment was made pursuant to subsection 105(6) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (the FAA), after consultation with the Board of Directors. Mr. Pelletier's remuneration was set out in an annex to the order that was not in the record before us (A.B., Vol. 1, page 681).

[5] On March 1, 2004, Mr. Pelletier was terminated from his position. He made an application for judicial review, seeking to set aside what can be referred to as the first termination order.

[6] On November 18, 2005, Mr. Justice Simon Noël of the Federal Court set aside the first termination order and referred the case back to the Governor General in Council (2005), 41 Admin. L.R. (4th) 247. He held that procedural fairness required that the Cabinet inform Mr. Pelletier of their reasons for the termination and that they allow him the opportunity to be heard: requirements that were not met.

[7] On November 21, 2005, the appropriate Minister (the Minister of Transport, the Honourable Jean Lapierre) informed Mr. Pelletier by letter that the nature and character of Mr. Pelletier's comments on February 26, 2004 regarding Ms. Myriam Bédard [TRANSLATION] "lead me to believe that there are grounds for me to recommend to the Governor in Council that your appointment be terminated for loss of confidence in you." The Minister invited Mr. Pelletier to provide written reasons as to why he should not be terminated.

[8] Later that same day (November 21, 2005), the Minister stated the following during Question Period in the House of Commons [*House of Commons Debates*, No. 154, 38th Parliament, 1st Session]:

Mr. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, CPC): Mr. Speaker, although the reasons for doing so are obvious, the Prime Minister is incapable of properly dismissing the key figures in the sponsorship scandal whom Justice Gomery has clearly fingered in his report. The Prime Minister had promised to clean house, yet we find him not even able to just dismiss Mr. Pelletier.

que l'exige le paragraphe 105(6) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP), après consultation du conseil d'administration. Les conditions de rémunération de M. Pelletier sont établies dans une annexe au décret qui n'a pas été mise en preuve (D.A., vol. 1, page 681).

[5] Le 1^{er} mars 2004, M. Pelletier est destitué. Il dépose une demande de contrôle judiciaire aux fins d'annuler ce qu'il convient d'appeler le premier décret de destitution.

[6] Le 18 novembre 2005, le juge Simon Noël, de la Cour fédérale, annule ce premier décret de destitution et retourne le dossier à la gouverneure générale en conseil (2005 CF 1545). Il se dit d'avis que l'équité procédurale exigeait que le cabinet informe l'intéressé des motifs de la destitution et lui permette de faire valoir son point de vue, devoir qui, en l'espèce, n'avait pas été rempli.

[7] Le 21 novembre 2005, le ministre de tutelle (soit le ministre des Transports, l'honorable Jean Lapierre) informait M. Pelletier, par lettre, que la nature et le caractère de déclarations faites par M. Pelletier le 26 février 2004 à l'égard de M^{me} Myriam Bédard le « portent à croire qu'il y a matière pour moi (le ministre) à faire une recommandation au gouverneur en conseil afin de mettre fin à votre nomination pour perte de confiance à votre égard ». Le ministre invite M. Pelletier à faire valoir par écrit les raisons pour lesquelles un décret de destitution ne devrait pas être pris.

[8] Plus tard ce même jour (soit le 21 novembre 2005), le ministre, au cours de la période de questions, tient les propos suivants en Chambre des communes [*Débats de la Chambre des communes*, n^o 154, 38^e législature, 1^{re} session] :

M. James Moore (Port Moody—Westwood—Port Coquitlam, PCC): Monsieur le Président, même lorsque les raisons sont évidentes, le premier ministre est incapable de congédier correctement les principaux acteurs du scandale des commandites que le juge Gomery a clairement montrés du doigt dans son rapport. Le premier ministre avait pourtant promis de faire le ménage, mais on voit, dans le cas de M.

Will the Prime Minister force Jean Pelletier to step down from his duties at the head of VIA Rail, yes or no?

Hon. Jean Lapierre (Minister of Transport, Lib.): Mr. Speaker, the grounds on which Mr. Pelletier was dismissed in March 2004 are as valid as ever. That is why this morning I have initiated a process which will allow Mr. Pelletier to be heard and to provide us with reasons why he ought not to be dismissed on those grounds.

Obviously, Mr. Pelletier no longer has our confidence to chair the board at VIA Rail. [Emphasis added.]

[9] On November 30, 2005, Mr. Pelletier provided his reasons to the Minister and requested a hearing with the Minister.

[10] On December 1, 2005, the Minister met with Mr. Pelletier. The Honourable Lucienne Robillard, Minister of Intergovernmental Affairs and President of the Queen's Privy Council was also in attendance. During the hearing, the Minister informed Mr. Pelletier that he would make a decision in a reasonable period of time, after considering the matter with a clear head.

[11] That same day, December 1, 2005, Parliament was dissolved by Royal Proclamation following a non-confidence vote.

[12] On December 19, 2005, the Attorney General of Canada filed a notice of appeal of the decision of Justice Simon Noël.

[13] On December 22, 2005, the second termination order was adopted by the Governor General in Council on the recommendation of Minister Lapierre, without consultation of the Board of Directors of VIA Rail.

[14] On January 11, 2007, our Court upheld the decision of Justice Simon Noël regarding the first termination order [2007] 4 F.C.R. 81 (F.C.A.) (*Pelletier* No. 1).

Pelletier, que le premier ministre n'est même pas capable de le congédier tout simplement.

Le premier ministre forcera-t-il Jean Pelletier à quitter ses fonctions à la tête de VIA Rail, oui ou non ?

L'hon. Jean Lapierre (ministre des Transports, Lib.) : Monsieur le Président, les motifs qui existaient en mars 2004 pour destituer M. Pelletier sont toujours valables. C'est pourquoi, ce matin, j'ai entamé un processus pour permettre à M. Pelletier d'être entendu quant aux raisons pour lesquelles il ne devrait pas être destitué pour ces motifs.

Or, il est évident que M. Pelletier n'a plus notre confiance pour présider le conseil de Via Rail. [Je souligne.]

[9] Le 30 novembre 2005, M. Pelletier fait parvenir ses représentations au ministre et sollicite une rencontre avec ce dernier.

[10] Le 1^{er} décembre 2005, une rencontre a lieu entre le ministre et M. Pelletier. L'honorable Lucienne Robillard, ministre des Affaires intergouvernementales et présidente du Conseil privé de la Reine, participe à la rencontre. Au terme de la rencontre, le ministre informe M. Pelletier qu'il prendra sa décision dans un délai raisonnable, après avoir réfléchi à tête posée.

[11] Ce même 1^{er} décembre 2005, le Parlement est dissous par proclamation royale à la suite d'un vote de défiance.

[12] Le 19 décembre 2005, un avis d'appel de la décision du juge Simon Noël est déposé par le procureur général du Canada.

[13] Le 22 décembre 2005, le second décret de destitution est adopté par la gouverneure générale en conseil sur recommandation du ministre Lapierre, sans que le conseil d'administration de VIA Rail n'ait été consulté.

[14] Le 11 janvier 2007, notre Cour confirme la décision du juge Simon Noël relativement au premier décret de destitution [2007] 4 R.C.F. 81 (C.A.F.) (*Pelletier* n° 1).

[15] On January 16, 2006, Mr. Pelletier filed an application for judicial review seeking to have the second termination order set aside.

[16] On March 30, 2007, Justice Lemieux set aside the second termination order.

[17] This leads us to the present appeal brought by the Attorney General of Canada.

Analysis

Existence of a constitutional convention

[18] I deal first with an argument put forward late in the process by the respondent that a transition of government constitutional convention exists, whereby a government that has lost the confidence of Parliament cannot nominate or terminate the presidents of Crown corporations. According to the respondent this argument was advanced not so that this Court quashes the second termination order because of a violation of the constitutional convention, but rather because a violation is further evidence of the government's bias.

[19] This argument has no merit. As a general rule, and it is a well-known rule, courts will avoid making pronouncements on the existence of constitutional conventions, which are not rules of law that are subject to judicial enforcement (see *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pages 880 and 882; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraphs 26, 98 and 99).

[20] Furthermore, the evidence does not establish the existence or scope of the alleged convention: what is required is not only the proof of precedents, but also proof that the political actors themselves believe that there is a rule they are obliged to respect (*Re Resolution to amend the Constitution*, at page 888; *Re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at pages 814, 816, 817 and 818).

[21] In any event, because the constitutional convention argued by the respondent would have an

[15] Le 16 janvier 2006, M. Pelletier dépose une demande de contrôle judiciaire aux fins d'obtenir l'annulation du second décret de destitution.

[16] Le 30 mars 2007, le juge Lemieux annule le second décret de destitution.

[17] D'où le présent appel entrepris par le procureur général du Canada.

L'analyse

L'existence d'une convention constitutionnelle

[18] Je traiterai dès le départ d'un argument tardivement avancé par l'intimé, à savoir qu'il existerait une convention constitutionnelle de transition en vertu de laquelle un gouvernement dissous ne peut procéder à la nomination et à la destitution de présidents de sociétés d'État. Cet argument est avancé, nous dit l'intimé, non pas pour que cette Cour annule le décret en raison de la violation de la convention constitutionnelle, mais parce que cette violation constitue un élément de plus tendant à démontrer la partialité du gouvernement.

[19] Cet argument n'est pas sérieux. Règle générale les tribunaux—c'est bien connu—se gardent bien de se prononcer sur l'existence de conventions constitutionnelles, lesquelles de toute manière ne constituent pas des règles de droit susceptibles de sanction judiciaire (voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pages 880 et 882; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux paragraphes 26, 98 et 99).

[20] Qui plus est, la preuve ne démontre ni l'existence ni la portée de la convention alléguée : il aurait fallu non seulement faire la preuve de précédents, mais aussi démontrer que les acteurs politiques eux-mêmes croient qu'ils sont liés par une règle obligatoire (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, à la page 888; *Re : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, aux pages 814, 816, 817 et 818).

[21] Enfin, et de toute manière, puisque la convention de transition que plaide l'intimé aurait un effet sur la

effect on the validity of the second termination order, the respondent was required, as set out in section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], to file a notice of constitutional question and to serve that notice on the attorneys general of Canada and the provinces, which he did not do.

validité du deuxième décret de destitution, il eût fallu, en vertu de l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], que l'intimé déposât un avis de question constitutionnelle et le signifiât à tous les procureurs généraux, ce qu'il n'a pas fait.

Obligation to consult the Board of Directors

[22] VIA Rail is a “parent Crown corporation” within the meaning of subsection 83(1) of the FAA in that it is “wholly owned directly by the Crown”. It is included with the corporations listed in Part I of Schedule III. It was created by an Order in Council on April 1, 1978 (P.C. 1978-954).

[23] Subsection 105(5) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 44, Sch. II, item 14(E)] of the FAA provides that:

105. . . .

(5) Each officer-director of a parent Crown corporation shall be appointed by the Governor in Council to hold office during pleasure for such term as the Governor in Council considers appropriate.

[24] Subsection 105(6) of the FAA requires the appropriate Minister to consult the board of directors of a parent Crown corporation before appointing officer-directors:

105. . . .

(6) Before an officer-director of a parent Crown corporation is appointed, the appropriate Minister shall consult the board of directors of the corporation with respect to the appointment.

[25] Subsection 24(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 prescribes that the power to name a public officer during pleasure, includes the power of termination:

24. (1) Words authorizing the appointment of a public officer to hold office during pleasure include, in the discretion

L'obligation de consulter le conseil d'administration

[22] VIA Rail est une « société d'État mère » au sens du paragraphe 83(1) de la LGFP, en ce qu'elle appartient « directement à cent pour cent à la Majesté ». Elle fait partie des sociétés rémunérées dans la partie I de l'annexe III. Elle a été constituée par décret le 1^{er} avril 1978 (C.P. 1978-954).

[23] Le paragraphe 105(5) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 44, ann. II, n^o 14(A)] de la LGFP prévoit que :

105. [. . .]

(5) Les administrateurs-dirigeants d'une société d'État mère sont nommés à titre amovible par le gouverneur en conseil pour le mandat que celui-ci estime indiqué.

[24] Le paragraphe 105(6) de la LGFP exige du ministre de tutelle qu'il consulte le conseil d'administration d'une société d'État mère avant d'en nommer les administrateurs-dirigeants :

105. [. . .]

(6) Le ministre de tutelle consulte le conseil d'administration d'une société d'État mère avant que ses administrateurs-dirigeants ne soient nommés.

[25] Le paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 prescrit que le pouvoir de nommer un fonctionnaire public à titre amovible comporte le pouvoir de le révoquer :

24. (1) Le pouvoir de nomination d'un fonctionnaire public à titre amovible comporte pour l'autorité qui en est investie les

of the authority in whom the power of appointment is vested, the power to

(a) terminate the appointment or remove or suspend the public officer;

(b) re-appoint or reinstate the public officer; and

(c) appoint another person in the stead of, or to act in the stead of, the public officer.

autres pouvoirs suivants :

a) celui de mettre fin à ses fonctions, de le révoquer ou de le suspendre;

b) celui de le nommer de nouveau ou de le réintégrer dans ses fonctions;

c) celui de nommer un remplaçant ou une autre personne chargée d'agir à sa place.

[26] Justice Lemieux interpreted the combined effect of subsection 24(1) of the *Interpretation Act* and subsection 105(6) of the FAA to be that the obligation to consult the Board of Directors before appointment included the obligation to consult them again before termination.

[27] The proper method of statutory interpretation (stated by the Supreme Court of Canada in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraphs 10 and 11 that statutes “must be interpreted in a textual, contextual and purposive way” leads me to conclude that the applications Judge imported words into subsections 24(1) of the *Interpretation Act*, and 105(6) of the FAA that are not in accordance with the text and purpose of the provisions.

[28] The texts of the provisions are clear and unambiguous. The power of appointment is defined in subsection 105(5) of the FAA, which is the power referred to in subsection 24(1) of the *Interpretation Act*. Subsection 105(6) imposes an obligation to consult in the exercise of the power of appointment. No such obligation is imposed on the power to terminate established under paragraph 24(1)(a) of the *Interpretation Act*.

[29] The legislative context is also significant. In the very Act (the FAA) in which subsection 105(6) is found, when Parliament intended to create an obligation to consult before termination, it expressly stated as much. Specifically, subsection 134(1) [as am. by S.C. 2005, c. 30, s. 36] regarding auditors and subsection 142(2) [as am. *idem*, s. 39] regarding special examiners provide that:

[26] Le juge Lemieux s'est dit d'avis que par l'effet combiné du paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation* et du paragraphe 105(6) de la LGFP, l'obligation de consulter avant de nommer comportait l'obligation de consulter avant de destituer.

[27] L'application de la règle d'interprétation retenue par la Cour suprême du Canada dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, aux paragraphes 10 et 11—« analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble »—m'amène à conclure que le juge a importé, dans les paragraphes 24(1) de la *Loi d'interprétation* et 105(6) de la LGFP, des mots qui font violence au texte et à l'esprit desdites dispositions.

[28] Les textes, à leur face même, sont clairs et ne souffrent d'aucune ambiguïté. Le pouvoir de nomination est défini au paragraphe 105(5) de la LGFP, et c'est à ce pouvoir que renvoie le paragraphe 24(1) de la *Loi d'interprétation*. Le paragraphe 105(6) impose une obligation de consultation dans l'exercice du pouvoir de nomination. Aucune telle obligation n'est imposée relativement au pouvoir de destitution établi à l'alinéa 24(1)a) de la *Loi d'interprétation*.

[29] Le contexte législatif immédiat est significatif. Quand le Parlement a voulu, dans la Loi même où se trouve le paragraphe 105(6), qu'il y ait consultation avant de destituer, il l'a dit expressément. Ainsi, le paragraphe 134(1) [mod. par L.C. 2005, ch. 30, art. 36], relatif aux vérificateurs, et le paragraphe 142(2) [mod., *idem*, art. 39], relatif aux examinateurs spéciaux, se lisent comme suit :

134. (1) Subject to subsection (2), the auditor of a Crown corporation shall be appointed annually by the Governor in Council, after the appropriate Minister has consulted the board of directors of the corporation, and may be removed at any time by the Governor in Council, after the appropriate Minister has consulted the board.

...

142. . . .

(2) Where, in the opinion of the Governor in Council, a person other than the auditor of a Crown corporation should carry out a special examination, the Governor in Council may, after the appropriate Minister has consulted the board of directors of the corporation, appoint an auditor who is qualified for the purpose to carry out the examination in lieu of the auditor of the corporation and may, after the appropriate Minister has consulted the board, remove that qualified auditor at any time. [My emphasis.]

[30] In other statutes when Parliament sought to create an obligation to consult or seek recommendations for both appointments and terminations, it stated so explicitly. See for example subsection 16(2) of the *National Film Act*, R.S.C., 1985, c. N-8 regarding the Government Film Commissioner, and subsection 165.21(2) [as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 42] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 regarding military judges.

[31] The absence of an obligation to consult at the time of termination is also readily explainable in the present context. At the time of appointment, the candidate has the confidence of the government. Parliament intended that the board of directors be consulted in the appointment process in order to avoid situations of serious conflict materializing once the chairman began his work. At the time of termination, the person concerned, regardless of the opinion of the board of directors, no longer enjoys the confidence of the government, making a consultation with the board of directors pointless. It would also be a strange interpretation of the provision (in the absence of clear wording to the contrary) that the chairman, who is a member of the board of directors, would be consulted regarding his own termination.

134. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le vérificateur d'une société d'État est nommé chaque année par le gouverneur en conseil après consultation par le ministre de tutelle du conseil d'administration de la société; le gouverneur en conseil peut le révoquer en tout temps, après consultation du conseil d'administration par le ministre de tutelle.

[. . .]

142. [. . .]

(2) Le gouverneur en conseil, s'il estime contre-indiqué de voir confier l'examen spécial au vérificateur de la société d'État, peut, après consultation du conseil d'administration de la société par le ministre de tutelle, en charger un autre vérificateur remplissant les conditions requises; il peut également révoquer ce dernier en tout temps, après pareille consultation. [Mon soulignement.]

[30] De façon plus générale, quand le Parlement a voulu, dans d'autres lois, qu'il y ait consultation ou recommandation aussi bien au moment de la nomination qu'au moment de la destitution, il l'a dit expressément. Voir, par exemple, le paragraphe 16(2), relatif au commissaire du gouvernement à la cinématographie, de la *Loi sur le cinéma* (L.R.C., (1985), ch. N-8) et le paragraphe 165.21(2) [édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 42], relatif au juge militaire, de la *Loi sur la défense nationale* (L.R.C. (1985), ch. N-5).

[31] L'absence d'une obligation de consultation au moment de la destitution s'explique aisément. Au moment de la nomination, la personne choisie a la confiance du gouvernement et le Parlement a voulu s'assurer que le conseil d'administration soit consulté, ne serait-ce que pour éviter une situation de conflit majeur qui pourrait perdurer tant que le président serait en poste. Au moment de la destitution, la personne en place n'a plus la confiance du gouvernement, et cela quoiqu'en pense le conseil d'administration, qu'il est dès lors inutile de consulter. Il serait d'ailleurs curieux qu'en l'absence de texte à ce contraire, le président, qui est membre du conseil d'administration, soit consulté relativement à sa propre destitution.

[32] It is also worth noting that Parliament did not intend the appointment of all officer-directors of parent Crown corporations to be open to termination at the will of the government. For example, the Chairperson of the Canadian Broadcasting Corporation (*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, subsection 36(3)), the Governor of the Bank of Canada (*Bank of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. B-2, subsection 6(3)), and the President of the Business Development Bank of Canada (*Business Development Bank of Canada Act*, S.C. 1995, c. 28, subsection 6(2)), are appointed to hold office during good behaviour (see *Vennat v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 647 (F.C.)). If Parliament had intended an appointment other than during pleasure, the position of Chairman of VIA Rail could have been changed to the same good behaviour standard held, for example, by the President of Business Development Bank of Canada.

[33] Imposing an obligation to consult at the time of termination of a person appointed during pleasure in the absence of clear wording, even if only symbolic, would change the very nature of their appointment i.e. their intrinsically precarious status.

[34] Justice Lemieux [at paragraph 67] relied on a short passage from a text by Louis-Philippe Pigeon entitled *Rédaction et interprétation des lois*, 3rd edition, Ministère des Communications, 1986, at page 35, which was cited by the Quebec Superior Court in *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (Sup. Ct.) (*Gill*), and *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (Sup. Ct.) (*Commission scolaire*):

[TRANSLATION] Accordingly, when we do not want removals to be subject to a rule different from the rule for appointments, there is nothing more to discuss.

[35] I am not convinced that Mr. Pigeon intended to say anything other than: unless there are words to the contrary, he who has the authority to appoint also has the authority to terminate. In any event, he was dealing with section 55 of Quebec's *Interpretation Act* [R.S.Q., c. I-16], a provision that is much more general in scope than subsection 24(1) of the federal *Interpretation Act*,

[32] Il n'est pas sans intérêt de noter que le Parlement n'a pas voulu que tous les administrateurs-dirigeants des sociétés d'État mère puissent être destitués au bon gré du gouvernement. Ainsi, par exemple, le président de la Société Radio-Canada (*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, paragraphe 36(3)), le gouverneur de la Banque du Canada (*Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. (1985), ch. B-2, paragraphe 6(3)) et le président de la Banque de développement du Canada (*Loi sur la Banque de développement du Canada*, L.C. 1995, ch. 28, paragraphe 6(2)), sont nommés à titre inamovible (voir *Vennat c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 647 (C.F.)). Si le Parlement avait voulu minimiser les risques inhérents à une nomination à titre amovible, le président du conseil d'administration de VIA Rail se serait vu reconnaître le même statut inamovible que celui, par exemple, reconnu au président de la Banque de développement du Canada.

[33] En fin de compte, imposer en l'absence de texte une obligation de consultation, fut-elle symbolique, au moment de la destitution d'une personne nommée à titre amovible, reviendrait à « bonifier », si je puis dire, le statut de la personne nommée à ce titre et compromettre le caractère intrinsèquement précaire de ce statut.

[34] Le juge Lemieux [au paragraphe 67] s'est inspiré d'un très court passage de l'ouvrage de Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e édition, Ministère des Communications, 1986, à la page 35, passage entériné par la Cour supérieure du Québec dans *Gill c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1995] R.J.Q. 2690 (C.S.), et *Commission scolaire de Montréal c. Québec (Procureure générale)*, [1999] R.J.Q. 2978 (C.S.) :

Par conséquent, lorsque l'on ne veut pas que la destitution soit assujettie à une règle différente de celle de la nomination, il n'est pas nécessaire d'en parler.

[35] Je ne suis pas certain que M. Pigeon ait voulu dire autre chose qu'à moins d'un texte contraire, l'autorité qui nomme est aussi celle qui destitue. Quoi qu'il en soit, il traitait de l'article 55 de la *Loi d'interprétation* du Québec [L.R.Q., ch. I-16], une disposition beaucoup plus générale que celle qui se trouve au paragraphe 24(1) de la loi fédérale, laquelle

which deals specifically with appointments of public officers during pleasure.

[36] Regarding the two Quebec authorities relied on by the applications Judge, neither concerns a person appointed during pleasure. *Gill* was based on considerations related to judicial independence, and *Commission scolaire* was based on an interpretation of Quebec's *Education Act* [R.S.Q., c. I-13.3].

[37] I therefore conclude that the appropriate Minister did not have an obligation to consult the Board of Directors of VIA Rail before terminating Mr. Pelletier.

Procedural Fairness

[38] Justice Lemieux, at paragraph 33 of his reasons, wrote that our Court in *Pelletier* No. 1,

... confirmed that given that Mr. Pelletier's appointment had been revoked for misconduct, the highest standard of procedural fairness applied. [My emphasis.]

[39] He confirmed this view at paragraph 51 of his decision, where he wrote:

... the removal of Mr. Pelletier was not a removal without cause, but rather a removal justified by his misconduct, justifying the application of the strictest standard of procedural fairness, as stated by the Federal Court of Appeal. [My emphasis.]

[40] With respect, the applications Judge has misinterpreted the decision of our Court in *Pelletier* No. 1. The Attorney General had conceded that a certain degree of procedural fairness was applicable and that a "higher standard" of procedural fairness was applicable when the reason for removal was misconduct (see paragraph 29 of the reasons of Pelletier J.A.). The Attorney General, however, argued that even this higher standard of procedural fairness did not require an explicit notice of the reasons for the government's dissatisfaction with Mr. Pelletier. He argued it was sufficient that Mr. Pelletier knew or ought to have

traite spécifiquement de la nomination d'un fonctionnaire public à titre amovible.

[36] Quant aux deux décisions sur lesquelles s'appuie le juge, ni l'une ni l'autre ne concerne une personne nommée à titre amovible—*Gill* se fonde essentiellement sur des considérations reliées à l'indépendance judiciaire et *Commission scolaire* se fonde essentiellement sur une interprétation de la *Loi sur l'instruction publique* du Québec [L.R.Q., ch. I-13.3].

[37] J'en viens ainsi à la conclusion que le ministre de tutelle n'avait pas l'obligation de consulter le conseil d'administration de VIA Rail avant de destituer M. Pelletier.

L'équité procédurale

[38] Le juge Lemieux, au paragraphe 33 de ses motifs, écrit que notre Cour, dans *Pelletier* n° 1,

[...] a confirmé qu'étant donné que la nomination de M. Pelletier avait été révoquée pour cause d'inconduite, la norme la plus élevée d'équité procédurale s'appliquait. [Mon soulignement.]

[39] Il est revenu à la charge au paragraphe 51 de ses motifs, lorsqu'il écrit :

[...] la destitution dont a fait l'objet M. Pelletier n'est pas une destitution sans cause, mais bien une destitution justifiée par l'inconduite de ce dernier, ce qui justifie l'application de la norme la plus élevée d'équité procédurale, comme l'a énoncé la Cour d'appel fédérale. [Mon soulignement.]

[40] C'est là, avec égard, faire une mauvaise lecture de la décision de notre Cour dans *Pelletier* n° 1. Le procureur général avait concédé qu'un certain degré d'équité procédurale s'imposait et que ce degré était « plus élevé » lorsque le motif de révocation était l'inconduite (voir le paragraphe 29 des motifs du juge Pelletier). Le procureur général, cependant, plaidait que ce degré même plus élevé d'équité procédurale n'exigeait pas qu'un avis explicite des motifs d'insatisfaction du gouvernement soit donné, dès lors que M. Pelletier savait ou aurait dû savoir que sa nomination était en péril (voir le paragraphe 30 des

known that his appointment was at risk (see paragraph 30 of the reasons of Pelletier J.A.).

[41] The heart of the debate in *Pelletier* No. 1, therefore, was the determination of the content of that “higher standard of procedural fairness.” The Court, at paragraph 39, held that “[P]rocedural fairness requires actual knowledge of the pending threat and of the reasons for it; constructive knowledge will not do.” The Court concluded, thus confirming the decision of Justice Simon Noël, that the evidence established that Mr. Pelletier did not have “actual knowledge” of the threat he faced.

[42] Pelletier J.A. stated this conclusion at paragraph 49 of his decision:

In light of the above, I conclude that where the government, in the exercise of its statutory power to terminate the appointment of persons named to office at pleasure, proposes to act on the basis of a person’s misconduct, the duty of procedural fairness requires that, where that person does not know that his or her position is in jeopardy by reason of that misconduct, the person be informed of the possibility of removal and of the reasons for that removal, and be given the opportunity to be heard. I have deliberately refrained from speaking of “disciplinary reasons” because it seems to me to be inappropriate to import into the context of the removal, by the executive branch of government, of persons holding office at pleasure, notions which are generally associated with wrongful dismissal in the context of an employer/employee relationship. [My emphasis.]

[43] In the circumstances, the Order in Council was set aside because Mr. Pelletier was not informed of the possibility of removal and of the allegations of misconduct being asserted against him, and he was not offered an opportunity to be heard. Contrary to the conclusion of Justice Lemieux, it was not a question of applying the “highest standard of procedural fairness.” Because he was removed for misconduct, Mr. Pelletier had the right to be informed, and the right to be heard, no more, no less.

[44] It is helpful here to restate that when removing a person appointed during pleasure for whatever reason, the government’s termination decision does not require

motifs du juge Pelletier).

[41] C’est sur le contenu de ce devoir « plus élevé d’équité procédurale » que le débat s’est engagé. La Cour, au paragraphe 39, a jugé que « [l]’équité procédurale requiert, non pas une connaissance par déduction, mais une connaissance actuelle de la menace qui pèse et des raisons qui la sous-tendent ». Elle a conclu, confirmant ainsi la décision du juge Simon Noël, qu’en l’espèce la preuve avait établi que M. Pelletier n’avait pas la « connaissance actuelle » de la menace qui pesait sur lui.

[42] Cette conclusion à laquelle la Cour en arrive est résumée comme suit au paragraphe 49 des motifs du juge Pelletier :

J’en arrive ainsi à la conclusion que lorsque le gouvernement, dans l’exercice de son pouvoir statutaire de destituer une personne nommée à titre amovible, envisage la possibilité de la destituer pour cause d’inconduite, le devoir d’équité procédurale exige, lorsque cette personne ne sait pas que son poste est en jeu en raison de cette inconduite, qu’elle soit informée de la possibilité d’une destitution et des motifs d’inconduite qui lui sont reprochés et qu’elle se voit offrir l’opportunité de se faire entendre. J’évite à dessin les mots « mesures disciplinaires », car je ne crois pas qu’il soit opportun, dans le contexte de la destitution par la branche exécutive du gouvernement d’une personne nommée à titre amovible, d’importer des concepts généralement associés à un congédiement injuste en droit du travail. [Mon soulignement.]

[43] Bref, dans les circonstances, le décret a été annulé parce que M. Pelletier n’avait pas été informé de la possibilité d’une destitution et des motifs de l’inconduite qui lui étaient reprochés et ne s’était pas vu offrir l’opportunité de se faire entendre. Il n’était pas question, contrairement à la conclusion que tire le juge Lemieux, d’appliquer « la norme la plus élevée d’équité procédurale ». Parce qu’il était destitué pour cause d’inconduite, M. Pelletier avait le droit de savoir, et le droit de se faire entendre, pas plus, pas moins.

[44] Il me paraît opportun, dans ce contexte, de rappeler que lorsqu’il s’agit de la révocation pour quelque motif que ce soit de la nomination d’une

“the necessity to show just cause” (*Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 674 (*Knight*), cited by Pelletier J.A. at paragraph 34 of his reasons). Specifically, Pelletier J.A. noted that:

The duty of procedural fairness, whatever its content, deals only with the process by which the government exercises its right to terminate his appointment and not with the substance of the decision itself. The right to be given reasons and the right to be heard do not create, by implication or otherwise, a right to be removed from office only for reasons which meet some standard of rationality.

[45] In the case at bar, this exact obligation was met by the appropriate Minister: he informed Mr. Pelletier of his reasons and he gave him an opportunity to be heard. The Minister met the procedural fairness requirements placed on him by Justice Simon Noël (requirements later confirmed by our Court). On this basis, the second termination order should, in principle, be found valid.

[46] Mr. Pelletier, nevertheless, maintains that the right to be heard implies that the decision maker is not biased. And that the decision should be set aside if there is proof of a reasonable apprehension of bias on the part of the decision maker.

[47] The Attorney General, in response, argues that the proper standard is the lower standard of a closed mind, rather than the more strenuous reasonable apprehension of bias.

[48] The termination of a person appointed by Cabinet during pleasure is essentially a political and discretionary administrative decision. The fact that it is subject to a certain standard of procedural fairness, and that the standard is higher because the reason alleged is misconduct, does not in any way change the nature of the decision. The decision does not, in either form or substance, resemble a judicial or quasi-judicial decision.

personne nommée à titre amovible, le gouvernement ne saurait être assujéti « à l’obligation d’établir un motif valable » (*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 674, cité par le juge Pelletier au paragraphe 34 de ses motifs). Ainsi que le note le juge Pelletier,

Le devoir d’équité procédurale, quel qu’en soit le contenu, s’applique strictement au processus par lequel le gouvernement exerce son pouvoir de destitution; il n’est d’aucune pertinence en ce qui a trait à la substance de la décision elle-même. Le droit d’être informé et le droit d’être entendu n’emportent pas, par déduction ou autrement, le droit d’être destitué seulement pour des motifs qui rencontrent une norme de rationalité.

[45] Or, c’est précisément ce devoir d’informer et d’entendre qu’a rencontré le ministre en l’espèce : il a informé M. Pelletier, et il lui a donné l’opportunité de se faire entendre. Le ministre s’étant conformé aux exigences d’équité procédurale que lui imposait le juge Simon Noël—exigences plus tard confirmées par notre Cour—, le deuxième décret de destitution devrait en principe être déclaré valide.

[46] Toutefois, de prétendre M. Pelletier, le droit d’être entendu suppose que celui qui entend ne soit pas partial, et la décision rendue sera nulle si preuve est faite d’une crainte raisonnable de partialité du décideur.

[47] Ce à quoi le procureur général répond, que c’est la norme moins contraignante de l’esprit fermé qui s’applique en l’espèce, plutôt que la norme plus contraignante de la crainte raisonnable de partialité.

[48] La destitution d’une personne nommée à titre amovible par le cabinet est une décision essentiellement administrative, de caractère politique et discrétionnaire. Le fait qu’elle soit assujéti à une certaine norme d’équité procédurale et que cette norme soit plus élevée puisque le motif allégué est l’inconduite ne lui enlève d’aucune manière ce caractère. Elle ne revêt ni dans sa forme ni dans son bien-fondé aucune des caractéristiques associées aux décisions judiciaires et aux décisions traditionnellement décrites comme étant quasi-judiciaires.

[49] In a series of decisions, the most recent being *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, [2003] 2 S.C.R. 624 (*Imperial Oil Ltd.*), the Supreme Court of Canada has clearly established that the content of the duty of impartiality varies according to the functions of the administrative decision maker, and the question being decided. The content varies between those of the judiciary and administrative tribunals whose adjudicative functions are very similar to those of the judiciary (attracting the highest standard of reasonable apprehension of bias) and those of administrative decision makers such as ministers or officials who perform policy-making discretionary functions (attracting the lower standard of closed mind).

[50] At paragraph 31 of *Imperial Oil Ltd.*, LeBel J. summarizes the law on this point:

The appellant's reasoning thus treats the Minister, for all intents and purposes, like a member of the judiciary, whose personal interest in a case would make him apparently biased in the eyes of an objective and properly informed third party. This line of argument overlooks the contextual nature of the content of the duty of impartiality which, like that of all of the rules of procedural fairness, may vary in order to reflect the context of a decision-maker's activities and the nature of its functions (*Baker, supra*, at para. 21; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, *per* L'Heureux-Dubé J.; *IWA v. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 323-24, *per* Gonthier J.; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636, *per* Cory J.). These variations in the actual content of the principles of natural justice acknowledge the great diversity in the situations of administrative decision-makers and in the roles they play, as intended by legislatures (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, at para. 24, *per* McLachlin C.J.). The categories of administrative bodies involved range from administrative tribunals whose adjudicative functions are very similar to those of the courts, such as grievance arbitrators in labour law, to bodies that perform multiple tasks and whose adjudicative functions are merely one aspect of broad duties and powers that sometimes include regulation-making power. The notion of administrative decision-maker also includes administrative managers such as ministers or officials who perform policy-making discretionary functions within the apparatus of government. The extent of the duties imposed on the administrative decision-maker will then depend on the nature

[49] Dans une série d'arrêts dont le dernier en lice est *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 R.C.S. 624, la Cour suprême du Canada a clairement établi que le contenu de l'obligation d'impartialité varie selon la nature des fonctions d'un décideur administratif et de la question à résoudre. Le contenu se situe entre celui qui est exigé des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs exerçant des fonctions voisines de celles des tribunaux judiciaires—c'est la crainte raisonnable de partialité—et celui qui est exigé des gestionnaires administratifs comme les ministres, appelés à remplir des fonctions discrétionnaires, à contenu politique—c'est l'esprit fermé.

[50] Ces propos du juge LeBel dans *Cie pétrolière Impériale ltée*, au paragraphe 31, résumant clairement l'état du droit sur cette question :

Le raisonnement de l'appelante traite ainsi le ministre, à toutes fins utiles, comme un juge de l'ordre judiciaire, que son intérêt personnel dans une affaire rendrait apparemment partial aux yeux d'un tiers objectif et correctement informé. On oublie alors que le contenu de l'obligation d'impartialité, tout comme celui de l'ensemble des règles d'équité procédurale, est susceptible de varier pour s'adapter au contexte de l'activité d'un décideur administratif et à la nature de ses fonctions (*Baker*, précité, par. 21; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682, la juge L'Heureux-Dubé; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 323-324, le juge Gonthier; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636, le juge Cory). Cette variabilité du contenu effectif des principes de justice naturelle reflète la très grande diversité des situations des décideurs administratifs et des rôles qu'ils sont appelés à jouer, conformément à la volonté des législateurs (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 24, la juge en chef McLachlin). Les catégories d'organismes administratifs visés vont du tribunal administratif qui, dans son travail juridictionnel, est très voisin des tribunaux judiciaires, comme par exemple les arbitres de griefs en droit du travail, aux organismes remplissant des tâches multiples, où la fonction juridictionnelle ne constitue qu'un aspect d'attributions [page 647] étendues qui incluent parfois l'exercice de pouvoirs réglementaires. La notion de décideur administratif inclut enfin des gestionnaires administratifs comme des ministres ou des fonctionnaires appelés à remplir des fonctions discrétionnaires, à contenu politique, au sein de

of the functions to be performed and on the legislature's intention. In each case, the entire body of legislation that defines the functions of an administrative decision-maker, and the framework within which his or her activities are carried on, will have to be carefully examined. The determination of the actual content of the duties of procedural fairness that apply requires such an analysis. [My emphasis.]

[51] A few years earlier in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623 (*Newfoundland Telephone Co.*), Cory J. explained why the standard of impartiality varied with the circumstances, at page 639:

Janisch published a very apt and useful Case Comment on *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196. He observed that Public Utilities Commissioners, unlike judges, do not have to apply abstract legal principles to resolve disputes. As a result, no useful purpose would be served by holding them to a standard of judicial neutrality . . .

Further, a member of a board which performs a policy formation function should not be susceptible to a charge of bias simply because of the expression of strong opinions prior to the hearing. This does not of course mean that there are no limits to the conduct of board members. It is simply a confirmation of the principle that the courts must take a flexible approach to the problem so that the standard which is applied varies with the role and function of the Board which is being considered.

[52] In *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170 (*Old St. Boniface*), Sopinka J. explained the concepts of “prejudice” or of having a “closed mind,” at page 1197:

In my opinion, the test that is consistent with the functions of a municipal councillor and enables him or her to carry out the political and legislative duties entrusted to the councillor is one which requires that the objectors or supporters be heard by members of Council who are capable of being persuaded. The Legislature could not have intended to have a hearing before a body who has already made a decision which is irreversible. The party alleging disqualifying bias must

l'appareil gouvernemental. L'intensité des obligations que les principes de justice naturelle imposent au décideur administratif dépend alors de la nature des fonctions exercées et de la volonté du législateur. Il faut à chaque fois examiner attentivement l'ensemble des dispositions qui définissent les fonctions d'un décideur administratif et le cadre de son action. Seule cette analyse permet de déterminer le contenu effectif des obligations d'équité procédurale pertinentes. [Mon soulignement.]

[51] Quelques années plus tôt, dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, le juge Cory avait également bien expliqué les raisons qui amènent à imposer des normes d'impartialité différentes selon les circonstances, à la page 639 :

Le commentaire publié par Janisch sur l'affaire *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196, se révèle à la fois très pertinent et fort utile. Il y fait remarquer que les membres des commissions de services publics, à la différence des juges, n'ont pas à appliquer des principes juridiques abstraits dans le règlement de litiges (à la p. 196). Par conséquent, il ne servirait à rien de les astreindre à l'observation de la norme de la neutralité judiciaire...

En outre, le membre d'une commission qui remplit une fonction d'élaboration des politiques ne devrait pas être exposé à une accusation de partialité du seul fait d'avoir exprimé avant l'audience des opinions bien arrêtées. Cela ne veut pas dire, évidemment, que la conduite des membres d'une commission n'est assujettie à aucune restriction. Il s'agit plutôt de la simple confirmation du principe suivant lequel les tribunaux doivent faire preuve de souplesse face à ce problème, de manière que la norme appliquée varie selon le rôle et la fonction de la commission en cause.

[52] Dans *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka expliquait comme suit ce que signifie le concept de « préjugé » ou d' « esprit fermé », à la page 1197 :

À mon avis, le critère qui se concilie avec les fonctions d'un conseiller municipal et qui permet à ce dernier de remplir ses fonctions politiques et législatives est celui qui exige que les tenants de l'un ou l'autre point de vue soient entendus par des conseillers qu'il est possible de convaincre. Le législateur n'a pu vouloir qu'une audition se tienne devant un organisme qui a déjà pris une décision irrévocable. La partie qui allègue la partialité entraînant l'inhabilité doit établir que l'affaire a en

establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile. Statements by individual members of Council while they may very well give rise to an appearance of bias will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter, which cannot be dislodged. [My emphasis.]

At page 1198, Sopinka J. concluded:

It was error, therefore, for the learned judge to apply the reasonable apprehension of bias test.

[53] Not a single Supreme Court of Canada case with a situation remotely similar to ours was brought to our attention.

[54] In *Old St. Boniface*, at issue were municipal councillors. In *Knight*, at issue was a school board. In *Imperial Oil Ltd.*, at issue was the Quebec Minister of the Environment acting under the powers conferred on him by the *Environment Quality Act* [R.S.Q., c. Q-2] and “the principles of procedural fairness that apply to the situation . . . codified by the *Act respecting Administrative Justice*, required only that he comply with the procedural obligations set out in the law and that he carefully and attentively consider the representations made by the person subject to the law he administers” (at paragraph 39). In *Newfoundland Telephone Co.*, at issue was a member of the Board of Commissioners of Public Utilities, charged with regulating the Newfoundland Telephone Company Ltd. In *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, another decision cited by the respondent, at issue was the abolishment of the position of a senior public servant appointed to hold office during good behaviour.

[55] In the case at bar, no legislation restrains the powers of the appropriate Minister. What we have is a decision of Cabinet, taken at the discretionary instigation of a minister, aimed at removing a person appointed during pleasure (a person whose status is, by definition, precarious). This is, without question, a “policy-making discretionary” administrative decision (to use the words of LeBel J. in *Imperial Oil Ltd.*), which attracts, at best, a standard of impartiality of a closed mind (see *Cougar Aviation Ltd. v. Canada*

fait été préjugée, de sorte qu’il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations de conseillers individuels, bien qu’elles puissent fort bien créer une apparence de partialité, ne satisfont au critère que si la cour conclut qu’elles sont l’expression d’une opinion finale et irrévocable sur la question. [Mon soulignement.]

Et le juge Sopinka de conclure, à la page 1198 :

C’est donc à tort que le juge a appliqué le critère de la crainte raisonnable de partialité.

[53] On ne nous a cité aucun arrêt de la Cour suprême du Canada qui se rapproche même de loin de la situation qui nous occupe.

[54] Dans *Vieux St-Boniface*, il s’agissait de conseillers municipaux. Dans *Knight*, il s’agissait d’un conseil scolaire. Dans *Cie pétrolière Impériale ltée*, il s’agissait du ministre de l’Environnement du Québec agissant en vertu de pouvoirs que lui conférait la *Loi sur la qualité de l’environnement* [L.R.Q., ch. Q-2] et « les principes d’équité procédurale pertinents à la situation, codifiés d’ailleurs [. . .] par la *Loi sur la justice administrative*, exigeaient seulement qu’il exécute les obligations procédurales prévues par la loi et qu’il considère avec soin et attention les observations de l’administré » (au paragraphe 39). Dans *Newfoundland Telephone Co.*, il s’agissait d’un membre du Board of Commissioners of Public Utilities chargé de réglementer la Newfoundland Telephone Company Ltd. Dans *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, une autre décision citée par l’intimée, il s’agissait de l’abolition du poste d’un haut fonctionnaire nommé à titre inamovible.

[55] Dans cette affaire-ci, aucune législation ne vient encadrer les pouvoirs du ministre de tutelle. Nous nous trouvons en présence d’une décision du cabinet prise à l’instigation discrétionnaire d’un ministre et visant la destitution d’une personne nommée à titre amovible, donc d’une personne dont le statut est par définition précaire. Il s’agit ici, très certainement, d’une décision administrative « discrétionnaire, à contenu politique », (pour reprendre les mots du juge LeBel dans *Cie pétrolière Impériale ltée*), qui est astreinte, tout au plus,

(*Minister of Public Works and Government Services*) (2000), 26 Admin. L.R. (3d) 30 (F.C.A.), at paragraph 36).

[56] The respondent argues vigorously for application of the distinction in *Newfoundland Telephone Co.*, between the comments of a member of a commission before and during an inquiry, where the applicable standard is that of a closed mind (see pages 642 and 645), and the comments, “[O]nce the order directing the holding of the hearing was given,” where the applicable standard is a reasonable apprehension of bias (see pages 644 and 645). At issue was a formal inquiry followed by a formal hearing in a specific legislative context. As will appear below, the process followed in our case cannot be in any way compared with the process followed in *Newfoundland Telephone Co.*

[57] Justice Lemieux therefore erred in law in applying the higher standard of procedural fairness of a reasonable apprehension of bias, instead of the lower standard of a closed mind.

[58] When an error of law is made by an application of the wrong standard, the Court of Appeal has an obligation to consider the facts afresh, apply the correct standard and come to its own conclusion. I undertake this analysis in the paragraphs below (*Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43).

The contents of the closed-mind test in the present context

[59] The decision-making process in this case is very particular and turns aside from the beaten track. We are here in the heart of the political sphere, which is a sphere that courts, aside from the minimal procedural fairness requirements described above, avoid interfering in.

[60] At issue in this case is a Cabinet decision. This decision, by its very nature, is collective and the decision-making process is secret. This raises a

à la norme de l’esprit fermé (voir *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL), au paragraphe 36).

[56] L’intimé fait grand état de la distinction apportée dans *Newfoundland Telephone Co.* entre les propos tenus par un membre de la Commission avant le début de l’enquête ou au stade de l’enquête—où c’est la norme de l’esprit fermé qui s’applique (voir pages 642 et 645)—et ceux tenus « [u]ne fois rendue l’ordonnance exigeant la tenue de l’audience »—où c’est la norme de la crainte raisonnable de partialité qui s’applique (voir pages 644 et 645). Il s’agissait dans cette affaire d’une enquête formelle, suivie d’une audience formelle, et ce dans un cadre législatif précis. Ainsi qu’il ressortira de l’examen du processus suivi en l’espèce, aucune comparaison valable ne saurait être faite entre cette affaire et la nôtre.

[57] Le juge Lemieux a donc erré en droit lorsqu’il a appliqué la norme plus élevée d’équité procédurale—la crainte raisonnable de partialité—plutôt que la norme moins élevée—l’esprit fermé.

[58] Qui dit erreur de droit dans le choix de la norme applicable, dit obligation pour une cour d’appel de se former sa propre opinion, après avoir elle-même examiné les faits en appliquant la norme appropriée. C’est précisément ce que je m’apprête à faire (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43).

L’esprit fermé, en l’espèce

[59] Le processus décisionnel, ici, est particulier et sort des modèles établis. Nous sommes au cœur du monde politique et hormis les exigences minimales d’équité procédurale décrites plus haut, il s’agit d’un monde dans lequel les tribunaux évitent de s’immiscer.

[60] Il s’agit d’abord d’une décision du cabinet. Cette décision, par sa nature même, est collective et le processus qui y mène est secret. De l’esprit fermé de

number of questions. To whom do we apply the closed-mind test? Cabinet? The appropriate minister? Where do we look for evidence to prove or disprove the allegations? In the present case, I accept that the appropriate Minister's state of mind is the most significant to consider, although this is not to say it is necessarily determinative.

[61] The decision of the appropriate minister is already made at the time the person concerned is informed of it. However, the decision is not final and it must be approved by Cabinet. In other words, the appropriate minister has already formed an opinion when he gives the person concerned the opportunity to be heard. A minister does not venture into a process to terminate someone unless he is convinced that there is a basis for the termination.

[62] The hearing can be informal, as long as the person concerned is permitted to attempt to change the mind of the Minister. The Minister, no matter how well founded the explanations of the person concerned, is not required to change his decision, or to explain why he refuses to change his decision. It is on this basis that any comparison with *Newfoundland Telephone Co.*, where there was an inquiry, a notice of hearing and a formal hearing, is distinguishable.

Application of the closed-mind test to the facts of this case

[63] The appropriate Minister decided to recommend to Cabinet the termination of Mr. Pelletier. His mind was made up; however he retained the opportunity to change his mind once he had heard the submissions of Mr. Pelletier. Consequently, when he said in the House of Commons on November 21, 2005 that "the grounds on which Mr. Pelletier was dismissed in March 2004 are as valid as ever" and that, "[O]bviously, Mr. Pelletier no longer has our confidence to chair the board at VIA Rail." he did nothing more than describe the situation as it stood at that time. The test for a "closed mind" is not applicable at this early stage of the process. I would also add that the context of those comments should be considered and inordinate weight should not be given to

qui s'agit-il? Du cabinet? Du ministre de tutelle? Et comment en fait-on la preuve? Je suis prêt à accepter, ici, que l'esprit du ministre de tutelle est des plus significatif, encore qu'il ne soit pas nécessairement déterminant.

[61] Il s'agit ensuite d'une décision qui est déjà prise par le ministre de tutelle au moment où il en informe l'intéressé, bien qu'elle ne soit pas finale et qu'elle doit encore être sanctionnée par le cabinet. En d'autres termes, le ministre de tutelle a déjà formé son opinion au moment où il donne la chance à l'intéressé de se manifester. Un ministre ne s'aventure pas dans un processus de destitution sans s'être d'abord convaincu qu'il y a matière à destitution.

[62] Il s'agit enfin d'une « audience » tout à fait informelle, qui permet tout au plus à l'intéressé d'inciter le ministre à revenir sur sa décision. Le ministre, quand bien même les explications de l'intéressé seraient bien fondées, n'est nullement tenu de modifier sa décision non plus que d'expliquer pourquoi il refuse de la modifier. C'est là pourquoi toute comparaison avec l'affaire *Newfoundland Telephone Co.*, où il y avait enquête, avis d'audience et audience formelles est boiteuse.

Que s'est-il passé en l'espèce?

[63] Le ministre de tutelle a pris la décision de recommander au cabinet la destitution de M. Pelletier. Sa décision était dès lors arrêtée, mais il se réservait le loisir de la modifier une fois connues les représentations de l'intéressé. Aussi, lorsqu'il dit en Chambre des communes, le 21 novembre 2005, que « les motifs qui existaient en mars 2004 pour destituer M. Pelletier sont toujours valables » et qu' « il est évident que M. Pelletier n'a plus notre confiance pour présider le conseil de VIA Rail », il ne fait que décrire la réalité du moment. Le concept d'« esprit fermé » n'est donc pas entré en jeu à ce stade du processus. J'ajouterai que de toute manière je crois qu'il faut se garder d'attribuer un poids démesuré à des réponses imprévisibles données en

impromptu responses from a minister in the heat of Question Period.

[64] The hearing is the proper moment to apply the closed-mind test to the Minister. The transcription of the hearing reveals that the Minister excused himself for some of his earlier statements, asked questions about the incidents leading to the first termination of Mr. Pelletier, and promised to consider the matter with a clear head before making a decision. The following extract is significant (A.B., Vol. 3, page 363):

[TRANSLATION]

MS. SUZANNE COTE:

I have a question for you. After how long of a delay can we hope to receive news further to this hearing?

THE HONOURABLE JEAN-C. LAPIERRE:

I don't know; I will have to reflect on everything I have heard. I would imagine after a reasonable delay.

MS. SUZANNE COTE:

And for you, a reasonable delay, can . . . for certain people, it can be a few days, for other people it can be a few weeks.

THE HONOURABLE JEAN-C. LAPIERRE:

It is because . . . Listen . . . I have to do this with a clear head; I have to consider the whole question.

[65] I do not see how, in the circumstances, it is possible to conclude that the Minister had a closed mind. I note, moreover, that it was the respondent himself who pressed the Minister to render the decision in the shortest time possible. I also note, and this is not an irrelevant consideration because ultimately this was a Cabinet decision, that Minister Lucienne Robillard also participated in the hearing and that no allegations have been made suggesting that she had a closed mind.

Disposition

[66] For the reasons given above, I would allow the

Chambre par un ministre dans le feu de la période de questions.

[64] C'est au moment de l'audience que devra s'apprécier la question de savoir si le ministre avait l'esprit fermé. Or, la transcription des propos échangés à l'audience révèle que le ministre s'est excusé de certains propos qu'il avait jadis prononcés, s'est interrogé de vive voix sur l'effet des incidents ayant mené à la destitution passée de M. Pelletier et s'est engagé à réfléchir sur la question à tête reposée. L'extrait suivant est significatif (D.A., vol. 3, page 363) :

M^e SUZANNE COTE :

Moi, j'ai une question pour vous. Dans quel délai peut-on espérer recevoir des nouvelles suite à cette rencontre?

L'HONORABLE JEAN-C. LAPIERRE :

Je ne sais pas, je vais devoir réfléchir à ce que j'ai entendu et tout. J'imagine dans un délai raisonnable.

M^e SUZANNE COTE :

Et pour vous, un délai raisonnable, est-ce que [. . .] pour certaines personnes, ça peut être quelques jours, d'autres personnes c'est quelques semaines.

L'HONORABLE JEAN-C. LAPIERRE :

C'est parce que [. . .] Ecoutez [. . .] Il faut que je fasse ça à tête reposée, que je fasse le tour de la question.

[65] Je ne vois pas comment, dans les circonstances, il soit possible d'affirmer que le ministre avait l'esprit fermé. Je note, de surcroît, que c'est l'intimé lui-même qui pressait le ministre de rendre sa décision dans les plus brefs délais. Je note aussi, ce qui n'est pas sans importance puisqu'il s'agit ultimement d'une décision du cabinet, que participait à l'audience la ministre Lucienne Robillard, à l'égard de laquelle aucune allégation d'esprit fermé n'a été formulée.

Dispositif

[66] Pour les raisons qui précèdent, je serais d'avis

appeal, set aside the judgment of the Federal Court, dismiss the application for judicial review filed by the respondent and restore the validity of the December 22, 2005 Order in Council terminating the appointment of Mr. Pelletier.

d'accueillir l'appel, d'infirmer le jugement de la Cour fédérale et, rendant le jugement que celle-ci aurait dû rendre, de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé et de maintenir la validité du décret de destitution de M. Pelletier pris le 22 décembre 2005.

[67] I would award costs to the appellant in this Court and in the Court below.

[67] J'accorderais à l'appellant ses dépens en Cour fédérale et devant cette Cour.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

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

NOËL J.A.: I agree.

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

T-1836-06
2007 FC 1095

T-1836-06
2007 CF 1095

Altana Pharma Inc. and Altana Pharma AG
(Applicants)

Altana Pharma Inc. et Altana Pharma AG
(demandereses)

v.

c.

Novopharm Limited and The Minister of Health
(Respondents)

Novopharm Limited et le ministre de la Santé
(défendeurs)

INDEXED AS: ALTANA PHARMA INC. v. NOVOPHARM LTD.
(F.C.)

RÉPERTORIÉ : ALTANA PHARMA INC. c. NOVOPHARM LTD.
(C.F.)

Federal Court, Phelan J.—Toronto, July 23; Ottawa,
October 23, 2007.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 23 juillet; Ottawa,
23 octobre 2007.

Evidence — Appeal, cross-appeal from Prothonotary's decision wherein concluded case law interpreting Canada Evidence Act, s. 7 as allowing parties in trial or proceeding to call five experts per issue without leave of court, rejected applicants' motion for leave to call more than that — Case law on which Court proceeding to date not settling interpretation of s. 7, necessary to consider that section more directly in light of recent authority — S. 7 read as limiting each side to five experts per case unless leave granted to call more — Appeal allowed; cross-appeal subject-matter referred back to Prothonotary.

Preuve — Appel et appel incident de la décision de la protonotaire, qui a conclu que la jurisprudence portant sur l'interprétation de l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada autorise cinq experts par question pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal, et qui a rejeté la demande de permission des demandereses pour appeler plus de cinq experts — La jurisprudence sur laquelle la Cour s'est fondée jusqu'ici ne détermine pas l'interprétation de l'art. 7 et cette disposition a donc été examinée de manière plus directe dans le contexte de la jurisprudence récente — L'art. 7 est interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, à moins d'obtenir la permission de la Cour d'en appeler plus — Appel accueilli; le sujet de l'appel incident a été renvoyé à la protonotaire.

Construction of Statutes — Whether Canada Evidence Act, s. 7 limiting number of experts to be called without leave of court to five per issue or five per case — Purpose of s. 7 to prevent abuse, trouble, expense, delay caused by excessive use of expert evidence — As s. 7 providing court with discretion to increase number of experts, inconsistent with intent of provision to expand restriction by reading in words "per issue" — Taking into account remedial nature of provision, plain wording, purpose, mischief to be cured, s. 7 read as limiting each side to five experts per case subject to leave of court to vary number.

Interprétation des lois — Il s'agissait de savoir si l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada limite le nombre d'experts à appeler sans la permission de la Cour à cinq par question ou à cinq dans le cadre de l'affaire — L'art. 7 a pour objet d'éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l'utilisation excessive de la preuve d'expert — Comme l'art. 7 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d'experts, il ne serait pas conforme à l'intention de la disposition d'étendre la restriction en y lisant les mots « par question » — Compte tenu de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier, l'art. 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

Judges and Courts — Judicial comity — Whether Federal Court bound by Federal Court decision which relied on cases subsequently overturned or decided opposite to understanding of Judge, and made without benefit of relevant F.C.A. decision

Juges et Tribunaux — Courtoisie judiciaire — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale était liée par l'une de ses décisions antérieures qui reposait sur des affaires qui ont été infirmées par la suite ou qui allaient à l'encontre de la

— *Review of principles governing application of stare decisis of judgments of same court.*

This was an appeal and a cross-appeal from a Prothonotary's order arising in the context of notice of compliance proceedings. The Prothonotary considered herself bound by *Merck & Co. v. Canada (Minister of Health)*, which she understood to have concluded that section 7 of the *Canada Evidence Act* limits a party to five experts per issue (as opposed to five experts per case) unless leave of the Court is secured. Novopharm Limited appealed this decision on the basis that section 7 should be interpreted as limiting each party to five experts regardless of the number of issues requiring expert evidence, whereas the applicants appealed the Prothonotary's decision rejecting their motion for leave to call more than five experts per issue.

The central issue was whether the Court has settled its interpretation of section 7 of the Act, and if so, whether it should be reviewed.

Held, the appeal should be allowed; the subject-matter of the cross-appeal should be referred back to the Prothonotary.

The case law on which *Merck & Co.* was founded was considered, and in particular the decision of Reed J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, on the basis of which the Court has proceeded to date. The cases relied upon by Reed J. in her decision did not support her understanding that section 7 was limited to five witnesses per subject-matter. Some of those decisions had been overturned, while others dealt with *The Alberta Evidence Act*, a very different statute from the *Canada Evidence Act* and other provincial evidence Acts. There has also been more recent comment from the Supreme Court of Canada outlining the mischief to which section 7 was directed and that likely would have influenced Reed J. Section 7 was therefore considered more directly in the light of recent authority.

The purpose of section 7 of the *Canada Evidence Act* is to restrict the number of expert witnesses to prevent abuse, trouble, expense and delay caused by the excessive use of expert evidence. Because section 7 gives the court discretion to increase the number of experts as justice requires, it would be inconsistent with the overall intent and purpose of the provision to interpret the restriction as applying to each and every issue that may arise. Such an interpretation creates the very mischief the provision was intended to cure. This purposive interpretation is supported by a plain meaning analysis of the provision, wherein no reference is made to

conception qu'avait la juge, qui n'avait pas en main la décision pertinente de la C.A.F. — Révision des principes régissant l'application du principe du stare decisis en rapport avec les jugements du même tribunal.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident relatifs à une ordonnance de la protonotaire rendue dans le cadre d'une procédure relative à un avis de conformité. La protonotaire s'estimait liée par la décision rendue dans l'affaire *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)* qui conclut, selon elle, que l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* limite une partie à cinq experts par question (par opposition à cinq experts dans le cadre de l'affaire), à moins d'obtenir la permission de la Cour. Novopharm Limited a porté cette décision en appel au motif que l'article 7 devrait être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts, indépendamment du nombre de questions exigeant une preuve d'expert alors que les demandereses ont porté appel de la décision de la protonotaire rejetant leur demande de permission pour appeler plus de cinq experts par question.

La question fondamentale consistait à savoir si la Cour avait déterminé son interprétation de l'article 7 de la Loi et, dans l'affirmative, s'il fallait la réviser.

Arrêt : l'appel doit être accueilli; le sujet de l'appel incident doit être renvoyé à la protonotaire.

La jurisprudence sur laquelle l'affaire *Merck & Co.* repose a été passée en revue, notamment la décision de la juge Reed dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, sur laquelle la Cour s'est appuyée jusqu'ici. Les affaires dont la juge Reed s'est inspirée pour rendre sa décision n'étaient pas sa conception que l'article 7 était limité à cinq témoins par sujet. Certaines de ces décisions avaient été infirmées alors que d'autres portaient sur l'*Alberta Evidence Act*, une loi nettement différente de la *Loi sur la preuve au Canada* et d'autres lois provinciales sur la preuve. Des commentaires plus récents de la Cour suprême du Canada décrivent l'effet néfaste que vise l'article 7 et ils auraient vraisemblablement influencé la juge Reed. L'article 7 a donc été examiné de manière plus directe dans le contexte de la jurisprudence récente.

L'objet de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* est de limiter le nombre d'experts pour éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l'utilisation excessive de la preuve d'expert. Comme l'article 7 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d'experts qu'exige la justice, il ne serait pas conforme à l'intention générale de la disposition d'interpréter la restriction comme s'appliquant à la moindre question qui est susceptible de se poser. Cette interprétation crée l'effet néfaste même que la disposition visait à remédier. Cette interprétation fondée sur l'objet visé de la disposition est étayée par une analyse du

“issues”. A look at comparable provisions in other provincial Acts also supports this interpretation.

For all of these reasons, taking into account the remedial nature of the provision, its plain wording, its purpose and the mischief to be cured (or caused by an alternative interpretation), section 7 should be read as limiting each side to five experts in the case subject to the court’s leave to vary that number.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Alberta Evidence Act (The), S.A. 1910 (2nd Sess.), c. 3, s. 10.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.
Evidence Act (The), R.S.O. 1914, c. 76, s. 10.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR /93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd. (1997), 147 D.L.R. (4th) 673; 73 C.P.R. (3d) 371; 130 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); affd [2001] 2 F.C. 502; (2000), 195 D.L.R. (4th) 547; 10 C.P.R. (4th) 10; 265 N.R. 137 (C.A.).

APPLIED:

Merck & Co v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

DISTINGUISHED:

Cooper and Smith v. Molsons Bank (1896), 26 S.C.R. 611.

CONSIDERED:

Merck & Co. v. Canada (Minister of Health) (2003), 30 C.P.R. (4th) 342; 245 F.T.R. 17; 2003 FC 1511; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex*, T-867-02, Pinard J.,

sens ordinaire de son libellé, où le mot « questions » n’est pas mentionné. Une comparaison des dispositions semblables d’autres lois provinciales étaye aussi cette interprétation.

Pour tous ces motifs, en tenant compte de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier (ou causés par une autre interprétation), l’article 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l’affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Alberta Evidence Act (The), S.A. 1910 (2nd Sess.), ch. 3, art. 10.
Evidence Act (The), R.S.O. 1914, ch. 76, art. 10.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd., [1997] A.C.F. n° 488 (1^{re} inst.) (QL); conf. par [2001] 2 C.F. 502 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Merck & Co. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Cooper and Smith v. Molsons Bank (1896), 26 R.C.S. 611.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Merck & Co. v. Canada (Ministre de la Santé), 2003 CF 1511; *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex*, T-867-02, le juge Pinard, décision en date du 4-9-03, C.F. 1^{re} inst.; *Buttrum*

decision dated 4/9/03, F.C.T.D.; *Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97; [1925] 3 D.L.R. 45; 28 O.W.N. 137 (C.A.); *In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.); *Fagnan v. Ure Estate*, [1958] S.C.R. 377; (1958), 13 D.L.R. (2d) 273; *Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600; 34 W.W.R. 172 (Alta. S.C.); *R. v. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (Gen. Div.) (QL); *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713; 45 W.W.R. 513 (Man. Q.B.); *affd* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91; 50 W.W.R. 415 (Man. C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 1041; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134; 20 C.P.C. (4th) 350; 59 O.T.C. 321 (Gen. Div.); *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667; [1993] I.L.R. 2371 (Gen. Div.); *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275; (2000), 191 D.L.R. (4th) 60; 148 C.C.C. (3d) 41; 36 C.R. (5th) 261; 259 N.R. 156; 136 O.A.C. 201; 2000 SCC 43; *R. v. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 F.C. 649; [1976] I.L.R. 262 (T.D.).

AUTHORS CITED

Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

APPEAL and CROSS-APPEAL from the decision of a Prothonotary ((2007), 58 C.P.R. (4th) 192; 2007 FC 637) concluding that section 7 of the *Canada Evidence Act* allowed the applicants to call five experts per issue, but rejecting their motion for leave to call more than that. Appeal allowed; subject-matter of cross-appeal referred back to the Prothonotary.

APPEARANCES:

Neil R. Belmore and *Natalie Rizkalla-Kamel* for applicants.
Andrew Skodyn and *Mark Edward Davis* for respondent Novopharm Limited.
 No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for applicants.
Heenan Blaikie LLP, Toronto, for respondent

v. Udell (1925), 57 O.L.R. 97; [1925] 3 D.L.R. 45; 28 O.W.N. 137 (C.A.); *In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb.); *Fagnan v. Ure Estate*, [1958] R.C.S. 377; (1958), 13 D.L.R. (2d) 273; *Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600; 34 W.W.R. 172 (C.S. Alb.); *R. v. Morin*, [1991] O.J. n° 2528 (Div. gén.) (QL); *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713; 45 W.W.R. 513 (B.R. Man.); *conf. par* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91; 50 W.W.R. 415 (C.A. Man.); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134; 20 C.P.C. (4th) 350; 59 O.T.C. 321 (Div. gén.); *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667; [1993] I.L.R. 2371 (Div. gén.); *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275; 2000 CSC 43; *R. c. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 C.F. 649 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville : Yvon Blais, 1983.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision ((2007), 58 C.P.R. (4th) 192; 2007 FC 637) de la protonotaire, qui a conclu que l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* permettait aux demanderesse d'appeler cinq experts par question, mais rejetant leur demande de permission d'appeler plus de cinq experts. Appel accueilli; le sujet de l'appel incident a été renvoyé à la protonotaire.

ONT COMPARU :

Neil R. Belmore et *Natalie Rizkalla-Kamel* pour les demanderesse.
Andrew Skodyn et *Mark Edward Davis* pour la défenderesse Novopharm Limited.
 Personne n'a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Toronto, pour les demanderesse.
Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., srl, Toronto, pour la

Novopharm Limited.

The following are the reasons for order rendered in English by

PHELAN J.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an appeal and cross-appeal from a prothonotary's order in which the central issue is whether a party is permitted without leave of the Court to have five expert witnesses "per issue" in a case or five experts "per case" under section 7 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) [(2007), 58 C.P.R. (4th) 192 (F.C.)]. The proceedings in question are an "NOC proceeding", a proceeding under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations). This case requires a review of the Court's jurisprudence on section 7 of the CEA.

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

[2] For the reasons outlined, the Court has concluded that section 7 permits each side in a trial or other proceeding only five experts without leave of the Court to increase the number of experts to be called or where evidence may be relied upon.

II. BACKGROUND

[3] On September 5, 2006, Novopharm Limited (Novopharm) filed a purported notice of allegation (NOA) on Altana Pharma Inc. and Altana Pharma AG (Altana). The patents in question are Canadian patent nos. 2089748 and 2092694.

défenderesse Novopharm Limited.

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

LE JUGE PHELAN :

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel et d'un appel incident relatifs à une ordonnance d'une protonotaire où la question fondamentale consiste à savoir si une partie peut, sans la permission de la Cour, appeler cinq témoins experts « par question » dans une affaire ou cinq experts « par affaire » aux termes de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC) [(2007), 58 C.P.R. (4th) 192 (C.F.)]. L'instance en question est une « procédure relative à un avis de conformité », introduite sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). La présente affaire requiert un examen de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 7 de la LPC.

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

[2] Pour les motifs exposés, la Cour a conclu que l'article 7 n'autorise que cinq experts pour chaque partie à un procès ou à une autre procédure sans avoir à demander la permission du tribunal pour majorer le nombre d'experts à appeler ou s'il y a des éléments de preuve sur lesquels il est possible de se fonder.

II. LE CONTEXTE

[3] Le 5 septembre 2006, Novopharm Limited (Novopharm) a déposé un prétendu avis d'allégation concernant Altana Pharma Inc. et Altana Pharma AG (Altana). Les brevets en question sont les brevets canadiens portant les numéros 2089748 et 2092694.

[4] As part of the NOC proceedings, Altana served Novopharm with affidavits from 13 expert witnesses and two fact witnesses. Altana did not seek leave of the Court pursuant to section 7 of the CEA prior to filing these expert affidavits.

[5] Novopharm moved before the learned Prothonotary for an order that Altana comply with the five witnesses per case rule which it argues is imposed by section 7 of the CEA. Altana denied that it was in breach of section 7 but moved, by cross-motion, for leave to file all the expert evidence tendered, if it was found that leave was required.

[6] The learned Prothonotary agreed with the respondent Novopharm's argument that section 7 should be interpreted as limiting each party to five expert witnesses, regardless of the number of issues requiring expert evidence. However, the learned Prothonotary considered herself bound by the decision in *Merck & Co. v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 342 (F.C.) (*Merck* 2003) which she understood to have concluded that section 7 limits a party/side to five experts per issue unless leave of the Court is secured. She succinctly put the issue forward [at paragraph 5] as:

I am therefore clearly bound to interpret section 7 as applicable to issues in the case, and the Respondent will have to take its argument on that matter to a Judge of this Court or to the Court of Appeal.

[7] Having reached that legal conclusion in principle in favour of Altana, the learned Prothonotary went on to consider how many issues were in the case and whether the "five expert witness per issue" rule should be applied to each issue. The learned Prothonotary concluded, in dismissing Altana's motion for leave to admit more than five expert witnesses per issue, that Altana could not rely on more than five expert affidavits of the 11 expert affidavits filed and then having accepted that two specific affidavits out of the 11 affidavits were necessary, ordered Altana to choose within five days which three further affidavits would be relied upon.

[4] Dans le cadre de la procédure relative à l'avis de conformité, Altana a signifié à Novopharm des affidavits provenant de 13 témoins experts et de deux témoins de fait. Avant de déposer ces affidavits d'expert, Altana n'a pas demandé la permission de la Cour, comme le prévoit l'article 7 de la LPC.

[5] Novopharm a présenté une requête à la protonotaire en vue d'obtenir une ordonnance prescrivant qu'Altana se conforme à la règle des cinq témoins par affaire qu'impose, soutient-elle, l'article 7 de la LPC. Altana a nié avoir contrevenu à cet article mais elle a demandé, par la voie d'une requête incidente, l'autorisation de déposer l'ensemble de la preuve d'expert produite s'il était conclu qu'il fallait obtenir la permission du tribunal.

[6] La protonotaire a souscrit à l'argument de la défenderesse Novopharm selon lequel il convient d'interpréter l'article 7 comme limitant chaque partie à cinq témoins experts, indépendamment du nombre de questions exigeant une preuve d'expert. Cependant, la protonotaire a estimé qu'elle était liée par la décision rendue dans l'affaire *Merck & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1511 (*Merck* 2003), laquelle conclut, à son avis, que l'article 7 limite une partie ou un côté à cinq experts par question à moins d'obtenir la permission de la Cour. Elle a exposé le problème en termes succincts [au paragraphe 5] :

[TRADUCTION] Je suis donc clairement tenue d'interpréter l'article 7 comme s'appliquant aux questions en litige de l'espèce; la défenderesse devra soumettre son argument relatif à cette affaire à un juge de la Cour ou à la Cour d'appel.

[7] Ayant tiré cette conclusion juridique de principe en faveur d'Altana, la protonotaire a ensuite examiné combien de questions comportait l'affaire et s'il fallait appliquer à chacune la règle des « cinq témoins experts par question ». En rejetant la demande de permission d'Altana pour admettre plus de cinq témoins experts par question, la protonotaire a conclu qu'Altana ne pouvait pas se fonder sur plus de cinq des 11 affidavits d'experts déposés et, ensuite, ayant reconnu que, sur ces 11 affidavits, deux en particulier étaient nécessaires, elle a ordonné à Altana de choisir dans les cinq jours suivants les trois autres affidavits sur lesquels elle se fonderait.

[8] In the *Merck* 2003 decision to which the learned Prothonotary referred, the Court held that the same Prothonotary had erred in law by ignoring and failing to follow the jurisprudence of this Court in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 673 (F.C.T.D.) (*Eli Lilly* 1997), a decision of Reed J., and *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex* (September 4, 2003) Ottawa T-867-02 (T.D.) (*GlaxoSmith* 2003), a decision of Pinard J. The *Eli Lilly* 1997 decision was upheld on appeal without any reference to the section 7 issue [[2001] 2 F.C. 502 (C.A.)]. Therefore, the only substantive decisions on this matter are those of this Court.

[9] Both sides have appealed the learned Prothonotary's decision; Novopharm to restrict Altana to five experts per case; Altana to secure leave to rely on more than five experts per issue.

III. LEGAL ANALYSIS

[10] As indicated earlier, the central issue is not really whether the learned Prothonotary is bound by precedent of this Court—it is obvious that she is. The central issue is whether this Court has settled its interpretation of section 7 of the CEA and, if so, whether it should be reviewed.

[11] Regarding the standard of review, as held in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), this Court will review discretionary decisions of a prothonotary *de novo* where:

- (a) the question raised in the motion is vital to the final issue of the case; or
- (b) the order is clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.

On the issue of error of law, the standard, as held in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, is correctness.

[8] Dans la décision *Merck* 2003 à laquelle la protonotaire a fait référence, la Cour a statué que la même protonotaire avait commis une erreur de droit en faisant abstraction de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 488 (1^{re} inst.) (QL) (*Eli Lilly* 1997), une décision de la juge Reed, et dans l'affaire *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex* (4 septembre 2003) Ottawa T-867-02 (1^{re} inst.) (*GlaxoSmith* 2003), une décision du juge Pinard. La décision *Eli Lilly* 1997 a été confirmée en appel sans qu'il soit fait référence à la question relative à l'article 7 [[2001] 2 C.F. 502 (C.A.)]. C'est donc dire que les seules décisions de fond sur cette affaire sont celles de la Cour.

[9] Les deux parties ont porté en appel la décision de la protonotaire : Novopharm pour limiter Altana à cinq experts par affaire, Altana pour obtenir la permission de se fonder sur plus de cinq experts par question.

III. ANALYSE JURIDIQUE

[10] Comme il a été dit plus tôt, la question fondamentale ne consiste pas réellement à savoir si la protonotaire est liée par la jurisprudence de la Cour—il est évident qu'elle l'est. La question fondamentale consiste plutôt à savoir si la Cour a déterminé son interprétation de l'article 7 de la LPC et, dans l'affirmative, s'il faudrait la réviser.

[11] Pour ce qui est de la norme de contrôle applicable, comme il est indiqué dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), la Cour contrôlera *de novo* une décision discrétionnaire d'un protonotaire lorsque :

- a) l'ordonnance porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal; ou
- b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

Pour ce qui est de la question d'une erreur de droit, la norme, comme il est mentionné dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, est la décision correcte.

[12] The learned Prothonotary's decision involved both an issue of law and the exercise of discretion. The basis of the exercise of discretion was coloured by what the learned Prothonotary considered, quite reasonably, the principle from *Merck 2003* that each side was entitled to five experts per issue. The manner in which she reached her conclusion as to which witnesses could be relied upon was influenced by her understanding of the operation of section 7.

[13] Therefore, the Court will, to the extent necessary in this matter, consider the learned Prothonotary's decision *de novo* and the principle of law at issue on the standard of correctness.

A. Court's Jurisprudence

[14] The legal issue in this appeal is rooted in Justice Reed's decision in *Eli Lilly 1997*. However, the decision to which the learned Prothonotary referred was that of *Merck 2003*. Justice Heneghan took it as settled jurisprudence on the basis of *Eli Lilly 1997* and *GlaxoSmith 2003* that this Court had determined that each party was entitled as of right to rely on five experts per issue in each case. Having accepted that premise, the Court's attention was more particularly focused on the ability of a prothonotary to depart from presumed jurisprudence rather than an in-depth review of that jurisprudence.

[15] In *GlaxoSmith 2003*, an unreported decision of Justice Pinard decided three months before *Merck 2003*, the relief requested was an order striking Apotex' affidavits that exceeded the number allowed in section 7 of the CEA. The motion was dismissed for the following reasons:

- the applicants had unreasonably delayed in bringing this motion;
- the motion was premature as the matter of striking the affidavits should have been left to the judge hearing the main application;

[12] La décision de la protonotaire portait à la fois sur une question de droit et sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire était teinté par ce que la protonotaire a considéré, de façon tout à fait raisonnable, comme étant le principe tiré de *Merck 2003*, à savoir que chaque côté avait droit à cinq experts par question. La manière dont elle est arrivée à sa conclusion, quant aux témoins sur lesquels il était possible de se fonder, a été influencée par sa conception de l'application de l'article 7.

[13] De ce fait, dans la mesure où cela est nécessaire en l'espèce, la Cour examinera *de novo* la décision de la protonotaire et le principe de droit en cause suivant la norme de la décision correcte.

A. La jurisprudence de la Cour

[14] La question de droit sur laquelle porte le présent appel trouve sa source dans la décision que la juge Reed a rendue dans l'affaire *Eli Lilly 1997*. Cependant, la décision à laquelle la protonotaire a fait référence est *Merck 2003*. La juge Heneghan a considéré comme faisant partie de la jurisprudence établie, en s'appuyant sur les décisions *Eli Lilly 1997* et *GlaxoSmith 2003*, que la Cour avait conclu que chaque partie était en droit de se fonder sur cinq experts par question dans chaque affaire. Ayant accepté cette prémisse, la Cour a plus particulièrement axé son attention sur la capacité d'un protonotaire de s'écarter d'une jurisprudence présumée, plutôt que sur un examen approfondi de cette jurisprudence.

[15] Dans la décision *GlaxoSmith 2003*—une décision non publiée du juge Pinard, rendue trois mois avant la décision *Merck 2003*—le redressement demandé était une ordonnance radiant les affidavits d'Apotex qui excédaient le nombre autorisé à l'article 7 de la LPC. La requête a été rejetée pour les motifs suivants :

- les demandereses avaient tardé de manière déraisonnable à déposer cette requête;
- la requête était prématurée, car on aurait dû laisser au juge instruisant la demande principale le soin de trancher la question de la radiation des affidavits;

• NOC proceedings are to be decided expeditiously; and

• “In any event, it is not clear and obvious to me that the evidence served and filed by the respondent Apotex Inc. comprises, with respect to any single issue, more than five experts.” The Court then cited *Eli Lilly* 1997, at pages 713-715.

[16] There may have been an assumption in *GlaxoSmith* 2003 that the rule was five experts per issue, but there was no specific conclusion on this point. As will be discussed, the reference to that part of the *Eli Lilly* 2003 decision is not a clear unequivocal ruling on the point.

[17] In *Eli Lilly* 1997, Justice Reed was dealing with an action to stop the marketing of the generic version of “Prozac.” The action was grounded in passing-off. Importantly, the decision involved three cases of a single plaintiff and a separate defendant in each case. The result is that the decision had one plaintiff and three defendants. The issue of how many “sides” there were is critical to an understanding of Justice Reed’s section 7 ruling.

[18] In her decision, Justice Reed returned to comment on two decisions made in the course of the trial, one of which related to section 7. In discussing the complexity of hearing three actions on common evidence, Justice Reed went on to comment on what she thought was, at that time, the state of the law on section 7—that section 7 referred only to expert opinions (presumably discounting other types of opinion evidence) and that it was limited to five witnesses per subject-matter or factual issue in a case, not five witnesses in total.

[19] The salient passage is [at pages 713-714]:

Section 7 of the *Canada Evidence Act* provides:

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence,

• les procédures relatives à un avis de conformité doivent être jugées rapidement;

• [TRADUCTION] « [e]n tout état de cause, il n’est pas clair ni évident à mes yeux que la preuve signifiée et déposée par la défenderesse Apotex Inc. comprend, à l’égard de n’importe quelle question, plus de cinq experts ». La Cour a ensuite cité la décision *Eli Lilly* 1997, aux paragraphes 118 à 120.

[16] Il peut avoir été présumé dans la décision *GlaxoSmith* 2003 que la règle était de cinq experts par question, mais il n’y a pas eu de conclusion précise sur ce point. Comme nous le verrons, le renvoi à cette partie de la décision *Eli Lilly* 2003 ne constitue pas une décision claire et sans équivoque sur ce point.

[17] Dans la décision *Eli Lilly* 1997, la juge Reed était saisie d’une action visant à mettre fin à la mise en marché de la version générique du « Prozac ». L’action était fondée sur une question de commercialisation trompeuse. Fait important, la décision mettait en cause trois affaires opposant, dans chacune, une demanderesse unique et une défenderesse distincte. Résultat, la décision visait une demanderesse et trois défenderesses. La question de savoir le nombre de « côtés » qu’il y avait est cruciale pour comprendre la décision de la juge Reed sur l’article 7.

[18] Dans sa décision, la juge Reed a fait quelques commentaires sur deux décisions rendues au cours de l’instruction, dont une liée à l’article 7. En traitant de la complexité que présentait le fait d’instruire trois actions reposant sur une preuve commune, la juge Reed a fait des commentaires sur ce qu’elle pensait être, à cette époque, l’état du droit au sujet de l’article 7—que l’article 7 ne faisait référence qu’aux opinions d’expert (faisant vraisemblablement abstraction d’autres types de preuves d’opinion) et qu’il limitait à cinq le nombre de témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une affaire, et non à cinq témoins en tout.

[19] Le passage important est le suivant [au paragraphe 118] :

L’article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit :

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre

or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give *opinion evidence*, not more than five of such witnesses may be called *on either side* without the leave of the court or judge or person presiding. [Emphasis added.]

In this case three actions were set down for hearing concurrently, on common evidence. They were not consolidated although Mr. Radomski as counsel for both Apotex and Nu-Pharm essentially proceeded with respect to his clients in a consolidated fashion. Section 7 has been interpreted as referring to *expert opinion* evidence only and as limiting the evidence to five witnesses *per subject matter or factual issue* in a case, not five witnesses in total (*Buttrum v. Udell*, [1925] 3 D.L.R. 45 (Ont. S.C.), *Re Scamen and Canadian Northern Railway Co.* (1912), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.), *Fagnan v. Ure*, [1958] S.C.R. 377, 13 D.L.R. (2d) 273, *Hamilton v. Brusnyk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (Alta. S.C.), *R. v. Morin*, [1991] O.J. No. 2528 (QL) [summarized 16 W.C.B. (2d) 416], *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (Man. Q.B.)). [Emphasis in original.]

[20] In reviewing the interpretation of section 7, Justice Reed relied on *Buttrum* [*Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97 (C.A.)], *Scamen* [*In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (Alta. S.C.)], *Fagnan* [*Fagnan v. Ure Estate*, [1958] S.C.R. 377], *Hamilton* [*Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (Alta. S.C.)], *Morin* [*R. v. Moris*, [1991] O.J. No. 2528 (Gen. Div.) (QL)] and the *Pea Growers* decision at the lower level [*B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (Man. Q.B.)]. Justice Hughes, in his case management decision in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 1041 (*Eli Lilly* 2007), pointed out that in the cases cited by Justice Reed, she obviously did not have the Manitoba Court of Appeal's decision in *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91, which effectively referred to the trial judgment referred to by Justice Reed.

[21] With the greatest respect, these six cases do not support the understanding Justice Reed had as to the state of the interpretation of section 7. At least one of them had been overturned on appeal—a matter, which

partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside. [Non souligné dans l'original.]

En l'espèce, trois actions ont été inscrites au rôle pour être entendues en même temps, sur preuve commune. Ces actions n'ont pas été fusionnées, mais M^e Radomski, en sa qualité de procureur d'Apotex et de Nu-Pharm, a procédé essentiellement, par rapport à ses clientes, comme si elles l'avaient été. L'article 7 a été interprété comme ne s'intéressant qu'aux témoignages d'opinion d'expert et comme limitant à cinq le nombre [de] témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une cause, non à cinq témoins au total (*Buttrum c. Udell*, [1925] 3 D.L.R. 45 (C.A. Ont.), *Re Scamen and Canadian Northern Railway Co.* (1912), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb. en banc), *Fagnan c. Ure* [1958] R.C.S. 377, *Hamilton v. Brusnyk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (C.S. Alb.), *R. c. Morin*, [1991] A.O. n° 2528, *B.C. Pea Growers Ltd. c. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (C.B.R. Man.)). [Souligné dans l'original anglais.]

[20] En examinant l'interprétation de l'article 7, la juge Reed s'est fondée sur les décisions *Buttrum* [*Buttrum v. Udell* (1925), 57 O.L.R. 97 (C.A.)], *Scamen* [*In re Scamen et al. v. Canadian Northern R. Co.* (1926), 6 D.L.R. 142 (C.S. Alb.)], *Fagnan* [*Fagnan v. Ure Estate*, [1958] R.C.S. 377], *Hamilton* [*Hamilton v. Brusnyk and Demchuk* (1960), 28 D.L.R. (2d) 600 (C.S. Alb.)], *Morin* [*R. v. Morin* [1991] O.J. n° 2528 (Div. gén.) (QL)] ainsi que sur la décision *Pea Growers* rendue en première instance [*B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1963), 43 D.L.R. (2d) 713 (B.R. Man.)]. Dans la décision relative à la gestion d'instance qu'il a rendue dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 1041 (*Eli Lilly* 2007), le juge Hughes a fait remarquer que dans les affaires citées par la juge Reed, celle-ci n'avait manifestement pas en main la décision rendue par la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *B.C. Pea Growers Ltd. v. City of Portage La Prairie* (1964), 49 D.L.R. (2d) 91, qui faisait effectivement référence au jugement de première instance mentionné par la juge Reed.

[21] Ceci étant dit avec la plus grande déférence, ces six décisions n'étaient pas la conception qu'avait la juge Reed quant à l'état de l'interprétation de l'article 7. Au moins une de ces décisions avait été annulée en

if it had been brought to Justice Reed's attention, would have influenced her view as to the state of the law.

[22] In *Buttrum*, the Ontario Court of Appeal considered section 10 of *The Evidence Act* [R.S.O. 1914, c. 76] of Ontario and held that it restricted the number of experts to three witnesses per party, regardless of the number of issues requiring expert evidence. Section 10 of *The Evidence Act* of Ontario, as considered in that case, is similar to section 7 of the CEA.

10. Where it is intended by a party to examine as witnesses persons entitled, according to the law or practice, to give opinion evidence, not more than three of such witnesses may be called upon either side without the leave of the judge or other person presiding. . . .

[23] The *Buttrum* decision held that the provision limited a party, without leave, to three expert witnesses in total rather than per issue.

[24] In *Scamen* and in *Fagnan*, the Alberta Supreme Court and the Supreme Court of Canada, respectively, were called upon to construe section 10 of *The Alberta Evidence Act*, S.A. 1910 (2nd Sess.), c. 3. That section provided:

10. Where it is intended by a party to examine as witnesses persons entitled according to the law or practice to give opinion evidence not more than three of such witnesses may be called upon either side.

[25] The critical distinction in the wording of the Alberta legislation and that of the federal and Ontario legislation is the absence of any discretion in the courts to permit a greater number of witnesses. In the face of a clearly impractical and unworkable provision which would create a "mischief", the courts gave an interpretation which avoided the mischief and the unworkable rigidity of the provision.

[26] In *Hamilton*, the Alberta Supreme Court could only follow *Scamen* and *Fagnan*.

appel—un point qui, s'il avait été porté à son attention, aurait influencé son opinion quant à l'état du droit.

[22] Dans l'arrêt *Buttrum*, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'article 10 de *The Evidence Act* [R.S.O. 1914, ch. 76] de l'Ontario et a statué que cette disposition limitait le nombre d'experts à trois témoins par partie, indépendamment du nombre de questions nécessitant une preuve d'expert. L'article 10 de *The Evidence Act* de l'Ontario, tel qu'examiné dans cette affaire, est semblable à l'article 7 de la LPC.

[TRADUCTION]

10. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés, par la loi ou la pratique, à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre sans la permission du juge ou de la personne qui préside [. . .].

[23] Selon l'arrêt *Buttrum*, cette disposition limitait une partie, sans permission, à trois témoins experts en tout, plutôt que par question.

[24] Dans les arrêts *Scamen* et *Fagnan*, la Cour suprême de l'Alberta et la Cour suprême du Canada, respectivement, avaient à interpréter l'article 10 de *The Alberta Evidence Act*, S.A. 1910 (2nd Sess.), ch. 3. Le texte de cette disposition était le suivant :

[TRADUCTION]

10. Lorsqu'une partie se propose d'interroger des témoins qui sont autorisés par la loi ou la pratique à faire un témoignage d'opinion, chaque côté ne peut appeler plus de trois témoins à ce titre.

[25] La distinction cruciale que l'on relève entre le libellé de la loi albertaine et celui de la loi fédérale et de la loi ontarienne est l'absence de tout pouvoir discrétionnaire des tribunaux de permettre un nombre supérieur de témoins. Face à une disposition manifestement peu pratique et inapplicable qui créerait un « effet néfaste », les tribunaux ont eu recours à une interprétation qui évitait l'effet néfaste en question ainsi que la rigidité inapplicable de la disposition.

[26] Dans la décision *Hamilton*, la Cour suprême de l'Alberta n'a pu que suivre les arrêts *Scamen* et *Fagnan*.

[27] The Alberta legislation stands in sharp contrast to that of Manitoba, Ontario and Canada. The courts in Manitoba and Ontario have recognized that *Fagnan* gave the Alberta legislation a broad interpretation because there was no provision for leave of the court to file additional expert evidence. This was recognized by Farley J. in *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134 (Gen. Div.), at pages 137-138:

In my view the approach in *B.C. Pea* and *Buttrum* is preferable to that of *Scamen*, *supra*, as interpreted by *Fagnan*. It is clear that in the latter two cases the courts found it necessary to give the section of the Alberta *Evidence Act* broad interpretation because there was no provision for leave in that section. Had the Alberta legislation incorporated the possibility of leave for more experts if the necessity were demonstrated, then there would not have been any problem in otherwise protecting the interests of justice. In fact just as *Fagnan* was being decided in the Supreme Court of Canada, the Alberta statute was amended to include the following words:

. . . *without leave of the court* which shall be applied for before the examination of any such witness.

(Emphasis added.)

This amendment cleared up the problem of future cases in Alberta; however it would not be appropriate to import the pre-amendment remedy from Alberta to Ontario as the Ontario legislation always had the leave protection. *Scamen* and *Fagnan* should be relegated to the curiosity cupboard as obsolete cases which were required to correct an historical oddity of the then Alberta legislation.

[28] Lastly, in *Morin*, the Crown sought “leave to call more than five expert witnesses on the retrial.” The Court stated that the Crown drew attention to *Fagnan* but there is no discussion of the case or its application to section 7 of the CEA. The Court simply held that, on the basis of the evidence and submissions, it was satisfied that there was a reasonable basis for calling the extra witnesses, and leave was granted.

[27] La loi albertaine fait nettement contraste avec celle du Manitoba, de l’Ontario et du Canada. Au Manitoba et en Ontario, les tribunaux ont reconnu que l’arrêt *Fagnan* interprétait la loi albertaine de façon large parce qu’il n’y était pas prévu que le tribunal puisse donner la permission de produire des éléments de preuve d’expert additionnels. Ce fait a été reconnu par le juge Farley, dans la décision *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 134 (Div. gén.), aux pages 137 et 138 :

[TRADUCTION] À mon avis, l’approche suivie dans les arrêts *B.C. Pea* et *Buttrum* est préférable à celle qui a été suivie dans l’arrêt *Scamen*, précité, telle qu’interprétée dans l’arrêt *Fagnan*. Il est clair que dans ces deux dernières affaires, les tribunaux ont jugé nécessaire d’interpréter de manière large la disposition de l’*Evidence Act* de l’Alberta car cette disposition ne prévoyait rien en matière de permission. Si la loi albertaine avait comporté la possibilité de permettre qu’il y ait un nombre additionnel d’experts, à la condition d’en démontrer la nécessité, il n’y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l’affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants :

[. . .] *sans la permission du tribunal*, laquelle doit être demandée avant d’interroger ces témoins.

(Non souligné dans l’original.)

Cette modification a réglé le problème qu’auraient posé les affaires ultérieures en Alberta; cependant, il ne serait pas approprié d’étendre à l’Ontario le redressement appliqué en Alberta avant la modification, car la loi ontarienne a toujours comporté la mesure de protection que représente la permission du tribunal. Il faudrait reléguer les arrêts *Scamen* et *Fagnan* au rayon des curiosités en tant qu’affaires obsolètes qui étaient nécessaires pour rectifier une excentricité historique de la loi albertaine qui était en vigueur à l’époque.

[28] Enfin, dans la décision *Morin*, le ministère public demandait [TRADUCTION] « la permission d’appeler plus de cinq témoins experts au nouveau procès ». La Cour a mentionné que le ministère public avait attiré l’attention sur l’arrêt *Fagnan* mais elle n’a rien dit sur cette affaire ou sur son application à l’article 7 de la LPC. La Cour a simplement déclaré qu’au vu des éléments de preuve présentés et des observations formulées, elle était convaincue qu’il était raisonnable d’appeler les témoins additionnels et la permission demandée a été accordée.

[29] Therefore, *Morin* is of no precedential value in respect of section 7 as there was no interpretation of the provision.

[30] Of the six decisions referred to by Justice Reed, three relate to the very different provision of the Alberta statute, one case makes no interpretation of section 7 and two (being *Buttrum* and the *Pea Growers* appeal decision) are decided opposite to the understanding Justice Reed had. Her understanding would no doubt have been different if she had had the Court of Appeal's judgment in *Pea Growers*.

[31] A further consideration of the *Eli Lilly* 1997 decision is that the number of witnesses "per issue" versus "per case" was not the central focus of what was an interlocutory decision made in the course of the trial. The following quote discloses Justice Reed's substantive concern about the meaning of "sides" as applied to "parties". She even describes the results of an interpretation of the right to five experts per issue as a "rather unreasonable result" [at page 714]:

Prior to counsel for the defendants calling some of their expert witnesses, counsel for the plaintiffs raised a concern that it appeared as though the defendants were planning on calling more than five witnesses per "side" on a factual issue (particularly the criticism of Dr. Heeler's survey evidence). An edited version of the reasons I gave orally with respect to this concern was placed on the record. In summary those reasons were that section 7 does not deal with the situation in which separate actions are being heard concurrently; no jurisprudence dealing with the meaning of "side" could be found; if the word "side" is interpreted as synonymous with party, this leads to the rather unreasonable result that the three defendants could call fifteen witnesses and the two plaintiffs, being separate parties to each of the three actions, could call thirty expert witnesses *on each factual issue*. Ideally, if anyone had thought of it at the time, this matter should have been dealt with when the application to set the three cases down for concurrent hearing was made. [Emphasis in original.]

[32] The whole issue of the number of witnesses was ultimately decided on the basis of the exercise of discretion.

[33] In my view, Justice Reed proceeded on the assumption that the weight of the authority tended

[29] La décision *Morin* n'a donc aucune valeur jurisprudentielle en rapport avec l'article 7, car cette disposition n'y est pas interprétée.

[30] Sur les six décisions auxquelles renvoie la juge Reed, trois ont trait à la disposition nettement différente de la loi albertaine, une n'interprète pas l'article 7 et deux (les arrêts *Buttrum* et *Pea Growers*) vont à l'encontre de la conception qu'avait la juge Reed. La conception de cette dernière aurait sans nul doute été différente si elle avait eu en main le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Pea Growers*.

[31] Un autre aspect relevé dans la décision *Eli Lilly* 1997 est que la question du nombre de témoins « par question », par opposition au nombre « par affaire », ne constitue pas l'élément central de ce qui était une décision interlocutoire rendue au cours de l'instruction. L'extrait suivant révèle la préoccupation de fond qu'avait la juge Reed quant au sens du mot « côtés », tel qu'appliqué au mot « parties ». Elle dit même que le résultat d'une interprétation du droit à cinq experts par question est « plutôt illogique » [au paragraphe 119] :

Avant que l'avocat des défenderesses n'appelle un de ses témoins experts, l'avocat des demanderesse s'est inquiété parce qu'il lui semblait que les défenderesses entendaient citer plus que cinq témoins par « côté » sur une question de fait (plus particulièrement pour critiquer la preuve apportée par l'étude du D' Heeler). Une version révisée des motifs rendus oralement par la Cour à ce sujet a été versée au dossier. En résumé, les conclusions de ces motifs sont les suivantes : l'article 7 ne s'applique pas à un cas où des actions distinctes sont entendues simultanément; la Cour n'a trouvé aucune jurisprudence portant sur le sens à donner à « côté »; le fait d'interpréter le mot « côté » comme synonyme de partie conduirait au résultat plutôt illogique selon lequel les trois défenderesses pourraient appeler quinze témoins et les deux demanderesse, constituant des parties distinctes dans les trois actions, pourraient en appeler trente sur chaque question de fait. Idéalement, si quelqu'un y avait pensé à ce moment-là, il aurait fallu trancher cette question quand les parties ont demandé que les trois actions soient inscrites au rôle pour être entendues en même temps. [Souligné dans l'original anglais.]

[32] Toute la question du nombre des témoins a finalement été tranchée sur le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[33] À mon avis, la juge Reed a procédé selon l'hypothèse que le poids de la jurisprudence tendait vers

toward “5 experts per factual issue” and then resolved the issue, not through a studied analysis of the law or ringing endorsement of the principle, but through the exercise of discretion in a pragmatic manner in the middle of a trial.

[34] It is from this somewhat qualified endorsement of the “5 experts per issue” principle that this Court has proceeded to date.

B. Comity

[35] The parties argued whether this Court is bound by the prior decisions emanating from Justice Reed’s decision. Altana’s position is that judicial comity compels this Court to continue to apply the existing interpretation of section 7.

[36] Justice Granger in *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667 (Gen. Div.), at pages 673-677, conducted a thorough analysis of the application of *stare decisis* in regard to judgments of the same court. He concluded that he would only go against a judgment of another judge of his own Court if [at page 675]:

- (a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;
- (b) It is demonstrated that some binding authority in case law or some relevant statute was not considered; and
- (c) The judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar with all trial judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

[37] For reasons discussed in the previous section, the *Eli Lilly* 1997 decision had elements of points (a) and (c) because the Manitoba Court of Appeal in *Pea Growers* was not referred to by the learned Judge and the interpretation at issue was given in the midst of a trial where the particular issue was not that which is squarely before this Court.

« cinq experts par question de fait » et elle a ensuite tranché la question, non pas en procédant à une analyse fouillée du droit ou en approuvant le principe de manière claire et nette, mais en exerçant son pouvoir discrétionnaire de façon pragmatique en plein milieu d’un procès.

[34] C’est sur cette approbation quelque peu nuancée du principe des « cinq experts par question » que la Cour s’est fondée jusqu’ici.

B. La courtoisie judiciaire

[35] Les parties ont débattu la question de savoir si la Cour est liée par les décisions antérieures qui découlent de celle de la juge Reed. Altana est d’avis que la courtoisie judiciaire oblige la Cour à continuer d’appliquer l’interprétation actuelle de l’article 7.

[36] Dans la décision *Holmes v. Jarrett* (1993), 68 O.R. (3d) 667 (Div. gén.), aux pages 673 à 677, le juge Granger a procédé à une analyse approfondie de l’application du principe du *stare decisis* en rapport avec les jugements du même tribunal. Il a conclu qu’il n’irait à l’encontre d’un jugement d’un autre juge de son propre tribunal que si [à la page 675] :

[TRADUCTION]

- a) Des décisions ultérieures ont remis en question la validité du jugement contesté;
- b) Il est démontré qu’un élément jurisprudentiel ayant force obligatoire ou une loi pertinente n’ont pas été pris en considération;
- c) Le jugement a été rendu sans délibéré, un jugement *nisi prius* rendu dans des circonstances que connaissent tous les juges de première instance, là où les exigences du procès sont telles que le juge doit rendre sa décision sur-le-champ sans avoir l’occasion de consulter en détail la jurisprudence.

[37] Pour des raisons analysées à la section précédente, la décision *Eli Lilly* 1997 comportait des éléments des points a) et c) susmentionnés, parce que la juge n’avait pas été renvoyée à l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba dans l’affaire *Pea Growers* et que l’interprétation en question avait été faite au milieu d’un procès dans lequel la question particulière n’était pas celle dont la Cour est directement saisie.

[38] While not strictly binding authority falling within Justice Granger's item (b) situation that would justify not following a court's earlier decision, there has been more recent comment from the Supreme Court which outlines the mischief to which section 7 was directed and which likely would have influenced Justice Reed (as she recognized at page 714 the unreasonable result if each party could have the maximum number of experts for each issue).

[39] In *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, a case dealing in part with expert evidence, the Supreme Court, at paragraph 56, pinpointed the problem of the proliferation of expert opinions:

...expert evidence is time-consuming and expensive. Modern litigation has introduced a proliferation of expert opinions of questionable value. The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into "a contest of experts with the trier of fact acting as referee in deciding which expert to accept". . . .

[40] Lastly, on the binding nature of the *Eli Lilly* 1997 decision, Justice Décary in *R. v. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 F.C. 649 (T.D.), at page 655, held that the principle of *stare decisis* does not apply between judges of the same court:

There can be no *stare decisis* between judges of the same court. There may be a question of collegiality in a case where the facts are identical, or at least are similar to the extent that a decision cannot be ignored.

[41] The decision in *Cooper and Smith v. Molsons Bank* (1896), 26 S.C.R. 611, relied on by Altana, can be distinguished because its pronouncement relates to courts of co-ordinate jurisdiction, not judges of the same court. The more modern approach is that set forth by Justice Décary.

[42] In my view, the decision in *Eli Lilly* 1997 did not, on its own terms, go as far as has been assumed in later judgments of this Court. Further, the learned

[38] Bien qu'il ne s'agisse pas d'éléments jurisprudentiels à caractère strictement obligatoire qui correspondent à la situation b) dont a fait état le juge Granger et qui justifieraient que l'on ne se conforme pas à une décision antérieure d'un tribunal, des commentaires plus récents, émanant de la Cour suprême, décrivent l'effet néfaste que vise l'article 7 et ils auraient vraisemblablement influencé la juge Reed (qui a reconnu, au paragraphe 119, le résultat illogique que l'on obtiendrait si chacune des parties pouvait disposer du nombre maximal d'experts pour chaque question).

[39] Dans l'arrêt *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, une affaire portant en partie sur la preuve d'expert, la Cour suprême a précisé, au paragraphe 56, le problème que pose la prolifération des opinions d'expert :

[...] la preuve d'expert exige un temps considérable et est onéreuse. Les litiges modernes ont causé une prolifération d'opinions d'expert de valeur douteuse. On n'insistera jamais assez sur l'importance des coûts pour les parties et le fardeau qui pèse lourdement sur les ressources judiciaires. Lorsqu'on laisse le champ libre à l'admission de la preuve d'expert, le procès a tendance à dégénérer en « un simple concours d'experts, dont le juge des faits se ferait l'arbitre en décidant quel expert accepter » [. . .]

[40] Enfin, pour ce qui est du caractère obligatoire de la décision *Eli Lilly* 1997, le juge Décary, dans la décision *R. c. Phoenix Assurance Company Limited*, [1976] 2 C.F. 649 (1^{re} inst.), à la page 655, a statué que le principe du *stare decisis* ne s'applique pas entre juges d'un même tribunal :

Il ne peut s'agir, entre juges d'un même banc, d'un *stare decisis*. Il peut être question de collégialité en autant que les faits soient identiques ou, du moins, aient une ressemblance telle que l'on ne peut ignorer la décision.

[41] L'arrêt rendu dans l'affaire *Cooper and Smith v. Molsons Bank* (1896), 26 R.C.S. 611, sur lequel Altana s'est fondée, se distingue d'avec la présente espèce car le jugement concerne les tribunaux de juridiction équivalente, et non les juges d'un même tribunal. L'approche plus moderne est celle qu'a exposée le juge Décary.

[42] À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *Eli Lilly* 1997, dans son contexte, n'a pas été aussi loin qu'on l'a présumé dans des jugements ultérieurs de la

Justice was not aware that one of the key authorities on which she relied for her understanding of the general state of the law had been overturned. Other courts have later taken a different view of section 7 than that assumed by Justice Reed and the Supreme Court has since more clearly articulated a concern with expert evidence that she only briefly touched upon.

[43] Therefore, it is appropriate for this Court to consider section 7 more directly in the light of recent authority.

C. Section 7—Interpretation

[44] Although the section 7 interpretation issues have most recently arisen in this Court in the context of NOC proceedings or other intellectual property cases, its application is much more broadly based. The problems inherent in the NOC process cannot drive the interpretation, although they underscore the mischief to which section 7 was directed. Other cases of a civil and criminal nature can have just as difficult and multi-faceted issues and sub-issues for which opinion evidence seems to be ripe.

[45] The starting point for the analysis of section 7 is, as with all statutes, section 12 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21]:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[46] Taking a purposive approach to the provision, it is evident that section 7 was intended to limit the number of experts. The first critical limitation is that it operates with respect to trials or other proceedings; the second critical limitation is the absolute numerical restriction of five.

[47] Therefore, if the purpose of the section is to restrict the number of expert witnesses, the courts should not generally give the provision an interpretation that broadens this limitation.

Cour. Par ailleurs, la juge Reed n'était pas au courant que l'une des décisions clés dont elle s'inspirait pour former sa conception de l'état général du droit avait été infirmée. D'autres tribunaux ont plus tard adopté une opinion différente de celle de la juge Reed sur l'article 7 et la Cour suprême a, depuis ce temps, fait état de manière plus claire d'une préoccupation à l'égard de la preuve d'expert dont la juge n'a traité que brièvement.

[43] Il convient donc que la Cour examine de manière plus directe l'article 7 dans le contexte de la jurisprudence récente.

C. L'article 7—interprétation

[44] Même si les problèmes que suscite l'interprétation de l'article 7 se sont posés tout récemment à la Cour dans le contexte des procédures relatives à un avis de conformité ou d'autres affaires intéressant la propriété intellectuelle, l'application de cette disposition repose sur une base nettement plus large. Les problèmes inhérents au processus des avis de conformité ne peuvent pas régir l'interprétation de cet article, même s'ils font ressortir l'effet néfaste sur lequel il est axé. Il y a d'autres affaires de nature civile et pénale qui peuvent comporter des questions et des sous-questions aussi complexes et diversifiées auxquelles une preuve d'opinion semble convenir.

[45] Le point de départ de l'analyse de l'article 7 est, comme pour toutes les lois, l'article 12 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[46] Si l'on aborde l'article 7 sous l'angle de l'objet visé, il est évident qu'il est destiné à limiter le nombre d'experts que l'on peut appeler. La première limite cruciale est que cette disposition s'applique aux procès ou à d'autres procédures; la seconde limite cruciale est la restriction numérique absolue de cinq.

[47] Par conséquent, si l'article a pour objet de restreindre le nombre des témoins experts, il ne faudrait généralement pas que les tribunaux interprètent cette disposition d'une manière qui étende cette limite.

[48] The Alberta Supreme Court in *Scamen* had to depart from this usual rule because of the rigidity of *The Alberta Evidence Act* which left the Court no discretion to increase the number of experts irrespective of the circumstances. Farley J. said as much in *Bank of America Canada* [at page 138]:

Had the Alberta legislation incorporated the possibility of leave for more experts if the necessity were demonstrated, then there would not have been any problem in otherwise protecting the interests of justice. In fact, just as *Fagnan* was being decided in the Supreme Court of Canada, the Alberta statute was amended to include the following words:

. . . *without leave of the court* which shall be applied for before the examination of any such witnesses.

[49] The CEA, like the comparable legislation in such provinces as Manitoba and Ontario, gives the court the discretion to increase the number of experts. It would be inconsistent with the overall intent of the provision to expand the restriction by reading in the words “per issue” and to also give the court the discretion to expand the number of experts as justice requires.

[50] This purposive interpretation is buttressed by a plain meaning analysis. There is no reference in the section to “issues”. The language is stark in that regard when stipulating five experts per party/side per case especially when one reads the section with the relevant aspects isolated:

7. Where, in any trial or other proceeding, [criminal or civil], it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled [according to the law or practice] to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding. [Boldface and strikethrough added.]

[51] In addition, it is useful to compare other similar provisions, as this suggests a common problem across

[48] Dans l’arrêt *Scamen*, la Cour suprême de l’Alberta a dû s’écarter de cette règle habituelle en raison de la rigidité de *The Alberta Evidence Act* de cette province, qui ne conférait pas à ce tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts, quelles que soient les circonstances de l’affaire. Le juge Farley a dit la même chose dans la décision *Bank of America Canada* [à la page 138] :

[TRADUCTION]

Si la loi de l’Alberta avait comporté la possibilité de permettre qu’il y ait un nombre additionnel d’experts, à la condition d’en démontrer la nécessité, il n’y aurait pas eu de problème dans ce cas pour protéger par ailleurs les intérêts de la justice. En fait, au même moment où la Cour suprême du Canada tranchait l’affaire *Fagnan*, la loi albertaine a été modifiée de façon à y intégrer les mots suivants :

[. . .] *sans la permission du tribunal*, laquelle doit être demandée avant d’interroger ces témoins.

[49] La LPC, à l’instar des lois comparables en vigueur dans des provinces telles que le Manitoba et l’Ontario, confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre des experts. Il ne serait pas conforme à l’intention générale de la disposition d’étendre la restriction en y lisant implicitement les mots « par question » et de conférer également au tribunal le pouvoir discrétionnaire de majorer le nombre d’experts qu’exige la justice.

[50] L’interprétation fondée sur l’objet visé d’une disposition est étayée par une analyse du sens ordinaire de son libellé. Dans la disposition en question, le mot « questions » n’est pas mentionné. Le libellé prescrit clairement cinq experts par partie ou côté par affaire, surtout si on lit la disposition en isolant les aspects pertinents :

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure [pénale ou civile], le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d’interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés [par la loi ou la pratique] à rendre des témoignages d’opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté [sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside]. [Caractère gras et rayures ajoutés.]

[51] Il est par ailleurs utile de comparer d’autres dispositions semblables, car le problème, semble-t-il, est

Canada. In *Pea Growers*, at pages 97-98, the Manitoba Court of Appeal compared the Alberta and Manitoba provisions limiting the number of expert witnesses noting that the former (the Alberta provision):

... had no provision to call more than three expert witnesses [“upon either side”], while the latter makes provision for the calling of more than three experts with leave of the Court. One was a very rigid enactment to prevent the abuse of the use of experts, but left no way out to call more than three when justice required it. . . .

[52] The Ontario Court of Appeal in *Buttrum*, considered a similar provision and held, at page 100:

... it is much better that the number of such witnesses called during a trial should be limited to three on each side, and such others as the Court may on application allow, than that the number of these witnesses should be limited only by the number of issues of fact that may actually arise in the course of a trial, or that counsel can with some show of reason argue will arise or have arisen during the trial. If the latter interpretation be given the statute . . . the statute would . . . either become a dead letter or a new source of trouble, expense, and delay.

[53] Only New Brunswick explicitly limits the use of experts by issue. It is instructive that it did so by specific wording rather than reading in those words to the statute as had to be done in Alberta.

[54] The joint Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence also considered this common problem. It noted at page 113 of its Report [*Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules & Evidence*. Toronto: Carswell, 1982] that, without statutory limits on expert witnesses, there is no way for a judge in a criminal proceeding to prevent unnecessary expert evidence, and in a civil case, costs are an impractical penalty if both parties make excessive use of expert witnesses.

le même dans tout le Canada. Dans l’arrêt *Pea Growers*, aux pages 97 et 98, la Cour d’appel du Manitoba a comparé les dispositions de l’Alberta et du Manitoba qui limitent le nombre des témoins experts et elle a signalé que la disposition albertaine :

[TRADUCTION] [. . .] ne prévoyait pas la possibilité de citer plus de trois témoins experts [« d’un côté ou de l’autre »], tandis que la loi manitobaine prévoit la possibilité d’en citer plus que trois avec la permission de la Cour. L’une était un texte très strict qui visait à éviter que l’on abuse du recours à des experts, mais elle ne permettait aucunement d’en citer plus que trois quand la justice l’exigeait. . . .

[52] Dans *Buttrum*, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné une disposition semblable et a déclaré ce qui suit, à la page 100 :

[TRADUCTION] [...] il vaut mieux limiter à trois de chaque côté le nombre des témoins experts entendus au cours d’un procès, sous réserve de l’autorisation du tribunal d’en appeler d’autres à la barre, que de le limiter seulement en fonction du nombre de questions de fait qui sont soulevées pendant l’instance ou qui, selon les prétentions raisonnables de l’avocat, pourraient l’être. Si cette dernière interprétation était retenue [. . .] la loi serait sans effet ou accroîtrait la difficulté, le coût et la durée de l’instance.

[53] Seul le Nouveau-Brunswick limite explicitement le nombre d’experts auxquels il est possible de recourir par question. Il est instructif de constater que cette province l’a fait en recourant à un libellé précis, plutôt qu’en lisant implicitement ces mots dans la loi, comme il a fallu le faire en Alberta.

[54] Le Groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve a lui aussi étudié ce problème commun. Il a fait remarquer, à la page 113 de son Rapport [*Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve*. Cowansville : Yvon Blais, 1983], que, sans les restrictions prévues par la loi au nombre des témoins experts, un juge, dans une instance pénale, n’a aucun moyen d’éviter la production d’une preuve d’expert inutile et, dans une instance civile, les dépens constituent une sanction pécuniaire irréaliste si les deux parties recourent de manière excessive à des témoins experts.

[55] As the purpose of section 7 is, at least in part, to prevent abuse, trouble, expense and delay caused by excessive use of expert evidence, it is more consistent with that purpose to interpret the restriction to apply to the case as a whole rather than to each and every issue which may arise. In fact, an interpretation in favour of “by issue” creates the very mischief which the provision was intended to cure.

[56] This Court has, on a number of occasions, expressed concern for the number and variety of expert reports. The concern is captured in the following passage from *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2007), 58 C.P.R. (4th) 214 (F.C.), at paragraph 7:

It must be pointed out how difficult it is for a court in NOC proceedings to assimilate masses of purportedly expert opinions, predominantly on scientific matters, all in written form, often comprising several volumes. Judges are human, not computers.

[57] Similar problems would exist in other cases, such as complex commercial or tort actions involving issues of finance, accounting, medical or other technical/ scientific evidence. It can be even more difficult in the area of social sciences.

[58] While NOC proceedings can be complex, Altana’s submission, that section 7 of the CEA could not have contemplated the purpose and complexity of proceedings under the NOC Regulations, cannot be sustained. There is a presumption that regulatory provisions are meant to work together, not only with their enabling legislation but with other Acts and other regulations as well.

[59] In the case at bar, because the limit was applied to each issue as the learned Prothonotary concluded she was bound to do, Altana was allowed to use nine expert witnesses who filed 10 affidavits. If Novopharm matched Altana affidavit for affidavit as it would be entitled to do as of right, the hearing judge would be

[55] Étant donné que l’article 7 a pour objet, en partie du moins, d’éviter les abus, les difficultés, les frais et les retards imputables à l’utilisation excessive de la preuve d’expert, il convient davantage à cet objet de considérer que la restriction s’applique à l’affaire tout entière, plutôt qu’à la moindre question qui est susceptible de se poser. En fait, une interprétation favorable à la règle du nombre de témoins « par question » crée l’effet néfaste même que la disposition vise à remédier.

[56] La Cour a fait part à maintes reprises de ses préoccupations vis-à-vis du nombre et de la diversité des rapports d’expert. Le passage qui suit, extrait de la décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CF 596, au paragraphe 7, expose le problème :

Il convient de redire à quel point il est difficile pour un tribunal saisi d’une instance relative à un [avis de conformité] d’assimiler une multitude d’opinions d’expert ou censées telles, qui concernent surtout des questions scientifiques, opinions toutes présentées par écrit et composant souvent plusieurs volumes. Les juges sont des êtres humains, pas des ordinateurs.

[57] Il y aurait des problèmes semblables dans d’autres affaires, comme des actions commerciales ou en responsabilité civile délictuelle complexes mettant en cause des questions de finances, de comptabilité, de médecine ou d’autres preuves de nature technique ou scientifique. La situation peut être encore plus difficile dans le domaine des sciences sociales.

[58] Certes, les procédures relatives à un avis de conformité peuvent être complexes, mais l’observation d’Altana selon laquelle l’article 7 de la LPC n’aurait pu avoir envisagé l’objet et la complexité des procédures engagées aux termes du Règlement est sans fondement. Il existe une présomption selon laquelle les dispositions réglementaires sont conçues pour fonctionner de concert, non seulement avec leur loi habilitante mais aussi avec d’autres lois et d’autres règlements.

[59] En l’espèce, étant donné que la limite a été appliquée à chacune des questions, ainsi que la protonotaire a conclu qu’elle était tenue de faire, Altana a été autorisée à recourir à neuf témoins experts qui ont déposé 10 affidavits. Si Novopharm produisait un affidavit pour chacun de ceux qu’Altana a déposés,

required to review a total of 20 affidavits in chief, without even contemplating reply affidavits. This is a substantial and onerous amount of evidence and severely taxes judicial resources.

[60] In summary, applying the mischief rule, if section 7 is interpreted as applying per issue, the cure is almost as bad as the disease.

[61] There is no conflict between the complexity of NOC proceedings and the purpose of section 7. The critical aspect of section 7 is the discretion to permit more experts than the initial limit set. Parliament has provided a mechanism to deal with complex cases and provided a balancing mechanism between the intended limit on experts in the case generally and the needs of a specific case.

[62] As recognized in *Pea Growers*, section 7 is, unlike the original Alberta provision discussed in *Fagnan*, not a very rigid enactment leaving no way to call more than the stipulated number of experts where justice requires. The needs and complexities of the particular case are dealt with through the exercise of discretion.

[63] Therefore, in my opinion, taking into account the remedial nature of the provision, its plain wording, its purpose and the mischief to be cured (or caused by an alternative interpretation), section 7 should be read as limiting each side to five experts in the case subject to the court's leave to vary that number.

D. Applicability to Judicial Review/NOC Proceedings

[64] As to the argument that the section 7 restrictions do not apply to judicial reviews/NOC proceedings, I find no merit in this submission.

comme elle serait en droit de le faire, le juge du procès aurait à examiner un nombre total de 20 affidavits principaux, sans même compter les affidavits en réponse. Il s'agit là d'une quantité importante et onéreuse d'éléments de preuve, qui taxe sérieusement les ressources judiciaires.

[60] En résumé, si l'on applique la règle des effets néfastes et que l'on considère que l'article 7 s'applique à chacune des questions, le remède est presque aussi dommageable que la maladie.

[61] Il n'y a pas de conflit entre la complexité des procédures relatives à un avis de conformité et l'objet de l'article 7. L'aspect crucial de cet article est le pouvoir discrétionnaire de permettre plus d'experts que la limite initiale fixée. Le législateur a prévu un mécanisme qui permet de faire face aux affaires complexes et a établi un moyen de trouver un point d'équilibre entre la limite prévue du nombre d'experts qui peuvent être appelés dans une affaire en général et les besoins d'une affaire particulière.

[62] Comme il a été reconnu dans l'arrêt *Pea Growers*, contrairement à la disposition albertaine initiale dont il était question dans l'arrêt *Fagnan*, l'article 7 n'est pas une disposition très rigide qui ne permet nullement d'appeler plus que le nombre prescrit d'experts quand la justice l'exige. C'est par l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'on répond aux besoins et aux complexités de l'affaire en question.

[63] Par conséquent, à mon avis, si l'on tient compte de la nature réparatrice de la disposition, de son sens ordinaire, de son objet et des effets néfastes à remédier (ou causés par une autre interprétation), l'article 7 doit être interprété comme limitant chaque côté à un nombre de cinq experts dans le cadre de l'affaire, sous réserve de la permission de la Cour de modifier ce nombre.

D. Applicabilité aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à un avis de conformité

[64] L'observation selon laquelle les restrictions imposées par l'article 7 ne s'appliquent pas aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à

[65] Section 7 refers specifically to a “trial or other proceeding” [emphasis added]. A judicial review and an NOC matter is by regulation and the Rules of this Court (rule 300) [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37)] a proceeding. On the plain words of the statute, section 7 applies to judicial reviews in general and to NOC proceedings specifically.

[66] There is no policy reason why section 7 should not apply to judicial reviews/NOC proceedings. Except for differences of form of proof, they have all the attributes of a trial and have all of the problems of control of the number of experts which Parliament intended to address.

[67] While the time for seeking leave to adduce more expert evidence should not necessarily be fixed as it is a matter of Court discretion, timeliness is essential. One would have thought that as soon as the expert reports are filed (and perhaps even before when it is known that more expert evidence is required), the necessary motion should, as a general rule, be brought. This is not a matter for determination in this case.

IV. CONCLUSION

[68] Having determined that the learned Prothonotary’s decision should be set aside, the matter, to the extent that the parties wish to pursue the matter of increased expert witnesses, will no doubt be referred back to the learned Prothonotary who has greater familiarity with the case and is charged with case management.

[69] An order will issue giving effect to these reasons.

un avis de conformité est, selon moi, dénuée de fondement.

[65] L’article 7 fait expressément référence à « un procès ou autre procédure » [soulignement ajouté]. Un contrôle judiciaire et une affaire concernant un avis de conformité constituent, par règlement, ainsi qu’aux termes des Règles de la Cour (la règle 300) [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37)], une procédure. Selon le libellé explicite de la loi, l’article 7 s’applique aux contrôles judiciaires en général et aux procédures relatives à un avis de conformité en particulier.

[66] Il n’y a pas de considération de principe pour laquelle l’article 7 ne devrait pas s’appliquer aux contrôles judiciaires ou aux procédures relatives à un avis de conformité. Sauf pour des différences de formes de preuve, les deux possèdent tous les attributs d’un procès et ont tous les problèmes de contrôle du nombre d’experts que le législateur a voulu régler.

[67] Même si le temps prévu pour demander la permission de produire d’autres éléments de preuve d’expert ne devrait pas nécessairement être fixe, car il s’agit là d’une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour, l’opportunité est essentielle. On serait en droit de penser qu’aussitôt que les rapports d’expert sont déposés (et peut-être même plus tôt, quand on sait que des éléments de preuve d’expert additionnels sont requis), la requête nécessaire serait, en règle générale, introduite. Mais il ne s’agit pas là d’une question à trancher en l’espèce.

IV. CONCLUSION

[68] Comme j’ai décidé qu’il convient d’annuler la décision de la protonotaire, l’affaire, dans la mesure où les parties souhaitent donner suite à la question de la majoration du nombre des témoins experts, sera sans nul doute renvoyée à la protonotaire, laquelle connaît mieux l’instance et est chargée de la gérer.

[69] Une ordonnance sera rendue pour donner effet aux présents motifs.

T-954-06
2007 FC 955

T-954-06
2007 CF 955

MiningWatch Canada (*Applicant*)

Mines Alerte Canada (*demanderesse*)

v.

c.

Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Natural Resources, Attorney General of Canada, Red Chris Development Company Ltd. and bcMetals Corporation (*Respondents*)

Le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles, le procureur général du Canada, Red Chris Development Company Ltd. et bcMetals Corporation (*défendeurs*)

INDEXED AS: MININGWATCH CANADA v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : MINES ALERTE CANADA c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (C.F.)

Federal Court, Martineau J.—Vancouver, June 19, 20, 21; Ottawa, September 25, 2007.

Cour fédérale, juge Martineau—Vancouver, 19, 20 et 21 juin; Ottawa, 25 septembre 2007.

Environment—Applicant challenging legality of decisions, actions by responsible authorities in conducting environmental assessment (EA) of mining project under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) — In conducting EA under CEAA, federal authorities shall exercise powers in manner that protects environment, human health, applies precautionary principle—Project initially considered to be comprehensive study review under CEAA, then changed to CEAA screening level review — CEAA, s. 21, as amended in 2003, making public consultation mandatory where project described in comprehensive study list — In sidestepping statutory requisites in CEAA, s. 21, in guise of decision to rescope project, responsible authorities exceeded statutory powers, committed reviewable error.

Environnement — La demanderesse contestait la légalité d'une série de décisions ou de mesures prises par les autorités responsables en procédant à l'évaluation environnementale (EE) d'un projet minier sous le régime de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) — En procédant à une EE en application de la LCEE, les autorités fédérales exercent leurs pouvoirs d'une manière qui protège l'environnement et la santé humaine et qui fait appel au principe de précaution — Le projet a été considéré au départ comme une étude approfondie sous le régime de la LCEE et il a plus tard été changé pour un examen préalable sous le régime de la LCEE — L'art. 21 de la LCEE, qui a été modifié en 2003, impose une consultation publique dans le cas d'un projet mentionné dans la liste d'étude approfondie — En ne tenant pas compte des conditions énoncées à l'art. 21 de la LCEE, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les autorités responsables ont excédé les pouvoirs que leur confère la loi et ont commis une erreur susceptible de contrôle.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review—Judicial review of decisions, actions by responsible authorities in conducting environmental assessment (EA) of mining project under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA) — Whether responsible authorities under legal duty to conduct comprehensive study, to consult public prior to taking course of action decision in respect of Project — Under CEAA, s. 21, comprehensive study must be conducted in case of project described in comprehensive study list (CSL) — Where project described in CSL, responsible authority must ensure public consultation with respect to, inter alia, proposed scope of project for purposes of EA — Responsible authorities having no discretion to rescope project in order to avoid public consultation implications of CEAA, s. 21 — In

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Contrôle judiciaire de décisions ou de mesures prises par les autorités responsables en procédant à l'évaluation environnementale (EE) d'un projet minier sous le régime de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE) — Il s'agissait de savoir si les autorités responsables étaient légalement tenues de mener une étude approfondie et de consulter le public avant de prendre une décision sur la voie à suivre au sujet du projet — L'art. 21 de la LCEE dispose qu'une étude approfondie doit être menée dans le cas d'un projet visé dans la liste d'étude approfondie (LEA) — Quand un projet est décrit dans la LEA, l'autorité responsable doit veiller à ce que l'on consulte le public sur, entre autres, la portée proposée du projet pour les besoins de l'EE — Les

sidestepping statutory requisites of s. 21, in guise of decision to rescope project, responsible authorities exceeded statutory powers, committed reviewable error — Application allowed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Proposed mine development falling under heads of local works, undertakings, property and civil rights, matters of purely local nature, thus under provincial jurisdiction — Also attracting Parliament's jurisdiction over water resources, fisheries — Under Canadian Environmental Assessment Act, s. 5(1), environmental assessment required for "project" if "federal authority" proponent of project.

Practice — Parties — Standing — Proponent of mining project challenging applicant's standing — Public interest standing granted only if meeting tri-partite test of serious issue, genuine interest, no other reasonable, effective manner in which issue may be brought to Court — Compliance with Canadian Environmental Assessment Act raising serious, justiciable question of law — Applicant, coalition representing 20 groups, demonstrating real, continuing interest in problems associated with mine development — Showing more than mere bona fide interest, concern about social, environmental issues — Standing accorded to applicant under doctrine of public interest.

This was an application for judicial review challenging the legality of decisions or actions taken by the Department of Fisheries and Oceans (DFO) and Natural Resources Canada (collectively the responsible authorities) in conducting an environmental assessment (EA) of a mining project under the authority of the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA). The applicant, a federally registered non-profit society, is principally interested in the environmental, social, economic, health and cultural effects of mining, in particular on indigenous peoples. Red Chris Development Company Ltd. (RCDC) (the proponent) wishes to develop an open-pit mining and milling operation for the production of copper and gold in the form of copper concentrates from deposits located in northwestern British Columbia. The contemplated mine and mill, as well as associated works and activities related to the Project, fall under the heads of local works and undertakings, property and civil rights, and matters of a purely local nature, and are thus under the jurisdiction of the Province of British

autorités responsables n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de changer la portée du projet de façon à éviter ce qu'implique l'art. 21 de la LCEE en matière de consultation publique — En ne tenant pas compte des conditions énoncées à l'art. 21, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les autorités responsables ont excédé les pouvoirs que leur confère la loi et ont commis une erreur susceptible de contrôle — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le projet de développement minier en cause tombe sous les chefs des travaux et des entreprises d'une nature locale, de la propriété et des droits civils ainsi que des matières de nature purement locale, et relève donc de la compétence provinciale — Il met aussi en cause la compétence du gouvernement fédéral sur les ressources halieutiques et les pêches — En vertu de l'art. 5(1) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, une évaluation environnementale s'impose à l'égard d'un « projet » si une « autorité fédérale » en est le promoteur.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le promoteur du projet minier a contesté la qualité pour agir de la demanderesse — On n'accorde la qualité pour agir dans l'intérêt public que si l'on satisfait au critère à trois volets suivant : une question sérieuse est soulevée, il y a un intérêt véritable et il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour — Le respect de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale soulève une question de droit sérieuse et réglable par voie judiciaire — La demanderesse, une coalition représentant une vingtaine de groupes, a fait montre d'un intérêt réel et constant à l'égard des problèmes associés à l'exploitation minière — Elle a manifesté plus qu'un simple intérêt légitime à l'égard des questions sociales et environnementales — La qualité pour agir a été accordée à la demanderesse selon le principe de l'intérêt public.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire contestant la légalité de décisions ou de mesures prises par le ministère des Pêches et des Océans (MPO) et Ressources naturelles Canada (collectivement, les autorités responsables) en procédant à l'évaluation environnementale (EE) d'un projet minier sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE). La demanderesse, une société à but non lucratif de droit fédéral, s'intéresse principalement aux effets de l'exploitation minière sur les plans environnemental, social, économique, sanitaire et culturel, notamment sur les peuples autochtones. Red Chris Development Company Ltd. (RCDC) (le promoteur) souhaite établir une exploitation d'extraction minière à ciel ouvert et une usine de concentration en vue de la production de cuivre et d'or, sous la forme de concentrés de cuivre, à partir de gisements situés dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. La mine et l'usine de concentration envisagées, de même que les ouvrages et les activités

Columbia. It also attracts Parliament's jurisdiction over water resources and fisheries since it contemplates the construction of barriers and seepage dams, water supply and associated works, and of a tailings management facility as well as a water diversion system. The Project was therefore subject to the requirement of an EA under both the *Environmental Assessment Act* (the provincial Act) and the CEAA. An EA under the CEAA can only be conducted with respect to a "project" and there must be a "federal authority" involved. In the case at bar, an EA was mandatory under paragraphs 5(1)(c) and 5(2)(a) of the CEAA. In conducting an EA under the provisions of the CEAA, all bodies subject to the provisions of this Act, including federal authorities and responsible authorities shall exercise their powers in a manner that protects the environment and human health and applies the precautionary principle. In November 2003, the British Columbia Environmental Assessment Office (BCEAO) issued an order pursuant to section 10(1)(c) of the provincial Act stating that the Project was reviewable and that an environmental assessment certificate would be required prior to the Project proceeding. The Project was initially considered to be a comprehensive study review under the CEAA and then changed to a CEAA screening level review. In July 2005, BCEAO's Executive Director recommended that an environmental assessment certificate be granted and one month later, an assessment certificate was issued by the provincial ministers. The federal environment assessment process was formally triggered when, in May 2004, two applications were submitted to DFO under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* to cover the proposed construction of starter dams and the stream crossing. DFO concluded that an EA of the Project was required under section 5 of the CEAA. In a letter dated March 11, 2005, DFO informed BCEAO that the responsible authorities had "determined the scope of project for the purposes of an environmental assessment under the CEAA in relation to the Red Chris Project." On May 2, 2006, the responsible authorities took a course of action under the purported authority of paragraph 20(1)(a) of the CEAA and determined that the Project "as scoped" by them was not likely to cause "significant adverse environmental effects."

The main issue was whether the responsible authorities were required by section 21 of the CEAA to conduct a

connexes liés au projet tombent sous les chefs des travaux et des entreprises d'une nature locale, de la propriété et des droits civils ainsi que des matières de nature purement locale, et relèvent donc de la compétence de la province de la Colombie-Britannique. Comme le projet envisage la construction de barrières et de barrages anti-infiltration, de systèmes d'alimentation en eau et d'ouvrages connexes, ainsi que d'une installation de gestion des résidus et un système de dérivation de cours d'eau, il met aussi en cause la compétence du gouvernement fédéral sur les ressources halieutiques et les pêches. Le projet était donc soumis à l'obligation de réaliser une EE, en application, d'une part, de la *Environmental Assessment Act* (la Loi provinciale) et, d'autre part, de la LCEE. L'exécution d'une EE en vertu de la LCEE ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'un « projet », et il faut qu'il y ait une « autorité fédérale » en cause. En l'espèce, une EE était obligatoire aux termes des alinéas 5(1)c) et 5(2)a) de la LCEE. En procédant à une EE en application des dispositions de la LCEE, tous les organismes assujettis aux dispositions de cette Loi, dont les autorités fédérales et les autorités responsables, devaient exercer leurs pouvoirs d'une manière qui protège l'environnement et la santé humaine et qui fait appel au principe de précaution. En novembre 2003, le British Columbia Environmental Assessment Office (BCEAO) a délivré, en vertu de l'alinéa 10(1)c) de la Loi provinciale, une ordonnance déclarant que le projet était susceptible d'examen et qu'il serait nécessaire d'obtenir un certificat d'évaluation environnementale avant que le projet puisse continuer. Le projet a été considéré au départ comme une étude approfondie sous le régime de la LCEE et il a plus tard été changé pour un examen préalable sous le régime de cette même loi. En juillet 2005, le directeur administratif du BCEAO a recommandé que l'on accorde un certificat d'évaluation environnementale et, un mois plus tard, les ministres provinciaux ont délivré le certificat en question. Le processus fédéral d'évaluation environnementale a été officiellement enclenché quand, en mai 2004, deux demandes couvrant la construction envisagée des premiers bassins ainsi que le pont de franchissement du ruisseau ont été présentées au MPO en application du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Le MPO a conclu qu'il était nécessaire de soumettre le projet à une EE en application de l'article 5 de la LCEE. Dans une lettre datée du 11 mars 2005, le MPO a informé le BCEAO que les autorités responsables avaient [TRADUCTION] « déterminé la portée du projet pour les fins de la tenue d'une évaluation environnementale sous le régime de la LCEE, relativement au projet Red Chris ». Le 2 mai 2006, les autorités responsables ont pris une décision sur la voie à suivre en se fondant sur le pouvoir censément conféré par l'alinéa 20(1)a) de la LCEE et ont décidé que le projet, tel qu'elles l'avaient défini, n'était pas susceptible de causer des « effets environnementaux négatifs importants ».

La question litigieuse principale était de savoir si les autorités responsables étaient tenues en vertu de l'article 21 de

comprehensive study and to consult the public prior to taking a course of action decision in respect of the Project.

Held, the application should be allowed.

Two preliminary issues were raised by the respondents. First, the proponent and the Attorney General contended that the applicant did not file its application in a timely manner. This application for judicial review of the course of action decision was not time-barred since it was served and filed within 30 days of the communication of the course of action decision. Second, the proponent challenged the applicant's standing. Standing will be granted to a public interest group who wishes to challenge the exercise of administrative authority, as well as legislation, where the following tri-partite test is met: a serious issue is raised, the applicant shows a genuine interest, and there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought to the Court. In applying this tri-partite test, the words "directly affected" in subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* should not be given a restricted meaning. Compliance with the CEEA raised a serious and justiciable question of law. The applicant also showed a genuine interest in the issues raised herein. More than a mere *bona fide* interest and concern about social and environmental issues is necessary to obtain public interest standing. As a coalition representing approximately 20 groups that express a communal concern, which has demonstrated a real and continuing interest in the problems associated with mine development, the applicant satisfied this requirement. Public interest standing should be accorded where the applicant has a genuine interest and there is no evidence of others with a genuine interest that could reasonably be expected to bring a challenge. The applicant was the only one to demonstrate sufficient interest or the means to launch this judicial review. Therefore, standing was accorded to the applicant under the doctrine of public interest.

Once an EA has been "triggered" pursuant to section 5 of the CEEA, the issue is whether a responsible authority has jurisdiction to rescope a project listed in the comprehensive study list (CSL) in a manner that will prevent it from conducting a comprehensive study. Section 14 of the CEEA provides that there are four types of environmental assessments: screening, comprehensive study, mediation and assessment by a review panel. Section 21 of the CEEA, which was substantially amended in 2003 by Bill C-9, provides that a comprehensive study must be conducted in the case of a project mentioned on the CSL. Establishing the scope of a

la LCEE de mener une étude approfondie et de consulter le public avant de prendre une décision sur la voie à suivre au sujet du projet.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les défendeurs ont soulevé deux questions préliminaires. Premièrement, le promoteur et le procureur général ont soutenu que la demanderesse n'a pas déposé sa demande en temps opportun. La demande de contrôle judiciaire concernant la décision sur la voie à suivre n'était pas prescrite car elle a été signifiée et déposée dans les 30 jours suivant la communication de la décision en question. Deuxièmement, le promoteur a contesté la qualité pour agir de la demanderesse. On accorde la qualité pour agir à un groupe d'intérêt public qui souhaite contester l'exercice d'un pouvoir administratif, ainsi que des dispositions législatives, lorsque l'on satisfait au critère à trois volets qui suit : une question sérieuse est soulevée, la partie demanderesse fait preuve d'un intérêt véritable et il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Lorsqu'on applique ce critère à trois volets, il ne convient pas de donner un sens restreint aux mots « directement touché » que l'on trouve au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le respect de la LCEE soulève une question de droit sérieuse et réglable par voie judiciaire. De même, la demanderesse a fait montre d'un intérêt véritable à l'égard des questions soulevées en l'espèce. Pour obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut plus qu'un simple intérêt légitime à l'égard des questions sociales et environnementales. En tant que coalition représentant une vingtaine de groupes qui expriment une préoccupation commune, qui fait montre d'un intérêt réel et constant à l'égard des problèmes associés à l'exploitation minière, la demanderesse satisfait à cette condition. Il convient d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public si la partie demanderesse a un véritable intérêt et si rien ne montre que d'autres personnes ayant un véritable intérêt engageront probablement des procédures. La demanderesse était la seule partie à montrer qu'elle avait un intérêt suffisant ou les moyens de lancer un contrôle judiciaire en l'espèce. Par conséquent, la qualité pour agir a été accordée à la demanderesse selon le principe de l'intérêt public.

Une fois qu'une EE a été « déclenchée » en vertu de l'article 5 de la LCEE, il s'agit de savoir si une autorité responsable a compétence pour redéfinir la portée d'un projet inscrit dans la liste d'étude approfondie (LEA) d'une manière qui empêchera cette autorité responsable de procéder à une étude approfondie. L'article 14 de la LCEE précise qu'il existe quatre types d'évaluation environnementale : l'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation et l'examen par une commission. L'article 21 de la LCEE, qui a été considérablement modifié en 2003 par le projet de loi C-9, dispose qu'une étude approfondie doit être menée dans le cas

project to be assessed is a very fact-specific endeavour which requires a careful examination of the works that are being carried out in relation to the project in question. Subsection 15(1) of the CEAA, which the respondents invoked to sustain the legality of the decisions or actions taken by the responsible authorities, provides that the scope of the project in relation to which an EA is to be conducted is determined by the responsible authority; where the project is referred to a mediator or review panel, the scope is determined by the Minister of the Environment, after consulting with the responsible authority. The interpretation of section 15 has been the subject of significant judicial consideration.

The real issue in this case was whether the responsible authorities could legally refuse to conduct a comprehensive study on the grounds that the Project as rescoped by them did not include a mine and milling facility anymore. According to subsection 21(1) of the CEAA, where a project is described in the CSL, the responsible authority must now ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the EA, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project. According to *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide*, 1994 (the guidelines), large-scale projects, like the present one, with potentially significant environmental effects identified on the CSL will usually undergo the rigorous assessment of a comprehensive study. Once public consultation is required under section 21 of the CEAA, it cannot be avoided by narrowing the scope of the project in order to reduce it to the level of a screening. No provision in the CEAA empowers the Minister of Environment or a responsible authority to downgrade a comprehensive study to a screening. Once a tracking decision had been made requiring the project to undergo a comprehensive study, the responsible authorities did not have the discretion to rescope the project in such a manner as to avoid the public consultation implications of section 21. To allow them to do so would violate not only the plain meaning of the legislation in question, but also the spirit of the entire legislative scheme, as amended, which is designed to foster public participation for projects with significant potential environmental repercussions. The Federal Court of Appeal decision in *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (the *TrueNorth* decision) is of limited applicability to the present case where an analysis of section 21 of the CEAA as it now reads is of central importance to the resolution of the issues raised by the applicant. That decision was issued in consideration of the former section 21 which did not refer to the “proposed scope” of a project. The *TrueNorth* decision was not binding to the extent that it was deciding issues outside the particular context of sections 5 and 15 of the CEAA. It does not apply to

d'un projet mentionné dans la LEA. L'établissement de la portée d'un projet à évaluer est une tâche de nature très factuelle, qui oblige à examiner soigneusement les activités qui sont exécutées en rapport avec le projet en question. Le paragraphe 15(1) de la LCEE qu'invoquent les défendeurs pour appuyer la légalité des décisions ou des mesures que les autorités responsables ont prises dispose que l'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre de l'Environnement, après consultation de l'autorité responsable, détermine la portée du projet à l'égard duquel l'EE doit être effectuée. L'interprétation de l'article 15 a été examinée à maintes reprises par les tribunaux.

La question qui était véritablement en litige en l'espèce était celle de savoir si les autorités responsables pouvaient légalement refuser de procéder à une étude approfondie parce que le projet, tel qu'elles l'ont redéfini, n'englobait plus une mine et une installation de concentration. Selon le paragraphe 21(1) de la LCEE, quand un projet est décrit dans la LEA, l'autorité responsable doit maintenant veiller à la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d'évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation, et à la portée de ces éléments ainsi que la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet. Selon les lignes directrices de 1994 intitulées *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Guide des autorités responsables* (les lignes directrices), les projets de grande envergure, comme celui dont il est question en l'espèce, qui sont susceptibles d'avoir des effets environnementaux importants indiqués dans la LEA seront habituellement soumis à une évaluation rigoureuse d'une étude approfondie. Une fois qu'une consultation publique est exigée par l'article 21 de la LCEE, il n'est pas possible d'éviter ce processus en restreignant la portée du projet de façon à le ramener au niveau d'un examen préalable. Aucune disposition de la LCEE n'habilite le ministre de l'Environnement ou une autorité responsable à déclasser une étude approfondie en la transformant en un examen préalable. Une fois qu'une décision sur le processus a été prise, soumettant le projet à une étude approfondie, les autorités responsables n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de changer la portée du projet de façon à éviter ce qu'implique l'article 21 sur le plan de la consultation publique. Leur permettre de le faire reviendrait à violer non seulement le sens ordinaire de la législation en question, mais aussi l'esprit du régime législatif tout entier, tel que modifié, qui est conçu pour favoriser la participation du public aux projets qui peuvent comporter d'importantes répercussions environnementales. La décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (la décision *TrueNorth*) est d'une applicabilité restreinte en l'espèce où une analyse de

assessments commenced after October 2003 pursuant to section 21 of the CEAA. DFO correctly determined in the initial tracking decision of May 2004 that the Project would require a comprehensive study level review based on a proposed ore production capacity of up to 50 000 tonnes/day which exceeds the threshold of 600 tonnes/day under paragraph 16(c) [of the Schedule] to the CSL Regulations. In sidestepping statutory requisites mentioned in section 21 of the CEAA, in the guise of a decision to rescope the Project, the responsible authorities acted beyond the ambit of their statutory powers. They committed a reviewable error which culminated in the communication of the course of action decision, by deciding to forego the public consultation process that the Project was statutorily mandated to undergo under subsection 21(1) of the CEAA. There was no public consultation by the responsible authorities prior to the taking of the course of action decision with respect to the draft screening report. Setting aside the course of action decision will therefore endorse a fundamental purpose of the CEAA which premises that public participation is meant to improve the quality and influence the outcome of an EA.

l'article 21 de la LCEE, dans son libellé actuel, revêt une importance cruciale pour le règlement des questions que la demanderesse a soulevées. Cette décision était fondée sur l'ancien article 21, où il n'était pas question de « propositions relatives à la portée » d'un projet. La décision *TrueNorth* n'était pas contraignante dans la mesure où celle-ci tranchait des questions qui se situaient en dehors du contexte particulier des articles 5 et 15 de la LCEE. Cette décision ne s'applique pas aux évaluations commencées après octobre 2003 sous le régime de l'article 21 de la LCEE. Le MPO a décidé avec raison, dans la décision initiale de mai 2004, que le projet aurait besoin d'un examen de niveau étude approfondie sur la base d'une capacité proposée de production de minerai pouvant atteindre 50 000 tonnes par jour, ce qui excède le seuil de 600 tonnes par jour fixé à l'alinéa 16c) [de l'annexe] du Règlement LEA. En ne tenant pas compte des conditions mentionnées à l'article 21 de la LCEE, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les autorités responsables ont excédé les pouvoirs que leur confère la loi. Elles ont commis une erreur susceptible de contrôle, erreur qui s'est soldée par la communication de la décision sur la voie à suivre, en décidant de renoncer au processus de consultation publique auquel le projet devait, de par la loi, être soumis en vertu du paragraphe 21(1) de la LCEE. Les autorités responsables n'ont tenu aucune consultation publique avant de se prononcer sur l'ébauche du rapport d'examen préalable. L'annulation de la décision sur la voie à suivre respectait donc un objet fondamental de la LCEE, à savoir que la participation du public est conçue pour améliorer la qualité d'une EE et en influencer l'issue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 2003, c. 9, ss. 12, 29.
 Bill C-9, *An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.
 Bill C-19, *An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.
Canada-British Columbia Agreement for Environmental Assessment Cooperation (2004), clauses 11, 14, 20.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) “comprehensive study” (as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 1), “comprehensive study list”, “exclusion list” (as am. *idem*), “federal authority” (as am. *idem*), “interested party”, “project” (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 18(F)), “responsible authority”, “screening”, “screening report”, 3, 4(1) (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1; 2003, c. 9, s. 2), 5, 7 (as am. *idem*, s. 3), 11(2), 12(1),(3),(4) (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 20(F)), (5), 12.1 (as enacted by S.C. 2003, c. 9, s. 7), 12.3(c) (as enacted *idem*), 12.4 (as enacted *idem*), 13, 14, 15 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 21(F)), 16 (as am. *idem*, s. 22(F)), 16.1 (as enacted by

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Entente de collaboration entre le Canada et la Colombie-Britannique en matière d'évaluation environnementale (2004), articles 11, 14, 20.
Environmental Assessment Act, R.S.B.C. 1996, ch. 119.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, ch. 43, art. 8, 10(1)(c), 11.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157.
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159.
Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) « autorité fédérale » (mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 1), « autorité responsable », « étude approfondie » (mod., *idem*), « examen préalable », « liste d'étude approfondie », « liste d'exclusion » (mod., *idem*), « partie intéressée », « projet » (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18(F)), « rapport d'examen préalable », 3, 4(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 1; 2003, ch. 9, art. 2), 5, 7 (mod., *idem*, art. 3), 11(2),

- S.C. 2003, c. 9, s. 8), 16.2 (as enacted *idem*), 16.3 (as enacted *idem*), 18 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 23(F); 2003, c. 9, s. 9), 20 (as am. *idem*, s. 11), 21 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 26(F); 2003, c. 9, s. 12), 21.1 (as enacted *idem*), 21.2 (as enacted *idem*), 22, 23(1) (as am. *idem*, s. 13), 25, 28 (as am. by S.C. 1998, c. 25, s. 162), 29 (as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 14), 32 (as am. *idem*, s. 15(F)), 37 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 29(F); 1994, c. 46, s. 3; 2003, c. 9, s. 17), 55(1) (as am. *idem*, s. 25), 55.1(2)(a) (as enacted *idem*), (c) (as enacted *idem*), 58(1)(i) (as am. *idem*, s. 28), (1.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 46, s. 4; 2003, c. 9, s. 28), 59 (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 5; 2003, c. 9, s. 29), 61.
- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16.
- Comprehensive Study List Regulations*, SOR/94-638, ss. 3, Sch., ss. 9, 16.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(1A),(10),(12),(24),(27), 92(10),(13),(16).
- Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119.
- Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, ss. 8, 10(1)(c), 11.
- Exclusion List Regulations*, SOR/94-634.
- Explosives Act*, R.S.C., 1985, c. E-17, s. 7 (as am. by S.C. 1993, c. 32, s. 4).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (2) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 27).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 25 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 6), 35, 36(3),(5).
- Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.
- Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159.
- Inclusion List Regulations*, SOR/94-637, Sch., Part VII, ss. 42, 43, 44, 45, 46, 46.1 (as enacted by SOR/99-436, s. 14), 47.
- Law List Regulations*, SOR/94-636, Sch. I, Part I, items 5, 6, Sch. II, item 5.
- Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222, ss. 1(1) "Act", "deleterious substance", "effluent" (as am. by SOR/2006-239, s. 1), 2(1), 4, 6-28, 27.1 (as enacted by SOR/2006-239, s. 14), Sch. 2, 4.
- National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7.
- Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5(1).
- Mines Act*, R.S.B.C. 1996, c. 293.
- Prescribed Time Limits Regulation*, B.C. Reg. 372/2002, s. 3.
- Public Consultation Policy Regulation*, B.C. Reg. 373/2002, s. 7.
- 12(1),(3),(4) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 20(F)), (5), 12.1 (édicte par L.C. 2003, ch. 9, art. 7), 12.3c (édicte, *idem*), 12.4 (édicte, *idem*), 13, 14, 15 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21(F)), 16 (mod., *idem*, art. 22(F)), 16.1 (édicte par L.C. 2003, ch. 9, art. 8), 16.2 (édicte, *idem*), 16.3 (édicte, *idem*), 18 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 23(F); 2003, ch. 9, art. 9), 20 (mod., *idem*, art. 11), 21 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 26(F); 2003, ch. 9, art. 12), 21.1 (édicte, *idem*), 21.2 (édicte, *idem*), 22, 23(1) (mod., *idem*, art. 13), 25, 28 (mod. par L.C. 1998, ch. 25, art. 162), 29 (mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 14), 32 (mod., *idem*, art. 15(F)), 37 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 29(F); 1994, ch. 46, art. 3; 2003, ch. 9, art. 17), 55(1) (mod., *idem*, art. 25), 55.1(2)a (édicte, *idem*), c) (édicte, *idem*), 58(1)i) (mod., *idem*, art. 28), (1.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 46, art. 4; 2003, ch. 9, art. 28), 59 (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 5; 2003, ch. 9, art. 29), 61.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(1A),(10), (12),(24),(27), 92(10),(13),(16).
- Loi modifiant la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 2003, ch. 9, art. 12, 29.
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5(1).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (2) (édicte, *idem*; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, art. 5, 6, 79(1), (2), annexe 1.
- Loi sur les explosifs*, L.R.C. (1985), ch. E-17, art. 7 (mod. par L.C. 1993, ch. 32, art. 4).
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 25 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 6), 35, 36(3),(5).
- Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7.
- Mines Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 293.
- Prescribed Time Limits Regulation*, B.C. Reg. 372/2002, art. 3.
- Projet de loi C-19, *Loi modifiant la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001.
- Projet de loi C-9, *Loi modifiant la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 2^e sess., 37^e lég., 2002.
- Public Consultation Policy Regulation*, B.C. Reg. 373/2002, art. 7.
- Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d'évaluation environnementale*, DORS/97-181, art. 8.
- Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-638, art. 3, ann., art. 9, 16.

Regulations Respecting the Coordination by Federal Authorities of Environmental Assessment Procedures and Requirements, SOR/97-181, s. 8.
Reviewable Projects Regulation, B.C. Reg. 370/2002, Part 3.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, ss. 5, 6, 79(1),(2), Sch. 1.

Règlement sur la liste d'exclusion, DORS/94-634.
Règlement sur la liste d'inclusion, DORS/94-637, ann., partie VII, art. 42, 43, 44, 45, 46, 46.1 (édicte par DORS/99-436, art. 14), 47.
Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées, DORS/94-636, art. ann. I, partie I, art. 5, 6, ann. II, art. 5.
Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2002-222, art. 1(1) « effluent » (mod. par DORS/2006-239, art. 1), « Loi », « substance nocive », 2(1), 4, 6 à 28, 27.1 (édicte par DORS/2006-239, art. 14), ann. 2, 4.
Reviewable Projects Regulation, B.C. Reg. 370/2002, partie 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Seaboyer; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81, 48 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (2004), 10 C.E.L.T. (3d) 55; 257 F.T.R. 212; 2004 FC 1265; affd [2006] 3 F.C.R. 610; (2006), 265 D.L.R. (4th) 154; 44 Admin. L.R. (4th) 191; 21 C.E.L.R. (3d) 175; 345 N.R. 374; 2006 FCA 31; leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] S.C.C.A. No. 197 (QL); *Citizens' Mining Council of Newfoundland and Labrador v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 17 Admin. L.R. (3d) 287; 29 C.E.L.R. (N.S.) 117; 163 F.T.R. 36 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *In the Matter of the Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43 (the "Act") and an Environmental Assessment of the Proposed Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project (the "Project")*. Order under Section 11, online <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_project_doc_list_238_p_com.html>; *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2001] 2 F.C. 461; (2001), 27 Admin. L.R. (3d) 229; 37 C.E.L.R. (N.S.) 1; 266 N.R. 169 (C.A.); *Szcecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

R. c. Seaboyer; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), 2004 CF 1265; conf. par [2006] 3 R.C.F. 610; 2006 CAF 31; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] S.C.C.A. n° 197 (QL); *Citizens' Mining Council of Newfoundland and Labrador c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1999] A.C.F. n° 273 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3; *In the Matter of the Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43 (the "Act") and an Environmental Assessment of the Proposed Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project (the "Project")*. Order under Section 11, online <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_project_doc_list_238_p_com.html>; *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461 (C.A.); *Szcecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL); *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1997] 2 C.F. 719 (1^{re} inst.); *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 C.F. 483 (C.A.);

(2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1997] 2 F.C. 719; (1997), 247 D.L.R. (4th) 739; 19 C.B.R. (4th) 199 (T.D.); *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1999] 1 F.C. 483; (1998), 29 C.E.L.R. (N.S.) 21; 238 N.R. 88 (C.A.); revg (1998), 152 F.T.R. 49 (F.C.T.D.); *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550; (2004), 245 D.L.R. (4th) 193; [2005] 3 W.W.R. 403; 206 B.C.A.C. 132; 36 B.C.L.R. (4th) 370; 19 Admin. L.R. (4th) 165; 11 C.E.L.R. (3d) 49; [2005] 1 C.N.L.R. 366; 327 N.R. 133; 26 R.P.R. (4th) 50; 2004 SCC 74; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241; *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263; (1999), 248 N.R. 25 (C.A.); affg [1998] 4 F.C. 340; (1998), 28 C.E.L.R. (N.S.) 97; 150 F.T.R. 161 (T.D.); *Manitoba's Future Forest Alliance v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1; 170 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Bowen v. Canada (Attorney General)*, [1998] 2 F.C. 395; (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 263; 26 C.E.L.R. (N.S.) 11; 139 F.T.R. 1 (T.D.); *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1; 2001 FCT 1123; affd [2003] 4 F.C. 672; (2003), 1 Admin. L.R. (4th) 103; 1 C.E.L.R. (2d) 20; 2003 FCA 197.

REFERRED TO:

R. v. Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R. 213; (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; 118 C.C.C. (3d) 97; 24 C.E.L.R. (N.S.) 167; 9 C.R. (5th) 157; 217 N.R. 241; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229; (1993), 102 D.L.R. (4th) 696; 10 C.E.L.R. (N.S.) 204; 61 F.T.R. 4 (T.D.); *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin.

infirmant [1998] A.C.F. n° 821 (1^{re} inst.) (QL); *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550; 2004 CSC 74; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2000] 2 C.F. 263 (C.A.); confirmant [1998] 4 C.F. 340 (1^{re} inst.); *Manitoba's Future Forest Alliance c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1999] A.C.F. n° 903 (1^{re} inst.) (QL); *Bowen c. Canada (Procureur général)*, [1998] 2 C.F. 395 (1^{re} inst.); *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2001 CFPI 1123; conf. par [2003] 4 C.F. 672; 2003 CAF 197.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Hydro-Québec, [1997] 3 R.C.S. 213; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *Sunshine Village Corp. c. Directeur du Parc National de Banff*, [1996] A.C.F. n° 1118 (C.A.) (QL); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1^{re} inst.); *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; 2004 CSC 73.

L.R. (2d) 201; 20 C.E.L.R. (N.S.) 171; 202 N.R. 132 (F.C.A.); *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211; (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 280; 157 F.T.R. 123 (T.D.); *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511; (2004), 245 D.L.R. (4th) 33; [2005] 3 W.W.R. 419; 206 B.C.A.C. 52; 36 B.C.L.R. (4th) 282; 19 Admin. L.R. (4th) 195; 11 C.E.L.R. (3d) 1; [2005] 1 C.N.L.R. 72; 327 N.R. 53; 26 R.P.R. (4th) 1; 2004 SCC 73.

AUTHORS CITED

British Columbia Environmental Assessment Office. *Red Chris Porphyry Copper-Gold Project Assessment Report*, July 22, 2005, online <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_document_238_20678.html>.

Canadian Environmental Assessment Agency. *Guide to the Preparation of a Comprehensive Study for Proponents and Responsible Authorities*, online <http://www.ceaa.gc.ca/013/0001/0003/comps_e.htm>.

Canadian Environmental Assessment Agency. *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994.

APPLICATION for judicial review challenging the legality of decisions or actions taken by the Department of Fisheries and Oceans and Natural Resources Canada in conducting an environmental assessment of a mining project under the authority of the *Canadian Environmental Assessment Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

Lara Tessaro and *Ryan Fritsch* for applicant.

Ward Bansley and *Lorne D. Lachance* for respondents Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Natural Resources and Attorney General of Canada.

Brad Armstrong, Q.C., and *Jude Samson* for respondents Red Chris Development Company Ltd. and bcMetals Corporation.

SOLICITORS OF RECORD:

Sierra Legal Defence, Vancouver, for applicant.

DOCTRINE CITÉE

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Guide de préparation d'une étude approfondie à l'intention des promoteurs et des autorités responsables*, en ligne <http://www.ceaa.gc.ca/013/0001/0003/comps_f.htm>.

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale : Guide des autorités responsables*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1994.

British Columbia Environmental Assessment Office. *Red Chris Porphyry Copper-Gold Project Assessment Report*, 22 juillet 2005, en ligne <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_document_238_20678.html>.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant la légalité de décisions ou de mesures prises par le ministère des Pêches et des Océans et Ressources naturelles Canada en procédant à l'évaluation environnementale d'un projet minier sous le régime de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Lara Tessaro et *Ryan Fritsch* pour la demanderesse.

Ward Bansley et *Lorne D. Lachance* pour les défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles et le procureur général du Canada.

Brad Armstrong, c.r., et *Jude Samson* pour les défendeurs Red Chris Development Company Ltd. et bcMetals Corporation.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Sierra Legal Defence, Vancouver, pour la demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for respondents Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Natural Resources and Attorney General of Canada.

Lawson Lundell LLP, Vancouver, for respondents Red Chris Development Company Ltd. and bcMetals Corporation.

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

MARTINEAU J.:

I—INTRODUCTION

[1] Red Chris Development Company Ltd. (RCDC), a wholly owned subsidiary of bcMetals Corporation (bcMetals) (collectively the proponent), wishes to develop an open-pit mining and milling operation for the production of copper and gold in the form of copper concentrates from deposits located in northwestern British Columbia. This proposed mine development is known as the “Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Oproject” (the Project).

[2] MiningWatch Canada (the applicant) is a federally registered non-profit society. Functioning as a coalition of member organizations, the applicant is principally interested in the environmental, social, economic, health and cultural effects of mining, in particular its effects on indigenous peoples.

[3] The applicant challenges the legality of decisions or actions taken by the Department of Fisheries and Oceans (DFO) and Natural Resources Canada (NRCan) in conducting the environmental assessment (EA) of the Project under the purported authority of various provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, as amended (the CEAA).

[4] The Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of Natural Resources are represented in this proceeding by the Attorney General of Canada

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles et le procureur général du Canada.

Lawson Lundell LLP, Vancouver, pour les défendeurs Red Chris Development Company Ltd. et bcMetals Corporation.

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance et de l’ordonnance rendus par

LE JUGE MARTINEAU :

I—INTRODUCTION

[1] Red Chris Development Company Ltd. (RCDC), filiale en propriété exclusive de bcMetals Corporation (bcMetals) (collectivement, le promoteur), souhaite établir une exploitation d’extraction minière à ciel ouvert et une usine de concentration en vue de la production de cuivre et d’or, sous la forme de concentrés de cuivre, à partir de gisements situés dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique. Ce projet est connu sous le nom de « projet de mine de cuivre-or porphyrique Red Chris » (le projet).

[2] Mines Alerte Canada (la demanderesse) est une société à but non lucratif de droit fédéral. Agissant en tant que coalition d’organismes membres, la demanderesse s’intéresse principalement aux effets de l’exploitation minière sur les plans environnemental, social, économique, sanitaire et culturel, et notamment à ses effets sur les peuples autochtones.

[3] La demanderesse conteste la légalité d’une série de décisions ou de mesures prises par le ministère des Pêches et des Océans (MPO) et Ressources naturelles Canada (RNCAN) en procédant à l’évaluation environnementale (EE) du projet en se fondant sur le pouvoir censément conféré par diverses dispositions de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, et ses modifications (la LCEE).

[4] Le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Ressources naturelles sont représentés en l’espèce par le procureur général du Canada

(collectively the Crown). The proponent and the Crown are respondents in this judicial review application (collectively the respondents). The respondents support the decisions or actions taken by the DFO and NRCan (collectively the responsible authorities or the RAs).

[5] For the reasons below, I have decided to allow the present application. Current legislative and regulatory provisions mentioned in the present reasons for order are reproduced in Appendix “A”.

II—THE PROJECT

[6] The “Red Chris property” is the sole asset of RCDC and consists of mineral claims that cover an area of approximately 110 square km surrounding the proposed mine site. It is located within the Tahltan Nation traditional territory, in a sparsely populated area which is about 18 km southeast of the village of Iskut, 80 km south of Dease Lake and 450 km north of Smithers.

[7] More particularly, the proposed mine is situated on a terrace located on the Togadin Plateau on the boundary of two regional watersheds: the Klappan and Iskut River. The Project site is divided by White Rock Canyon Creek flowing into Coyote Creek and the Iskut River to the northwest; Quarry Creek, flowing into the Klappan River to the northeast; and the Trail Creek system draining to the south through Kluea and Todagin Lakes and the Iskut River.

[8] The Project falls within the Togadin Resource Management Zone of the Cassiar Iskut-Stikine Land and Resource Management Plan (CIS-LRMP), which recognizes mineral exploration, mine development and mine access as appropriate activities.

[9] The Project is based on the mill production rate of 30 000 tonnes of ore per day for sale to the export market, over a projected mine life of 25 years. The mine site would be accessed by a new long access road which

(collectivement, la Couronne). Le promoteur et la Couronne sont défendeurs dans la présente demande de contrôle judiciaire (collectivement, les défendeurs). Ces derniers sont en faveur des décisions ou des mesures prises par le MPO et RNCan (collectivement, les autorités responsables ou les AR).

[5] Pour les motifs qui suivent, j’ai décidé de faire droit à la présente demande. Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur qui sont mentionnées dans les présents motifs d’ordonnance sont reproduites à l’annexe « A ».

II—LE PROJET

[6] Le « terrain minier de Red Chris » est l’unique bien de RCDC et il est constitué d’une série de concessions minières couvrant une superficie d’environ 110 kilomètres carrés autour du site minier proposé. Cette propriété se trouve à l’intérieur du territoire traditionnel de la nation Tahltan, dans un secteur peu peuplé qui est situé à environ 18 km au sud-est du village d’Iskut, à 80 km au sud du lac Dease et à 450 km au nord de Smithers.

[7] Plus particulièrement, la mine proposée se trouve sur une terrasse située sur le plateau Togadin, à la limite de deux bassins hydrographiques régionaux : la rivière Klappan et la rivière Iskut. L’emplacement du projet est divisé par le ruisseau White Rock Canyon, qui s’écoule dans le ruisseau Coyote, ainsi que dans la rivière Iskut, au nord-ouest; par le ruisseau Quarry, qui s’écoule dans la rivière Klappan au nord-est; et par le système du ruisseau Trail, qui s’écoule vers le sud en passant par les lacs Kluea et Todagin et la rivière Iskut.

[8] Le projet se situe à l’intérieur de la zone de gestion des ressources de Togadin du Plan de gestion des ressources et des terres de Cassiar Iskut-Stikine (PGRT-CIS), qui reconnaît que l’exploration minière, l’exploitation minière et l’accès aux mines sont des activités appropriées.

[9] Le projet est fondé sur un taux de production de 30 000 tonnes de minerai par jour pour le marché d’exportation, et la durée prévue d’exploitation de la mine est de 25 ans. L’accès au site minier se ferait par

would intersect highway 37 on the south side by Coyote Creek. The 550 tonnes of concentrate produced per day at the mill would be transported to the deep-sea port of Stewart situated about 200 km to the south of the proposed development. The Project is expected to require 228 million in capital expenditures and would generate 250 direct full-time jobs.

[10] Apart from the Project, current or reasonable foreseeable projects and mining activities in this area include: the Galore Creek project, an open-pit mine that would process up to 60 000 tonnes per day of ore and produce up to 2 000 tonnes per day of gold-copper concentrate; the existing Tom McKay Lake waste rock and tailings project, near the Eskay Creek mine; the current and proposed Kemess North and existing Kemess South projects; and the Mount Klappan project.

[11] The power requirements for the Project are estimated at 37 megawatts (mw). Currently, the nearest existing source of power is BC Hydro's substation located at Meziadin Junction, approximately 220 km south of the proposed mine site. RCDC proposes the construction of a new power line that would run parallel to the proposed new mine access road and link with the anticipated BC Hydro power line. RCDC has made a commitment not to begin construction until there is a commitment by the Province to build the power line.

[12] The proposed mining operation is a conventional shovel and truck open-pit mine. Blast holes will be loaded with bulk explosives. Mine explosives would be stored in two separate areas close to the open pit. The explosives facilities would comprise a powder magazine, an emulsion tank with a 20 000 kg capacity, silos holding ammonium nitrate, and an explosives plant and garage (the explosives factory and magazine).

[13] It is expected that open-pit mining would continue at a rate of 10.95 million tonnes (mt) of ore per

une route nouvelle et longue, qui couperait la route n° 37 du côté sud, aux abords du ruisseau Coyote. Les 550 tonnes de concentré produites par jour à l'usine de concentration seraient transportées jusqu'au port en eau profonde de Stewart, qui se trouve à une distance d'environ 200 km au sud du projet de développement proposé. On s'attend à ce que ce dernier nécessite des dépenses d'immobilisation de 228 millions de dollars et qu'il génère 250 emplois directs à plein temps.

[10] Outre le projet, les activités minières et les projets actuels ou raisonnablement prévisibles dans cette région comprennent : le projet Galore Creek, une mine à ciel ouvert qui transformerait jusqu'à 60 000 tonnes de minerai par jour et qui produirait jusqu'à 2 000 tonnes par jour de concentrés de cuivre-or; l'actuel projet de déchets de roche et de résidus du lac Tom McKay, près de la mine d'Eskay Creek; le projet actuel et proposé de Kemess North et le projet existant de Kemess South; et le projet du mont Klappan.

[11] Les besoins en électricité du projet sont estimés à 37 mégawatts (MW). À l'heure actuelle, la source d'électricité la plus proche est la sous-station de BC Hydro, qui est située à Meziadin Junction, à une distance d'environ 220 km au sud du site minier proposé. RCDC propose de construire une nouvelle ligne de transport d'électricité qui serait parallèle à la nouvelle route d'accès à la mine qui est proposée, et qui serait raccordée à la ligne prévue de transport d'énergie de BC Hydro. RCDC a pris l'engagement de ne pas débiter les travaux de construction avant que la province s'engage à construire la ligne de transport d'électricité.

[12] L'exploitation minière proposée est une mine à ciel ouvert classique, à pelles et à camions. Les trous de mine seraient chargés d'explosifs en vrac. Les explosifs seraient stockés à deux endroits distincts, près de la mine à ciel ouvert. Les installations d'explosifs comporteraient une poudrière, un réservoir d'émulsion d'une capacité de 20 000 kg, des silos contenant du nitrate d'ammonium, ainsi qu'une fabrique d'explosifs et un garage (la fabrique d'explosifs et la poudrière).

[13] Les travaux d'exploitation à ciel ouvert se poursuivraient au rythme de 10,95 millions de tonnes (Mt) de

year for 17 years, after which low-grade ore recovered from the stockpile would be processed for the remaining eight years. Plant design would be based on a standard porphyry copper flow sheet employing Semi-Autogenous Grinding (SAG) and ball milling, flotation, regrinding, thickening and filtering to produce a concentrate for export with a moisture content of 8%. The Project would produce a total of 1.85 billion pounds of copper and 1,187,000 ounces of gold contained in concentrate.

[14] During the lifetime of the mine, the owner or operator would be depositing a deleterious substance (tailings) into a tailings impoundment area (TIA). The site proposed is in a Y-shaped valley approximately 3.5 km northeast of the Red Chris' deposit. Construction of three dams would be required at the south, north, and the northeast arms of the valley. The total catchment area for the tailings impoundment including diverted areas would be around 2700 ha. The total diverted area would be around 1100 ha.

[15] During operations, water from the TIA would be discharged into Quarry Creek and following closure, water would be discharged into the unnamed Creek below the Northeast Dam. Flows in Quarry Creek would likely increase by a predicted 119%. In the post-closure period, both water quantity and quality within Quarry Creek are predicted to return to pre-development conditions, as discharges from the TIA would then be released around the Northeast Dam into Northeast Arm Creek. Flow changes in the creek system downstream of the Northeast Dam are expected to be small during the mining operation but will increase substantially following closure due to the release of runoff water from the TIA through the Northeast Dam. In the post-closure period, the tailings impoundment overflow through the Northeast Dam is expected to increase the new annual discharge by 157%.

[16] The proposed TIA would adversely affect some fish habitat, watercourses and aquatic resources. The two beaver dam colonies within the TIA site would be

minéral par année pendant une période de 17 ans, après quoi le minéral de basse teneur récupéré de la pile de stockage serait transformé pendant les huit années suivantes. La conception des installations serait fondée sur un schéma de production de cuivre porphyrique standard, faisant appel à des opérations de broyage semi-autogène (SAG) et à boulets, de flottation, de rebroyage, d'épaississement et de filtrage, de façon à produire un concentré destiné à l'exportation comportant une teneur en humidité de 8 p.100. Le projet produirait en tout 1,85 milliard de livres de cuivre et 1 187 000 onces d'or sous forme de concentré.

[14] Pendant la durée d'exploitation de la mine, le propriétaire ou l'exploitant rejetterait une substance nocive (des résidus) dans un dépôt de résidus miniers (DRM). Le site proposé est une vallée en forme de Y, située à une distance d'environ 3,5 km au nord-est du gisement de Red Chris. Il serait nécessaire de construire trois barrages, aux bras sud, nord et nord-est de la vallée. Le bassin hydrographique total pour le dépôt de résidus miniers, y compris les secteurs dérivés, occuperait une surface d'environ 2 700 ha. La superficie dérivée serait en tout de 1 100 ha.

[15] Lors des opérations, l'eau provenant du DRM serait rejetée dans le ruisseau Quarry et, après la fermeture, dans le ruisseau sans nom qui se trouve en aval du barrage nord-est. Dans le ruisseau Quarry, le débit de l'eau augmenterait vraisemblablement de 119 p.100. Après la fermeture, tant la quantité que la qualité de l'eau du ruisseau Quarry sont censées revenir à ce qu'elles étaient avant le projet de mise en valeur, les décharges du DRM étant alors rejetées aux environs du barrage nord-est, dans le ruisseau Northeast Arm. En aval du barrage nord-est, les variations de débit du réseau de ruisseaux sont censées être minimales durant l'exploitation de la mine, mais elles augmenteraient de beaucoup après la fermeture, en raison du rejet des eaux de ruissellement du DRM par le barrage nord-est. On s'attend à ce que, après la fermeture, le débordement de l'accumulation de résidus par le barrage nord-est fasse augmenter de 157 p.100 la nouvelle décharge annuelle.

[16] Le DRM proposé aurait une incidence néfaste sur l'habitat de certains poissons, certains cours d'eau et certaines ressources aquatiques. Les deux colonies de

displaced from the TIA site during mine operations, as would mink, waterfowl and Western Toad, with the potential for their gradual return after reclamation of the site following mine closure. The water quality may also be affected by acid rock drainage and metal leaching (ARDS/ML), a natural geologic event caused by the oxidation of acid rocks. Subsequent metal leaching and acidic runoff may reduce local water quality in the receiving environment if management of materials and treatment of runoff is not undertaken.

[17] All waste rock generated by the Project would be placed within the north waste rock dump by the operator of the mine. The north dump has been sited by RCDC so that all drainage from the dumpsite would gravity-flow into the TIA during the mine's operation and life. The TIA would operate under a surplus water balance requiring the discharge of water to the receiving environment. Over the operating life of the mine (years 1 through 18) the amount of excess water to be discharged in the environment has been estimated by RCDC to average 6 million m³ per year (16 400 m³ per day). In the post-closure period, the amount of water to be discharged to the receiving environment would be 13 million m³ per year (35 600 m³ per day). RCDC would treat or otherwise manage the excess-tailings impoundment water to be released to the receiving environment, if necessary. During the mine's operation life, the excess water to be released from the proposed tailings impoundment would be discharged by pump and pipeline to the north of the impoundment into the upper reaches of Quarry Creek that drains toward the Klappan River.

III—REQUIREMENT OF AN ENVIRONMENTAL ASSESSMENT (EA)

A. Divided Authority

[18] The contemplated mine and mill, as well as associated works and activities related to the Project, all fall under the heads of local works and undertakings, property and civil rights, and matters of a purely local nature, and are thus under the jurisdiction of the

castors dont les barrages sont situés à l'intérieur du DRM seraient déplacées hors de ce dernier durant les opérations minières, comme le seraient le vison, la sauvagine et le Crapaud de l'Ouest, avec une possibilité de retour graduel une fois le site remis en état après la fermeture de la mine. Il est possible aussi que la qualité de l'eau soit affectée par l'exhaure de roches acides et la lixiviation des métaux (ERA/LM), un événement géologique naturel provoqué par l'oxydation des roches acides. La lixiviation des métaux et le ruissellement acide ultérieurs pourraient réduire la qualité de l'eau locale dans le milieu récepteur s'il n'y a pas de gestion des matières ni de traitement des eaux de ruissellement.

[17] Tous les déchets de roche que générerait le projet seraient déposés par l'exploitant de la mine dans le site de déchets de roches nord. RCDC a déterminé l'emplacement de ce site de façon à ce que toutes les eaux de drainage s'écoulent par gravité dans le DRM pendant l'exploitation et la durée de vie de la mine. Le DRM accuserait un bilan hydrique excédentaire, ce qui obligerait à rejeter de l'eau dans le milieu récepteur. RCDC a estimé que, pendant la durée d'exploitation de la mine (années 1 à 18), la quantité d'eau excédentaire à rejeter dans le milieu serait en moyenne de 6 millions de m³ par année (16 400 m³ par jour). Dans la phase post-fermeture, la quantité d'eau rejetée dans le milieu récepteur serait de 13 millions m³ par année (35 600 m³ par jour). RCDC traiterait ou générerait par ailleurs l'eau excédentaire provenant du dépôt de résidus miniers qui serait rejetée dans le milieu récepteur, au besoin. Pendant la durée d'exploitation de la mine, l'eau excédentaire à rejeter à partir du dépôt de résidus miniers proposé serait rejetée par pompes et par pipeline au nord du dépôt dans les parties supérieures du ruisseau Quarry, qui s'écoule vers la rivière Klappan.

III—L'OBLIGATION DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE (EE)

A. Compétence partagée

[18] La mine et l'usine de concentration envisagées, de même que les ouvrages et les activités connexes liés au projet, tombent tous sous les chefs des travaux et des entreprises d'une nature locale, de la propriété et des droits civils ainsi que des matières d'une nature

Province of British Columbia (subsections 92(10), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (the *Constitution Act, 1867*)).

[19] However, the effect of the Supreme Court decision in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, is to confer on Parliament the power to provide for an environmental impact assessment in any matter within federal jurisdiction. This includes, among other matters, navigation (subsection 91(10)), fisheries (subsection 91(12)), federal public lands and Indian reserves (subsections 91(1A) and 91(24)), international and interprovincial rivers, interprovincial and international transportation and communication (paragraph 92(10)(a)), and the activities of industries within federal jurisdiction (section 91, opening words and paragraphs 92(10)(a), (b) and (c)).

[20] Indeed, in *Friends of the Oldman River Society*, above, the dam on the Oldman River had an effect on navigable waters, fisheries and lands reserved for the Indians (there was an Indian reserve downstream from the dam site). These effects justified a wide-ranging environmental assessment encompassing the impact of the dam on those three subject matters, as well as any other federal matters that turned out to be implicated. Parliament had the power to provide for an environmental assessment as an incident of any institution or activity that was otherwise within federal jurisdiction. Moreover, “the scope of the assessment is not confined to the particular head of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility” (emphasis added) [at pages 72-73]. On the other hand, the Province also had authority to provide for environmental impact assessment of the project, both under provincial powers over natural resources and property and civil rights and also by virtue of its power to spend money.

purement locale, et relèvent donc de la compétence de la province de la Colombie-Britannique (paragraphe 92(10), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (la *Loi constitutionnelle de 1867*)).

[19] Cependant, la décision que la Cour suprême a rendue dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 a pour effet de conférer au Parlement le pouvoir de faire réaliser une étude d’impact sur l’environnement dans n’importe quelle matière relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Cela inclut, notamment : la navigation (paragraphe 91(10)); les pêcheries (paragraphe 91(12)); les terres publiques fédérales et les réserves indiennes (paragraphe 91(1A) et 91(24)); les cours d’eau internationaux et interprovinciaux; les communications et les transports interprovinciaux et internationaux (alinéa 92(10)a); de même que les activités des industries relevant de la compétence du gouvernement fédéral (article 91, introduction, ainsi que les alinéas 92(10)a, b) et c)).

[20] En fait, dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society*, précité, le barrage situé sur la rivière Oldman avait des effets sur les eaux navigables, les pêches et les terres réservées aux Indiens (il y avait une réserve indienne en aval du site du barrage). Ces effets justifiaient la tenue d’une évaluation environnementale de grande envergure englobant l’impact du barrage sur ces trois matières, ainsi que sur n’importe quelle autre matière fédérale qui s’avérait être en cause. Le Parlement était habilité à faire réaliser une évaluation environnementale à titre d’élément accessoire d’une institution ou d’une activité qui relevait par ailleurs de la compétence du gouvernement fédéral. En outre, « l’étendue de l’évaluation n’est pas limitée au domaine particulier de compétence à l’égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions » (non souligné dans l’original) [aux pages 72 et 73]. En revanche, la province avait également le pouvoir de soumettre le projet à une évaluation environnementale, en vertu, d’une part, des pouvoirs provinciaux sur les ressources naturelles ainsi que sur la propriété et les droits civils et, d’autre part, de son

[21] That being said, the criminal law power under subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867* provides broad power to Parliament to prohibit activities that are harmful to the environment. This power has been used to uphold the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, which establishes a regulatory structure for the identification and control of toxic substances (*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213).

B. Particular Aspects

(1) Protection of fish habitat

[22] In the present case, the proposed mine development contemplates the construction of barriers and seepage dams, water supply and associated works, and of a tailings management facility as well as a water diversion system. This attracts Parliament's jurisdiction over water resources and fisheries. Indeed, the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, as amended (the *Fisheries Act*) deals with the protection of fisheries and fish habitat. The two primary sections of the *Fisheries Act* that deal with environmental protection are section 35, protecting fish habitat and subsection 36(3), prohibiting the deposit of any "deleterious substance" in water frequented by fish unless the deposit is authorized by regulations made by the Governor in Council.

[23] Apart from the contemplated harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat (HADD), which requires an authorization from the Minister of Fisheries and Oceans pursuant to subsection 35(2) of the *Fisheries Act*, once the mine and mill will be in operation, deleterious substances (tailings) are likely to be deposited in water frequented by fish. The metals will come from milling operations, and from the precipitation runoff and groundwater draining through the north waste dump and across and through the exposed rock and the open-pit walls.

pouvoir de dépenser des fonds.

[21] Cela dit, la compétence en matière criminelle que prévoit le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le vaste pouvoir d'interdire des activités qui sont nocives pour l'environnement. Ce pouvoir a servi à confirmer la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16, qui établit une structure réglementaire pour la détermination et le contrôle des substances toxiques (*R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213).

B. Aspects particuliers

1) La protection de l'habitat du poisson

[22] En l'espèce, le projet de développement minier envisage la construction de barrières et de barrages anti-infiltration, de systèmes d'alimentation en eau et d'ouvrages connexes, ainsi que d'une installation de gestion des résidus et d'un système de dérivation de cours d'eau. Cela met en cause la compétence du gouvernement fédéral sur les ressources halieutiques et les pêches. En fait, la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, et modifications (la *Loi sur les pêches*), traite de la protection des pêches et de l'habitat du poisson. Les deux principales dispositions de la *Loi sur les pêches* qui portent sur la protection de l'environnement sont l'article 35, qui protège l'habitat du poisson, et le paragraphe 36(3), qui interdit de déposer une « substance nocive » dans des eaux où vivent des poissons sauf si le dépôt en question est autorisé par des règlements pris par le gouverneur en conseil.

[23] À part la détérioration, la destruction ou la perturbation (DDP) prévue de l'habitat du poisson, qui requièrent une autorisation du ministre des Pêches et des Océans en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, une fois que la mine et l'usine de concentration seront exploitées, des substances nocives (des résidus) seront vraisemblablement déposées dans les eaux que fréquentent des poissons. Les métaux proviendront des opérations de concentration, ainsi que du ruissellement pluvial et des eaux souterraines s'écoulant du site de déchets nord de même que des roches exposées et des parois des puits de mine à ciel ouvert.

[24] Moreover, over time, a significant proportion of the waste rock in the north waste dump and in the exposed wall rock is expected to become acidic, generating increased concentrations of metal contaminants that will require treatment to produce an acceptable quality of effluent for release to receiving waters.

[25] The *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222, as amended (the MMER) applies in respect of mines that exceed the threshold of an effluent flow rate of 50 m³ per day and deposit a “deleterious substance” in any water or place referred to in subsection 36(3) of the *Fisheries Act* (subsection 2(1) of the MMER). The substances are set out in column 1 of Schedule 4 of the MMER and any acutely lethal effluent is prescribed as deleterious substances.

[26] Subsection 1(1) of the MMER defines an “effluent” as “an effluent—mine water effluent, milling facility effluent, tailings impoundment area effluent, treatment pond effluent, treatment facility effluent other than effluent from a sewage treatment facility, seepage and surface drainage—that contains a deleterious substance.” Pursuant to section 4 of the MMER, the deposit of the deleterious substance in an effluent must not exceed certain levels of concentration and the deposit is conditional on the owner or operator complying with sections 6 to 27 of the MMER which prescribes effluent monitoring conditions. In the present case, RCDC recognizes that the MMER would apply and that monitoring will be necessary under the MMER if the Project is carried forward.

[27] In particular, section 6 of the MMER prohibits an owner or operator of a mine to combine an effluent with water or any other effluent for the purpose of diluting the effluent before it is deposited. However, the prohibition mentioned at section 6 of the MMER does not apply, and the owner or operator of a mine may deposit or permit the deposit of waste rock on an effluent that contains any concentration of deleterious substance into a TIA that is a water or place set out in Schedule 2 of the MMER. Again, such authority to

[24] En outre, on s’attend à ce que, à la longue, une part importante des déchets de roche présents dans le site de déchets nord et dans les parois exposées s’acidifie, générant ainsi des concentrations accrues de contaminants métalliques qu’il sera nécessaire de traiter en vue d’obtenir, pour les effluents qui seront rejetés dans les eaux réceptrices, une qualité acceptable.

[25] Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222, et modifications, (le REMM) s’applique aux mines qui excèdent un débit d’effluent de 50 m³ par jour et qui rejettent une « substance nocive » dans les eaux ou les lieux visés au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* (paragraphe 2(1) du REMM). Les substances en question sont indiquées à la colonne 1 de l’annexe 4 du REMM, et tout effluent à létalité aiguë est qualifié de substance nocive.

[26] Le paragraphe 1(1) du REMM définit comme suit le mot « effluent » : « Effluent—effluent d’eau de mine, effluent d’installations de préparation du minerai, effluent de dépôts de résidus miniers, effluent de bassins de traitement, effluent d’installations de traitement, à l’exclusion de l’effluent d’installations de traitement d’eau résiduaires, eaux d’exfiltration et eaux de drainage superficiel—qui contient une substance nocive ». Aux termes de l’article 4 du REMM, le rejet d’une substance nocive dans un effluent ne doit pas dépasser certaines limites de concentration, et ce rejet est subordonné au fait que le propriétaire ou l’exploitant se conforme aux articles 6 à 27 du REMM, lesquels prescrivent les conditions relatives à la surveillance des effluents. En l’espèce, RCDC reconnaît que le REMM s’appliquerait et qu’il sera nécessaire de procéder à une surveillance en vertu de ce dernier s’il est donné suite au projet.

[27] En particulier, l’article 6 du REMM interdit au propriétaire ou à l’exploitant d’une mine de combiner un effluent avec de l’eau ou avec tout autre effluent dans le but de le diluer avant son rejet. Cependant, l’interdiction mentionnée à l’article 6 du REMM ne s’applique pas, et le propriétaire ou l’exploitant d’une mine peut rejeter ou permettre que soient rejetés des déchets de roche dans un effluent qui contient n’importe quelle concentration d’une substance nocive dans un DRM qui est un plan d’eau ou un lieu mentionné à l’annexe 2 du REMM. Là

deposit will be conditional on the owner or operator complying with sections 7 to 28 of the MMR.

[28] In British Columbia, there are three TIAs currently mentioned in Schedule 2 of the MMR: South Kemess Creek; Albino Lake and Tom McKay Lake. Therefore, an amendment by the Governor in Council will be required to add the headwaters of Trail Creek as a TIA.

[29] Moreover, section 27.1 [as enacted by SOR/2006-239, s.14] of the MMR (which came into force on October 3, 2006), obliges the owner or operator of the mine to prepare a habitat “compensation plan” for approval by the Minister of Fisheries and Oceans. The purpose of a habitat compensation plan is to offset the loss of fish habitat resulting from the deposit of a deleterious substance into the TIA. The basis of this requirement is DFO’s “Policy for the Management of Fish Habitat” (1988). Key to this policy is the principle of “no net loss” with regard to works and undertakings. This policy has been applied to mining projects since 1986, and habitat compensation agreements have been negotiated for a number of mining projects.

(2) Air-borne contaminants and other environmental risks

[30] In the case at bar, potential sources of air-borne contaminants from the Project include the construction and operation of the TIA and the explosives factory. Indeed, in its material submitted to the provincial and federal authorities, RCDC has identified air contaminants generated by construction equipment, drilling, blasting, loading, hauling and grading associated with construction of the tailings dams.

[31] Environmental effects pertaining to the explosives factory and magazine are general safety concerns, effluent management, waste handling, spill contingency and malfunction and accidents. The

encore, cette autorisation de rejeter une substance nocive est subordonnée au fait que le propriétaire ou l’exploitant se conforme aux articles 7 à 28 du REMM.

[28] En Colombie-Britannique, il y a trois DRM qui sont actuellement mentionnés à l’annexe 2 du REMM : le ruisseau South Kemess, le lac Albino et le lac Tom McKay. Il sera donc nécessaire d’obtenir une modification de la part du gouverneur en conseil afin d’ajouter les eaux d’amont du ruisseau Trail à la liste des DRM.

[29] En outre, l’article 27.1 [édicte par DORS/2006-239, art. 14] du REMM (qui est entré en vigueur le 3 octobre 2006) oblige le propriétaire ou l’exploitant de la mine à dresser un « plan compensatoire » à soumettre à l’approbation du ministre des Pêches et des Océans. Ce plan a pour but de contrebalancer la perte d’habitat du poisson consécutive au rejet de substances nocives dans le DRM. Cette exigence est fondée sur la « Politique de gestion de l’habitat du poisson (1988) » du MPO dont un élément capital est le principe de la « perte nette nulle » en ce qui concerne les ouvrages et les entreprises. Cette politique s’applique aux projets miniers réalisés depuis 1986, et des ententes de compensation en matière d’habitats ont été négociées pour un certain nombre de projets miniers.

2) Les contaminants atmosphériques et autres risques pour l’environnement

[30] En l’espèce, les sources potentielles de contaminants atmosphériques issues du projet comprennent la construction et l’exploitation du DRM ainsi que la fabrique d’explosifs. En fait, dans les documents qu’elle a présentés aux autorités provinciales et fédérales, RCDC a identifié les contaminants atmosphériques que généreraient le matériel de construction ainsi que les opérations de forage, de dynamitage, de chargement, de transport et de nivelage associées à la construction des bassins de retenue des résidus.

[31] Les effets environnementaux liés à la fabrique d’explosifs et à la poudrière sont des préoccupations de sécurité générales, la gestion des effluents, la manutention des déchets, les situations d’urgence

explosives factory also has associated exhaust gases and potential fugitive dust generated during construction by bulldozing, levelling, hammering, lifting and hauling equipment.

[32] Furthermore, licences will be required for the explosives factory and magazine contemplated in the Project. Under federal statutory law, the Minister of Natural Resources may issue licences for factories and magazines under paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act*, R.S.C., 1985, c. E-17, as amended (the *Explosives Act*). The Explosives Regulatory Division (ERD) within NRCan also issues mechanical ammonium nitrate fuel oil (AN/FO) certificates, which are granted to companies producing AN/FO with powered equipment to be discharged directly into a borehole at a specified location, mine or quarry owned by the company to which the certificate is issued.

(3) Endangered species

[33] In 2002, Parliament adopted comprehensive legislation binding on Her Majesty in right of Canada or a province to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct, to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity; and to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened: the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, as amended (SARA), sections 5 and 6.

[34] Pursuant to subsection 79(1) of the SARA, every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an EA of a project is conducted, must notify the Minister of the Environment that a project is likely to affect a listed wildlife species or its initial habitat.

[35] In the case at bar, such notice was given to the Minister of the Environment by DFO in February 2005. In this regard, the Western Toad, found within the

causées par un déversement, ainsi que les défaillances du matériel et les accidents. La fabrique d'explosifs comporte aussi des gaz d'échappement et d'éventuelles poussières diffuses imputables, lors des travaux de construction, au matériel de bulldozage, de nivellement, de martelage, de levage et de transport.

[32] En outre, il sera nécessaire d'obtenir des permis pour la fabrique d'explosifs et pour la poudrière envisagées dans le projet. Sous le régime de la loi fédérale, le ministre des Ressources naturelles peut délivrer des permis pour les fabriques et les poudrières en vertu de l'alinéa 7(1)a) de la *Loi sur les explosifs*, L.R.C. (1985), ch. E-17, et modifications (la *Loi sur les explosifs*). La Division de la réglementation des explosifs (la DRE) de RNCan délivre elle aussi des certificats de mélange mécanique de nitrate d'ammonium et de fuel-oil (ANFO) aux entreprises qui produisent de l'ANFO au moyen d'équipement mécanique en vue de sa décharge directe dans un trou de forage situé dans un lieu, une mine ou une carrière spécifié, qui est la propriété de l'entreprise détentrice du certificat.

3) Les espèces en péril

[33] En 2002, le Parlement a adopté une législation exhaustive liant Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province en vue de prévenir la disparition des espèces sauvages, de permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues, en voie de disparition ou menacées et de favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées : la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, et modifications (LEP), articles 5 et 6.

[34] Aux termes du paragraphe 79(1) de la LEP, toute personne tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet, notifie le ministre de l'Environnement qu'un projet est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat initial.

[35] En l'espèce, le MPO a fait cette notification au ministre de l'Environnement en février 2005. À cet égard, le Crapaud de l'Ouest, dont l'habitat se trouve

proposed TIA site, is listed in Schedule 1 of SARA.

[36] Accordingly, pursuant to subsection 79(2), the RAs must ensure that measures are taken to avoid or lessen those effects and to monitor them. Further, these measures must be taken in a manner that is consistent with any applicable recovery strategy and actions plans.

C. Triggers to the EA of the Project

[37] In the case at bar, the Project is subject to the requirement of an EA under both the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, as amended (the provincial Act [or the EAA]) and the CEAA.

(1) Provincial triggers

[38] For the purposes of the present judicial review application, it is not necessary to undergo a detailed analysis of all relevant provisions of the provincial Act except to note that under section 8 of same, an environmental assessment certificate is required before a “reviewable project” can proceed.

[39] Indeed, RCDC’s proposal to construct, operate, dismantle and abandon the Project constitutes a reviewable project, as contemplated by Part 3 of the *Reviewable Projects Regulation*, B.C. Reg. 370/2002, as amended, because the proposed copper-gold mine is a new facility with a production capacity of greater than 75 000 tonnes per year of mineral ore.

[40] An environmental assessment certificate under the EAA; a permit under the *Mines Act*, R.S.B.C. 1996, c. 293, as amended (the MA); a special use permit under the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, as amended (the FPC); and a licence to cut under the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, as amended (the FA) must be delivered or issued by the responsible provincial authorities for the purpose of enabling the Project to be carried out in whole or in part.

notamment dans le DRM proposé, est inscrit à l’annexe 1 de la LEP.

[36] Par conséquent, aux termes du paragraphe 79(2), les AR doivent veiller à ce que des mesures compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d’action applicable soient prises en vue d’éviter ces effets ou de les amoindrir et les contrôler.

C. Déclencheurs de l’EE du projet

[37] En l’espèce, le projet est soumis à l’obligation de réaliser une EE, en application, d’une part, de l’*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, ch. 43, et modifications (la Loi provinciale [ou l’EAA]), et d’autre part, de la LCEE.

1) Les déclencheurs provinciaux

[38] Pour les besoins de la présente demande de contrôle judiciaire, il n’est pas nécessaire de soumettre à une analyse détaillée toutes les dispositions applicables de la Loi provinciale, sinon pour signaler qu’aux termes de cette dernière, il est nécessaire d’obtenir un certificat d’évaluation environnementale avant qu’un [TRADUCTION] « projet sujet à examen » puisse aller de l’avant.

[39] En fait, la proposition de RCDC de construire, d’exploiter, de démanteler et de fermer le projet constitue un projet sujet à examen, ainsi que l’envisage la partie 3 du *Reviewable Projects Regulation*, B.C. Reg. 370/2002, et modifications, car la mine de cuivre-or proposée est une installation nouvelle, dont la capacité de production est supérieure à 75 000 tonnes par année de minerai.

[40] Un certificat d’évaluation environnementale en vertu de l’EAA, un permis délivré en vertu de la *Mines Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 293, et modifications (la MA), un permis d’utilisation spéciale en vertu du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, et modifications (le FPC), ainsi qu’un permis de coupe en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, et modifications (la FA), doivent être délivrés ou émis par les autorités provinciales compétentes pour que le projet puisse être mis en œuvre en tout ou en partie.

(2) Federal triggers

[41] Under federal law, pursuant to subsection 5(1) of the CEAA, an EA is required for a “project” if a “federal authority” is the proponent of the project; provides financial assistance to enable the project to be carried out; administers federal lands or transfers the administration and control of those lands to a province for the purpose of enabling the project to be carried out; or issues a prescribed permit or licence or grants a prescribed approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

[42] However, an EA is not required under section 5 of the CEAA where the project is described in the “exclusion list” (EL) found in the *Exclusion List Regulations*, SOR/94-634, as amended (the ELR), made under paragraph 59(c)(ii) [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 29] of the CEAA (see section 7 [as am. *idem*, s. 3] of the CEAA). The EL applies to the following general areas: agriculture; electrical and nuclear energy; oil and gas pipelines; forestry; water projects; transportation; national parks; national parks reserves; national historic sites; and historic canals. The EL exempts projects with insignificant environmental effects from EAs. The project is not mentioned on the EL.

[43] As can be seen, an EA under the CEAA can only be conducted with respect to a “project” and there must be a “federal authority” involved. Both of these conditions are met in the present case.

(a) Definition of “project”

[44] The Project has been fully described in the preceding section of the present reasons (see above, II—The Project). To summarize, the Project comprises the following undertakings: two open pits; a mine camp, maintenance shop and associated works; a processing plant; a TIA and associated-water diversion system; waste rock dump and low grade ore stockpiles; an explosives factory and magazine; water supply and

2) Les déclencheurs fédéraux

[41] Sous le régime de la loi fédérale, aux termes du paragraphe 5(1) de la LCEE, l’EE d’un « projet » est réalisée avant l’exercice d’une des attributions suivantes : une « autorité fédérale » en est le promoteur, elle accorde une aide financière pour aider à mettre en œuvre le projet, elle administre le territoire domanial ou en cède l’administration et le contrôle à une province en vue de la mise en œuvre du projet en question, ou elle délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

[42] Cependant, une EE n’est pas exigée aux termes de l’article 5 de la LCEE si le projet est décrit dans la « liste d’exclusion » (LE) que comporte le *Règlement sur la liste d’exclusion*, DORS/94-634, et modifications (le RLE), pris en vertu de l’alinéa 59c)(ii) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 29] de la LCEE (voir l’article 7 [mod., *idem*, art. 3] de la LCEE). La LE s’applique aux domaines généraux suivants : l’agriculture, l’électricité et l’énergie nucléaire, les oléoducs et les gazoducs, l’exploitation forestière, les aménagements hydrauliques, les transports, les parcs nationaux, les réserves de parc national, les lieux historiques nationaux ainsi que les canaux historiques. La LE dispense les projets dont les effets environnementaux sont négligeables de l’obligation de subir une EE. Le projet dont il est question en l’espèce n’est pas mentionné dans la LE.

[43] Comme on peut le voir, l’exécution d’une EE en vertu de la LCEE ne peut avoir lieu qu’à l’égard d’un « projet », et il faut qu’il y ait une « autorité fédérale » en cause. En l’espèce, ces deux conditions sont remplies.

a) La définition d’un « projet »

[44] Le projet dont il est question en l’espèce a été décrit en détail à la section précédente des présents motifs (voir la section II—Le projet). En résumé, le projet comporte les entreprises suivantes : deux mines à ciel ouvert, un camp minier, un atelier d’entretien et les ouvrages connexes, une usine de transformation, un DRM et le système de dérivation de cours d’eau connexe, un dépôt de déchets de roche et des piles de

associated works; any off-site or on-site compensation or mitigation projects as may be required; a new access and haul road and related infrastructure; a new power line; any other physical works on facility activities included in constructing, operating and decommissioning the above facilities.

[45] In relation to a “physical work”, subsection 2(1) of the CEAA defines a “project” [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 18(F)] as being “any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work” (emphasis added). Moreover, a project can also be “any proposed physical activity not relating to a physical work that is prescribed or is within a class of physical activities that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(b)” (emphasis added). The Project comes within the scope of the definition of “project” found in subsection 2(1) of the CEAA.

[46] In this regard, the *Inclusion List Regulations*, SOR/94-637, as amended (the ILR), made pursuant to paragraph 59(b) of the CEAA, sets out those physical activities and classes of physical activities not relating to physical works which, nonetheless, must be considered as a “project”. The broad areas to which the ILR applies include: national parks and protected areas; oil and gas projects; nuclear and related facilities; defence; transportation; waste management; fisheries; flora and fauna; projects on Aboriginal lands; northern projects (Yukon and Northwest Territories); and forests. Part VII of the schedule entitled “Physical activities and classes of physical activities” (the IL [inclusion list]) deals with “fisheries”.

[47] More particularly, the IL applies to a number of activities carried out in the water body or adjacent to a water body, which includes: (1) the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat (HADD) by means of physical activities, or by means of draining or

stockage de minerai de basse teneur, une fabrique d’explosifs et une poudrière, un système d’approvisionnement en eau et les ouvrages connexes, les projets d’atténuation ou de compensation hors site ou sur le site qui peuvent être nécessaires, une nouvelle route d’accès et de transport ainsi que l’infrastructure connexe, une nouvelle ligne de transport d’électricité, ainsi que les autres ouvrages ou activités entrant en ligne de compte dans la construction, l’exploitation et la désaffectation des installations susmentionnées.

[45] En ce qui concerne un « ouvrage », le paragraphe 2(1) de la LCEE définit un « projet » [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18(F)] comme étant la « Réalisation —y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture— d’un ouvrage » (non souligné dans l’original). Par ailleurs, un projet peut aussi être une « proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignées par règlement aux termes de l’alinéa 59b) » (non souligné dans l’original). Le projet dont il est question en l’espèce tombe sous le coup de la définition d’un projet que donne le paragraphe 2(1) de la LCEE.

[46] À cet égard, le *Règlement sur la liste d’inclusion*, DORS/94-637, et modifications (le RLI), pris en vertu de l’alinéa 59b) de la LCEE, énumère les activités concrètes et les catégories d’activités concrètes non liées à un ouvrage qui, néanmoins, doivent être considérées comme un « projet ». Les vastes secteurs auxquels s’applique le RLI comprennent les suivants : les parcs nationaux et les zones protégées, les projets pétroliers et gaziers, les établissements nucléaires et les établissements connexes, la défense, les transports, la gestion des déchets, les pêches, la flore et la faune, les projets sur des terres autochtones, les projets dans le Nord (Yukon et Territoires du Nord-Ouest), ainsi que les forêts. La partie VII de l’annexe, intitulée « Activités concrètes et catégories d’activités concrètes » (la IL [liste d’inclusion]), porte sur les « pêches ».

[47] Plus précisément, la LI s’applique à un certain nombre d’activités menées dans un plan d’eau ou à côté de ce dernier, soit, notamment : 1) la détérioration, la destruction ou la perturbation (DDP) de l’habitat du poisson par des activités concrètes, ou par le vidage

altering the water levels of a water body, or by means of erosion control measures, that require the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act*; and (2) the deposit of a deleterious substance in an effluent that requires authorization under regulations made by the Governor in Council pursuant to subsection 36(5) of the *Fisheries Act* (see sections 42 to 47 of the schedule to the ILR [s. 46.1 (as enacted by SOR/99-436, s. 14)]). Accordingly, any such physical activities contemplated in the Project are covered by the IL, and thus come under the ambit of the CEEA.

(b) Federal authority

[48] In the case at bar, no federal authority is the proponent of the Project or provides financial assistance to enable the Project to be carried out. However, as explained below, at least two federal authorities, DFO and NRCan, must take certain regulatory actions in order to permit the Project to be carried out in whole or in part. Subsection 5(2) of the CEEA further makes it clear that an EA is also required before the Governor in Council issues a prescribed permit or licence or grants a prescribed approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

[49] In this regard, the *Law List Regulations*, SOR/94-636, as amended (the LLR) made pursuant to paragraphs 59(f) [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 29] and (g) of the CEEA, lists the provisions of any Act of Parliament or any regulation made pursuant to any Act of Parliament that confer powers, duties or functions on federal authorities or the Governor in Council (Cabinet), the exercise of which requires an EA under paragraph 5(1)(d) or subsection 5(2) of the CEEA. This list is exhaustive, not open, and therefore any powers, duties or functions found outside the law list will not require an EA.

[50] In the case at bar, an EA is mandatory under paragraphs 5(1)(d) and 5(2)(a) of the CEEA because the

d'un plan d'eau ou la modification de son niveau d'eau, ou par des mesures de contrôle de l'érosion le long d'un plan d'eau, qui nécessitent l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, et 2) le rejet dans un effluent d'une substance nocive qui nécessite l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches* (voir les articles 42 à 47 de l'annexe du RLI [art. 46.1 (édicte par DORS/99-436, art. 14)]). Par conséquent, toutes les activités concrètes qui sont envisagées dans le projet sont visées par la LI, et tombent donc sous le coup de la LCEE.

b) La compétence fédérale

[48] En l'espèce, aucune autorité fédérale n'est le promoteur du projet ou n'accorde une aide financière en vue d'aider à mettre en œuvre le projet. Cependant, comme il est expliqué ci-après, au moins deux autorités fédérales, le MPO et RNCAN, sont tenues de prendre certaines mesures réglementaires pour que le projet puisse être mis en œuvre en tout ou en partie. Le paragraphe 5(2) de la LCEE indique clairement, par ailleurs, qu'il est obligatoire de procéder à une EE avant que le gouverneur en conseil délivre un permis ou une licence, qu'il accorde une approbation ou qu'il prenne une autre mesure quelconque afin que le projet puisse être réalisé en tout en ou partie.

[49] À cet égard, le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, DORS/94-636, et modifications (le RDLRD), pris en vertu des alinéas 59f) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 29] et g) de la LCEE, énumère les dispositions législatives et réglementaires fédérales prévoyant les attributions des autorités fédérales et du gouverneur en conseil (le Cabinet) dont l'exercice exige la tenue d'une EE en vertu de l'alinéa 5(1)d) ou du paragraphe 5(2) de la LCEE. Cette liste est exhaustive et non ouverte et, par conséquent, toutes les attributions non inscrites dans la liste des dispositions législatives et réglementaires désignées n'exigent pas une EE.

[50] En l'espèce, une EE est obligatoire aux termes des alinéas 5(1)d) et 5(2)a) de la LCEE parce que le

Project requires: (1) an authorization from the Minister of Fisheries and Oceans pursuant to subsection 35(2) of the *Fisheries Act* for the HADD of fish habitat; (2) the issuance of a licence by the Minister of Natural Resources under paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act* for the contemplated explosives factory and magazine; and (3) an amendment by the Governor in Council of Schedule 2 of the MMER taken under the authority of subsection 36(5) of the *Fisheries Act* to include the headwaters of Trail Creek as a TIA (see Schedule I, Part I, items 5 and 6 and Schedule II, item 5 of the LLR).

D. EA Process under the CEAA

[51] In conducting an EA under the provisions of the CEAA, the Government of Canada, the Minister of the Environment, the Canadian Environmental Assessment Agency (the Agency), and all bodies subject to the provisions of this Act, including federal authorities and RAs, shall exercise their powers in a manner that protects the environment and human health and applies the precautionary principle.

[52] In this regard, an RA shall not exercise any power or perform any duty or function referred to in section 5 of the CEAA in relation to a project unless it takes a “course of action” pursuant to paragraph 20(1)(a) [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 11] or 37(1)(a) [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 29(F); 2003, c. 9, s. 17] of the CEAA (subsection 11(2) of the CEAA). The CEAA is binding on Her Majesty in right of Canada or a province (section 3 of the CEAA).

[53] Where there are two or more RAs in relation to a project, as in the case at bar, they must together determine the manner in which to perform their duties and functions and follow the procedures set out in the *Regulations Respecting the Coordination by Federal Authorities of Environmental Assessment Procedures and Requirements*, SOR/97-181 (subsection 12(1) and paragraph 59(a) [as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 5] of the CEAA).

projet nécessite : 1) une autorisation du ministre des Pêches et des Océans en application du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* pour ce qui est de la DDP de l’habitat du poisson, 2) la délivrance d’un permis par le ministre des Ressources naturelles en application de l’alinéa 7(1)a) de la *Loi sur les explosifs* pour la fabrique d’explosifs et la poudrière envisagées, et 3) une modification, par le gouverneur en conseil, de l’annexe 2 du REMM pris sous le régime du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches* en vue d’inclure les eaux d’amont du ruisseau Trail dans la liste des DRM (voir l’annexe I, partie I, articles 5 et 6, ainsi que l’annexe II, article 5 du RDLRD).

D. Le processus d’EE que prévoit la LCEE

[51] En procédant à une EE en application des dispositions de la LCEE, le gouvernement du Canada, le ministre de l’Environnement, l’Agence canadienne d’évaluation environnementale (l’Agence), de même que tous les organismes assujettis aux dispositions de cette Loi, dont les autorités fédérales et les AR, doivent exercer leurs pouvoirs d’une manière qui protège l’environnement et la santé humaine et qui fait appel au principe de précaution.

[52] À cet égard, une AR ne peut exercer les attributions mentionnées à l’article 5 de la LCEE en rapport avec un projet que si elle prend une « mesure » visée à l’alinéa 20(1)a) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 11] ou 37(1)a) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 29(F); 2003, ch. 9, art. 17] de la LCEE (paragraphe 11(2) de la LCEE). La LCEE lie Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province (article 3 de la LCEE).

[53] Lorsque deux AR ou plus sont en cause dans un projet, comme c’est le cas en l’espèce, ces dernières doivent déterminer ensemble la façon d’exécuter leurs obligations et leurs fonctions et se conformer aux procédures énoncées dans le *Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d’évaluation environnementale*, DORS/97-181 (paragraphe 12(1) et alinéa 59a) [mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 5] de la LCEE).

[54] A federal environmental assessment coordinator will coordinate the participation of federal authorities in the environmental assessment process for a project where a screening or comprehensive study is or might be required and to facilitate communication and cooperation among them and with provinces (section 12.1 [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 7] of the CEAA). In the case at bar, the federal environmental assessment coordinator for the Project was the Agency (sections 12.4 [as enacted *idem*] and 61 of the CEAA).

[55] Every federal authority that is in possession of specialist or expert information with respect to a project shall, on request, make available information or knowledge to the RA (subsection 12(3) of the CEAA). In this case at bar, Environment Canada and Health Canada, as expert federal authorities, provided expert advice to the RAs. More particularly, advice was received from Environment Canada on water quality, hydrology, wildlife, climate, air quality and potential malfunctions and accidents. Expert advice was received on health matters from Health Canada.

[56] Some clarification must be made with respect to the content of Schedule 2 of the MMER and the role of the federal authorities involved in the EA of the Project. In this case, prior to any action by the Governor in Council under the MMER, the RAs shall consider the applicable reports and comments referred to in sections 20 [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 11] and 32 [as am. *idem*, s. 15(F)] of the CEAA, and make their recommendations to the Cabinet accordingly.

[57] That being said, where a screening or comprehensive study of a project is to be conducted and a jurisdiction, such as a government of a province, has a responsibility or an authority to conduct an assessment of the environmental effects of the project or any part thereof, the RA may cooperate with that jurisdiction respecting the environmental assessment of the project (subsection 12(4) [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 20 (F)] of the CEAA).

[54] Un coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale est chargé de coordonner la participation des autorités fédérales au processus d'évaluation environnementale pour un projet qui doit ou pourrait faire l'objet d'un examen préalable ou d'une étude approfondie, ainsi que de faciliter les communications et la collaboration entre elles et avec les provinces (article 12.1 [édicte par L.C. 2003, ch. 9, art. 7] de la LCEE). En l'espèce, le coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale pour le projet était l'Agence (articles 12.4 [édicte, *idem*] et 61 de la LCEE).

[55] Toute autorité fédérale qui a en sa possession des renseignements spécialisés au sujet d'un projet doit, sur demande, mettre les renseignements pertinents à la disposition de l'AR (paragraphe 12(3) de la LCEE). En l'espèce, Environnement Canada et Santé Canada, à titre d'autorités fédérales spécialisées, ont fourni des conseils spécialisés aux AR. Plus particulièrement, des conseils ont été fournis par Environnement Canada sur la qualité de l'eau, l'hydrologie, la faune, le climat, la qualité de l'air et les défaillances de matériel et les accidents éventuels. Des conseils spécialisés ont été reçus de Santé Canada en matière de santé.

[56] Il y a quelques précisions à formuler au sujet de la teneur de l'annexe 2 du REMM ainsi que du rôle que jouent les autorités fédérales qui ont pris part à l'EE du projet. En l'espèce, avant que le gouverneur en conseil ne prenne une mesure quelconque en vertu du REMM, les AR doivent prendre en compte les rapports et les observations applicables dont il est question aux articles 20 [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 11] et 32 [mod., *idem*, art. 15(F)] de la LCEE, et formuler en conséquence leurs recommandations au Cabinet.

[57] Cela dit, lorsqu'il faut procéder à un examen préliminaire ou à une étude approfondie d'un projet et qu'une instance, comme le gouvernement d'une province, a la responsabilité ou le pouvoir de procéder à une évaluation des effets environnementaux du projet ou d'un élément quelconque de ce dernier, l'AR peut collaborer avec cette instance en rapport avec l'évaluation environnementale du projet (paragraphe 12(4) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 20(F)] de la LCEE).

[58] In this regard, the *Canada-British Columbia Agreement for Environmental Assessment Cooperation (2004)* (the Agreement), provides that where Canada and British Columbia have an environmental assessment responsibility for a proposed project, such as the Project, a cooperative environmental assessment will be administered under the Agreement, to generate the type, level, and quality of information to meet the environmental assessment requirements of each government, while maintaining the existing roles and responsibilities of each level of government (see clauses 11 and 20 of the Agreement).

[59] Indeed, the contacts and the authorities required to ensure that an EA of the project is conducted in accordance with the CEEA or its regulations must develop, as early as practicable in the cooperative environmental assessment process, a project-specific work plan of a cooperative EA that may include the scope of the project to be assessed and the factors and scope of the factors to be considered (clause 14 of the Agreement).

IV—FACTUAL BACKGROUND

A. Provincial Assessment

[60] On October 2, 1995, American Bullion Minerals, the previous owner of the Project, submitted an application (the original application) to the BCEAO [British Columbia Environmental Assessment Office] for a project approval certificate for the Project under the *Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 119 (the former provincial Act).

[61] The final project report specifications for the Project were issued by the BCEAO on June 18, 1996, and an assessment of the Project under the former provincial Act was in progress when the provincial Act came into effect on December 30, 2002. A transition order issued under the provincial Act required the submission of the information in the project report specifications to be submitted by June 18, 2003, or the current EA would be terminated.

[58] À cet égard, l'*Entente de collaboration entre le Canada et la Colombie-Britannique en matière d'évaluation environnementale (2004)* (l'Entente) dispose que lorsque le Canada et la Colombie-Britannique assument la responsabilité d'une évaluation environnementale d'un projet, comme celui dont il est question en l'espèce, une évaluation environnementale coopérative sera réalisée dans le cadre de l'Entente, afin de produire le type, le niveau et la qualité des renseignements qui sont nécessaires pour répondre aux exigences de chaque gouvernement en matière d'évaluation environnementale, tout en préservant les responsabilités et les rôles existants de chaque niveau de gouvernement (voir les articles 11 et 20 de l'Entente).

[59] En fait, les contacts et les autorités devant s'assurer que l'on procède à une EE du projet d'une manière conforme à la LCEE ou à ses règlements doivent mettre au point, le plus tôt possible dans le cadre du processus coopératif d'évaluation environnementale, un plan de travail propre au projet, lequel peut inclure la portée du projet à évaluer ainsi que les facteurs à prendre en considération et leur importance (article 14 de l'Entente).

IV—LE CONTEXTE FACTUEL

A. L'évaluation provinciale

[60] Le 2 octobre 1995, American Bullion Minerals, l'ancienne propriétaire du projet, a présenté une demande (la demande originale) au British Columbia Environmental Assessment Office (BCEAO) en vue d'obtenir pour ce projet un certificat d'approbation en vertu de l'*Environmental Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 119 (l'ancienne Loi provinciale).

[61] Le BCEAO a délivré les spécifications finales concernant le rapport du projet le 18 juin 1996, et une évaluation du projet sous le régime de l'ancienne Loi provinciale était en cours quand la Loi provinciale est entrée en vigueur le 30 décembre 2002. Une ordonnance de transition délivrée en vertu de la Loi provinciale a exigé que les renseignements inclus dans les spécifications relatives au rapport de projet soient présentés au plus tard le 18 juin 2003, sans quoi il serait mis fin à l'EE en cours.

[62] On June 17, 2003, RCDC formally withdrew from the environmental assessment process with the intention of re-entering the process by submitting a new project description at a future date.

[63] On October 27, 2003, a new project description based on a nominal mill production rate of 25 000 tonnes per day for a period of 18 years was submitted to BCEAO by RCDC. The new project description also described the Project and the proposed scope of studies for the EA of the Project.

(1) Preliminary decision

[64] On November 19, 2003, BCEAO issued an order pursuant to section 10(1)(c) of the provincial Act stating that the Project was reviewable and that an environmental assessment certificate would be required prior to the Project proceeding. BCEAO set up an interagency committee (the working group) to provide advice to RCDC and to assist in the review of the terms of reference and other documentation provided by RCDC. First Nations and provincial and federal government agencies were represented in the working group.

(2) Terms of reference

[65] The provincial environmental process does not require public consultation on the “terms of reference,” which set the scope of the Project. On March 25, 2004, RCDC submitted “draft terms of reference” for the application to the BCEAO (the draft terms of reference), which were made available for comment to provincial and federal agencies, local government and the Tahltan and Iskut First Nations, but not the public. In its foreword, the following explanation was provided by RCDC:

These Terms of Reference have been developed by RCDC in accordance with the BCEAA in order to define the information requirements necessary for inclusion in an Application for an Environmental Assessment Certificate (“AEAC”) in order to allow for a determination of the significance of potential environmental, heritage, social,

[62] Le 17 juin 2003, RCDC s’est officiellement retirée du processus d’évaluation environnementale, dans l’intention de reprendre ce dernier en présentant une nouvelle description de projet à une date ultérieure.

[63] Le 27 octobre 2003, RCDC a soumis au BCEAO une nouvelle description de projet, fondée sur un taux nominal de production, à l’usine de concentration, de 25 000 tonnes par jour sur une période de 18 ans. La nouvelle description de projet décrivait également le projet et la portée proposée des études concernant son EE.

1) La décision préliminaire

[64] Le 19 novembre 2003, le BCEAO a délivré en vertu de l’alinéa 10(1)c) de la Loi provinciale une ordonnance déclarant que le projet était susceptible d’examen et qu’il serait nécessaire d’obtenir un certificat d’évaluation environnementale avant que le projet puisse continuer. Le BCEAO a établi un comité inter-agences (le groupe de travail) en vue de fournir des conseils à RCDC et d’aider à examiner les attributions et les autres documents que RCDC fournirait. Des Premières nations ainsi que des organismes provinciaux et fédéraux étaient représentés au sein du Groupe de travail.

2) Les attributions

[65] Le processus environnemental provincial n’oblige pas à consulter le public sur les [TRADUCTION] « attributions », qui fixent la portée du projet. Le 25 mars 2004, RCDC a présenté une [TRADUCTION] « ébauche d’attributions » pour la demande au BCEAO (l’ébauche d’attributions), laquelle a été mise à la disposition des organismes provinciaux et fédéraux, des administrations locales et des Premières nations de Tahltan et d’Iskut pour commentaires, mais non à la disposition du public. Dans son avant-propos, RCDC a donné l’explication suivante :

[TRADUCTION] Les présentes attributions ont été établies par RCDC en accord avec la BCEAA en vue de définir les renseignements à inclure dans une demande de certificat d’évaluation environnementale (« DCEE ») et de permettre ainsi de déterminer l’importance des effets environnementaux, patrimoniaux, sociaux, économiques et sanitaires potentiels du

economic and health effects of the Project and the adequacy of measures proposed to prevent or mitigate such effects.

In anticipation that the Project will also be subject to review under the Canadian Environmental Assessment Act (“CEAA”), these Terms of Reference also include the information requirements necessary to meet the requirements of CEAA. In such case, it is expected that the cooperative environmental assessment process will be undertaken as provided for in the Canada-British Columbia Agreement for Environmental Assessment Cooperation. [Emphasis added.]

[66] On June 18, 2004, BCEAO approved final terms of reference for the Project (the ATOR). The passage contained in the foreword of the draft terms of reference remained unchanged despite the fact that an EA under the CEAA had commenced in the meantime, that is on May 19, 2004 (see next subsection of the present reasons of order, “Federal Assessment”).

[67] On June 30, 2004, RCDC wrote BCEAO to advise that the Project was revised to a production mill capacity of 27 500 tonnes per day for a period of 18 years.

(3) Section 11 order

[68] On August 4, 2004, BCEAO issued an order under section 11 of the provincial Act stipulating the scope of the project, the scope of assessment, and the procedures and methods for the review of the application and application supplement which would be submitted by the proponent to the Project Director within three years (the section 11 order) [*In the Matter of the Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43 (the “Act”) and an Environmental Assessment of the Proposed Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project (the “Project”)*].

[69] In particular, the section 11 order scoped the project as follows:

1.1 Open pit mine;

projet, de même que le caractère suffisant des mesures proposées pour prévenir ou atténuer ces effets.

En prévision du fait que le projet fera également l’objet d’un examen en vertu de la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (« LCEE »), les présentes attributions comportent également les renseignements qui sont nécessaires pour satisfaire aux exigences de la LCEE. Dans un tel cas, il est prévu que le processus coopératif d’évaluation environnementale sera entrepris de la manière prévue dans l’Entente de collaboration entre le Canada et la Colombie-Britannique en matière d’évaluation environnementale. [Non souligné dans l’original.]

[66] Le 18 juin 2004, le BCEAO a approuvé les attributions finales du projet (les attributions approuvées). Le passage contenu dans l’avant-propos de l’ébauche d’attributions n’a pas changé, même si une EE avait été entreprise en vertu de la LCEE dans l’intervalle, c’est-à-dire le 19 mai 2004 (voir la prochaine sous-section des présents motifs, intitulée « L’évaluation fédérale »).

[67] Le 30 juin 2004, RCDC a écrit au BCEAO pour l’informer que le projet avait été révisé : la capacité de production serait de 27 500 tonnes par jour sur une période de 18 ans.

3) L’ordonnance rendue en vertu de l’article 11

[68] Le 4 août 2004, dans une ordonnance rendue en vertu de l’article 11 de la Loi provinciale, le BCEAO a prescrit que le promoteur fournirait au directeur de projet, dans un délai de trois ans, la portée du projet, la portée de l’évaluation, ainsi que les procédures et les méthodes à suivre pour l’examen de la demande et du supplément à la demande (l’ordonnance rendue en vertu de l’article 11 [*In the Matter of the Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43 (the “Act”) and an Environmental Assessment of the Proposed Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project (the “Project”)*]).

[69] En particulier, l’ordonnance rendue en vertu de l’article 11 a fixé comme suit la portée du projet :

[TRADUCTION]

1.1 une mine à ciel ouvert;

1.2 27 500 tonne per day mill;	1.2 une capacité de concentration de 27 500 tonnes par jour;
1.3 Tailings management facility;	1.3 une installation de gestion des résidus;
1.4 Waste Rock Storage Facility;	1.4 une installation de stockage des déchets de roche;
1.5 Low Grade Ore Stockpile;	1.5 une pile de stockage de minerai de basse teneur;
1.6 Mine camp and associated works;	1.6 un camp minier et les ouvrages connexes;
1.7 New access/haul roads and related infrastructure	1.7 de nouvelles routes d'accès ou de transport, ainsi que l'infrastructure connexe;
1.8 Upgrade of existing access roads and associated infrastructure	1.8 l'amélioration des routes d'accès existantes, ainsi que de l'infrastructure connexe;
1.9 Water supply and associated works	1.9 l'approvisionnement en eau et les ouvrages connexes;
1.10 Use of existing roads by concentrate trucks	1.10 l'utilisation des routes existantes par des camions de transport de concentré;
1.11 Power supply and related infrastructure	1.11 l'approvisionnement en électricité, ainsi que l'infrastructure connexe;
1.12 Maintenance shop	1.12 l'atelier d'entretien;
1.13 Explosives storage and/or manufacturing facility	1.13 l'installation de stockage ou de fabrication d'explosifs;
1.14 Any on or off-site compensation or mitigation works, as required;	1.14 les ouvrages de compensation ou d'atténuation hors site ou sur le site nécessaires;
1.15 Ancillary facilities	1.15 les installations d'appoint;
1.16 Activities included in construction, operating, maintaining, and dismantling and abandoning the above facilities	1.16 les activités exécutées dans le cadre de la construction, de l'exploitation, de l'entretien et du démantèlement et de la fermeture des installations susmentionnées;
1.17 Any other physical works or activities which, in the view of the Project Director, form an integral part of the project.	1.17 toute autre activité concrète qui, de l'avis du directeur de projet, fait partie intégrante de ce dernier.

[70] Moreover, the section 11 order provided that the assessment of the Project would include consideration of the potential for environmental, social, economic, health and heritage effects, and the potential for effects on the interests of First Nations groups and would take into account practical means to prevent or reduce any potential adverse effects of the Project to an acceptable level.

[71] The section 11 order also established parameters and a time frame with respect to the environmental assessment process, including the requirement for

[70] Par ailleurs, l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11 prévoyait que l'évaluation du projet comporterait un examen des effets environnementaux, sociaux, économiques, sanitaires et patrimoniaux possibles, ainsi que des effets possibles sur les intérêts des groupes des Premières nations, et qu'elle prendrait en compte les moyens pratiques de prévenir ou de réduire à un niveau acceptable les effets négatifs possibles du projet.

[71] L'ordonnance rendue en vertu de l'article 11 a également fixé les paramètres et un délai concernant le processus d'évaluation environnementale, dont

public consultation:

(a) The “pre-application stage” would focus on identifying Project-related issues to be addressed, based on consultations conducted by RCDC and/or the BCEAO with interested and potentially affected parties, including the public, First Nations, federal and provincial government agencies and local governments;

(b) The “application review stage” would focus on review of the application itself to determine whether or not identified concerns had been satisfactorily addressed, and would conclude with a decision made by responsible provincial ministers on the application, in this case the Minister of Sustainable Resource Management, the Minister of Water, Land and Air Protection and/or the Minister of Energy and Mines (collectively the provincial ministers).

[72] The application review stage would be 180 days and was to commence after the Project Director had notified RCDC that the application had been accepted for review (section 3 of the *Prescribed Time Limits Regulation*, B.C. Reg. 372/2002). Prior to a final decision being made by the provincial ministers, the Project Director would hold a formal public comment period of 65 days in this case (section 7 of the *Public Consultation Policy Regulation*, B.C. Reg. 373/2002). There would also be a First Nations consultation program.

[73] Following the expiry of the consultation process, the Project Director would then prepare an assessment report, outlining the issues raised during the review of the application, as well as any identified practical means to avoid or reduce impacts to an acceptable level. The Project Director would provide relevant government agencies, local governments and First Nations with an opportunity to review and comment on the draft assessment report.

l’obligation de consulter le public :

a) [TRADUCTION] « l’étape préalable à la demande » consisterait principalement à relever les questions relatives au projet qu’il y aurait à régler, à la suite de consultations que RCDC ou le BCEAO tiendraient avec les parties intéressées et potentiellement touchées, dont le grand public, les Premières nations, les organismes fédéraux et provinciaux ainsi que les administrations locales;

b) [TRADUCTION] « l’étape d’examen de la demande » porterait principalement sur l’examen de la demande elle-même, de façon à déterminer si les préoccupations relevées ont été traitées de manière satisfaisante ou non, et se terminerait par une décision de la part des ministres provinciaux compétents sur la demande, en l’occurrence le ministre de la Gestion des ressources durables (*Sustainable Resource Management*), le ministre de la Protection des eaux, des terres et de l’air (*Water, Land and Air Protection*) ou le ministre de l’Énergie et des Mines (*Energy and Mines*) (collectivement, les ministres provinciaux).

[72] L’étape de l’examen de la demande durerait 180 jours, et devait débiter après que le directeur de projet informerait RCDC que la demande avait été acceptée pour examen (article 3 du *Prescribed Time Limits Regulation*, B.C. Reg. 372/2002). Avant que les ministres provinciaux prennent une décision définitive, le directeur de projet tiendrait une période officielle de commentaires publics d’une durée de 65 jours (article 7 du *Public Consultation Policy Regulation*, B.C. Reg. 373/2002). Il y aurait aussi un programme de consultation des Premières nations.

[73] Après la fin du processus de consultation, le directeur de projet préparerait ensuite un rapport d’évaluation, qui décrirait les questions soulevées lors de l’examen de la demande, de même que tous les moyens pratiques relevés pour éviter les effets ou les réduire à un niveau acceptable. Le directeur de projet fournirait aux organismes publics compétents, aux administrations locales et aux Premières nations la possibilité d’examiner et de commenter l’ébauche de rapport d’évaluation.

[74] The assessment report would next be referred for action to the provincial ministers. While it was expected that their decision would be rendered within 180 days of the date on which the Project Director had notified RCDC that the application had been accepted for review, prior to submitting the assessment report to the provincial ministers, the Project Director could, nevertheless, suspend for any valid reason the 180-day time limit for completing the review of the application.

(4) The application and the application supplement

[75] On September 24, 2004, RCDC submitted its formal “Application for an Environmental Assessment Certificate” (the application) for review under the provincial Act. The application was screened by BCEAO, federal agencies, First Nations groups and some provincial agencies to ensure that it met the ATOR.

[76] On October 20, 2004, the Project Director accepted the application with changes required to the application. By letter dated October 28, 2004, RCDC submitted a revised version of the application, incorporating the necessary changes. The multi-volume application was then distributed to federal and provincial agencies, local governments, First Nations groups and to the public.

[77] Copies of the revised application were received by BCEAO on November 2, 2004 and distributed to federal and provincial agencies, local governments and the First Nations in the working group. The 180-day application review period began on November 2, 2004.

[78] A two-volume supplement (the application supplement) was submitted to BCEAO by RCDC on November 12, 2004 and was accepted for review on November 30, 2004. The application supplement was

[74] Le rapport d'évaluation serait ensuite transmis aux ministres provinciaux pour y donner suite. On s'attendait à ce que ces derniers rendent leur décision dans les 180 jours suivant la date à laquelle le directeur de projet informerait RCDC que la demande était acceptée pour examen, mais, avant de soumettre le rapport d'évaluation aux ministres provinciaux, le directeur de projet pouvait néanmoins suspendre, pour n'importe quelle raison valable, le délai de 180 jours prévu pour examiner la demande.

4) La demande et son supplément

[75] Le 24 septembre 2004, RCDC a présenté sa [TRADUCTION] « demande de certificat d'évaluation environnementale » officielle (la demande) afin qu'elle soit examinée en vertu de la Loi provinciale. La demande a été soumise à un examen préliminaire par le BCEAO, les organismes fédéraux, les groupes des Premières nations et quelques organismes provinciaux afin de s'assurer qu'elle satisfaisait aux attributions approuvées.

[76] Le 20 octobre 2004, le directeur de projet a accepté la demande, à la condition que l'on y apporte un certain nombre de changements. Par une lettre datée du 28 octobre 2004, RCDC a présenté une version révisée de la demande, dans laquelle avaient été intégrés les changements nécessaires. La demande—comprenant plusieurs volumes—a ensuite été transmise aux organismes fédéraux et provinciaux, aux administrations locales, aux groupes des Premières nations et au grand public.

[77] Le BCEAO a reçu des exemplaires de la demande révisée le 2 novembre 2004 et celle-ci a été transmise aux organismes fédéraux et provinciaux, aux administrations locales ainsi qu'aux Premières nations faisant partie du groupe de travail. La période d'examen de la demande, de 180 jours, a débuté le 2 novembre 2004.

[78] Le 12 novembre 2004, RCDC a présenté au BCEAO un supplément en deux volumes (le supplément à la demande), et ce supplément a été accepté pour examen le 30 novembre 2004. Il a lui aussi été transmis

also distributed to federal and provincial agencies, local governments, First Nations groups and to the public. The application supplement contains the results of studies and field work conducted during the summer field season of 2004.

[79] RCDC, in a letter dated December 21, 2004 to BCEAO, amended certain features of the application based on the results of a feasibility study. However, it was not expected by RCDC that these changes would have a significant effect on the overall scope of the Project as presented in the application, other than extending the planned mine life from 18 to 25 years and bringing the daily mill throughput from 27 500 to 30 000 tonnes per day.

(5) Public consultation

[80] Apart from the consultations undertaken by RCDC and BCEAO prior to the submission of the application and application supplement, a formal 65-day public comment period was advertised on the BCEAO's Web site and in local papers (the provincial notice).

[81] The provincial notice gave a brief description of the Project and indicated that, for the purposes of the EA review, the Project included the on-site and off-site physical works and activities associated with the construction, operation, maintenance on the weeks listed in same. The works listed are the same as the ones mentioned in the section 11 order. The provincial notice mentioned that RCDC had submitted an application for an environmental assessment certificate (the EA application) under the EAA as well as applications for a permit under the MA, a special use permit under the FPC, and a licence to cut under the FA for the development of the Project (the concurrent permit applications). The provincial notice invited comments on the EA application and concurrent permit applications and indicated that the purpose of the public comment period which began on November 17, 2004 and ended on January 21, 2005, was "to document specific issues as they relate to the technical review of the EA application." However, there is no reference

aux organismes fédéraux et provinciaux, aux administrations locales, aux groupes des Premières nations et au grand public. Le supplément à la demande contient les résultats d'études et de travaux sur le terrain menés au cours de la saison estivale de travaux de prospection de 2004.

[79] Dans une lettre datée du 21 décembre 2004 et adressée au BCEAO, RCDC a modifié certains aspects de la demande, en se fondant sur les résultats d'une étude de faisabilité. Cependant, RCDC ne s'attendait pas à ce que ces changements aient un effet marqué sur la portée générale du projet, telle que présentée dans la demande, à part le fait de prolonger la durée prévue de la mine de 18 à 25 ans et de faire passer la production quotidienne de 27 500 tonnes à 30 000 tonnes par jour.

5) La consultation publique

[80] Outre les consultations que RCDC et le BCEAO ont menées avant de présenter la demande et son supplément, une période officielle de commentaires publics, d'une durée de 65 jours, a été annoncée sur le site Web du BCEAO ainsi que dans les journaux locaux (l'avis provincial).

[81] L'avis provincial donnait une brève description du projet et indiquait que, pour les besoins de l'examen de l'EE, le projet comprenait les activités concrètes menées sur le site et hors site en rapport avec les travaux de construction, d'exploitation et d'entretien menés au cours des semaines qui y étaient indiquées. Les activités inscrites sont les mêmes que celles qui sont mentionnées dans l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11. Selon l'avis provincial, RCDC avait présenté une demande de certificat d'évaluation environnementale (la demande d'EE) en vertu de la EAA, de même que des demandes de permis en vertu de la MA, un permis d'utilisation spéciale en vertu de la FPC et un permis de coupe en vertu de la FA de tout, en vue de la mise en chantier du projet (les demandes de permis concurrentes). L'avis provincial invitait le public à commenter la demande d'EE et les demandes de permis concurrentes, et il indiquait que la période de commentaires publics, qui commençait le 17 novembre 2004 et prenait fin le 21 janvier 2005, avait pour objet de [TRADUCTION]

whatsoever in the provincial notice to the environmental assessment process launched under the CEAA or to any application made to the federal authorities by RCDC under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or under paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act*, or that an amendment by the Governor in Council of Schedule 2 of the MMER will be required in order to include the headwaters of Trail Creek as a TIA.

[82] A total of 10 public comments were submitted to BCEAO during this public comment period. These public comments raised concerns on the following aspects of the Project: environmental protection, wildlife and fisheries habitat, the local recreational tourism industry, as well as social and community concerns. There were no comments submitted by the applicant.

[83] Some federal agencies responded as well. NRCan submitted extensive comments to BCEAO regarding not only the explosives facility but also with respect to other major components of the Project: mine waste management; protection surface and groundwater quality; acid drainage, seismic hazard issues; geological engineering, slope stability and related hazards for the open pit, waste rock dumps and tailings storage facilities; and hydrogeology and hydrology aspects. Comments were also submitted by Health Canada on water quality, fish as a food source, noise and socio-economic aspects of the Project. DFO did not make written comments to BCEAO.

[84] Sometime in February 2005, RCDC submitted its response to the various comments received by BCEAO, including those made by NRCan and participants. NRCan submitted additional comments to RCDC's responses in March and April 2005.

« décrire des questions précises concernant l'examen technique de la demande d'EE ». Cependant, il n'est fait aucunement mention dans l'avis provincial du processus d'évaluation environnementale lancé sous le régime de la LCEE ni d'une demande quelconque de la part de RCDC aux autorités fédérales, en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou de l'alinéa 7(1)(a) de la *Loi sur les explosifs*, ni du fait qu'il sera nécessaire que le gouverneur en conseil modifie l'annexe 2 du REMM de façon à inclure les eaux d'amont du ruisseau Trail dans la liste des DRM.

[82] En tout, 10 commentaires du public ont été présentés au BCEAO au cours de cette période de commentaires publics. Ils faisaient état de préoccupations concernant les aspects suivants du projet : la protection de l'environnement, l'habitat de la faune et du poisson, l'industrie récréotouristique locale, de même que des questions d'ordre social et communautaire. La demanderesse n'a présenté aucun commentaire.

[83] Un certain nombre d'organismes fédéraux ont également réagi. NRCan a présenté au BCEAO des commentaires détaillés concernant non seulement la fabrique d'explosifs mais aussi d'autres éléments importants du projet : la gestion des déchets de la mine, la surface de protection et la qualité des eaux souterraines, l'écoulement acide, les aléas sismiques, des aspects géologiques techniques, la stabilité des pentes ainsi que les dangers connexes imputables à la mine à ciel ouvert, les sites de déchets de roche et les installations de stockage des résidus, de même que divers aspects hydrogéologiques et hydrologiques. Santé Canada a présenté des commentaires sur la qualité de l'eau, le poisson en tant que source alimentaire, le bruit et les aspects socio-économiques du projet. Le MPO n'a présenté aucun commentaire écrit au BCEAO.

[84] Au courant du mois de février 2005, RCDC a produit sa réponse aux divers commentaires que le BCEAO avait reçus, y compris ceux de NRCan et des participants. NRCan a transmis des commentaires additionnels sur les réponses de RCDC en mars et en avril 2005.

(6) Consultations with First Nations

6) Les consultations tenues avec les Premières nations

[85] On April 11, 2005, at the specific request of RCDC, the 180-day review period was temporarily suspended so that RCDC could address concerns that had been raised by the Iskut and Tahltan First Nations Group. The 180-day review period recommenced on June 30, 2005, after further consultation efforts were undertaken by RCDC, including meetings with First Nations groups on April 5, April 26, May 4 and May 20, 2005, and after RCDC had provided further reports and information to BCEAO, as requested by BCEAO.

(7) Assessment report

[86] The results of BCEAO's EA are contained in its July 22, 2005 assessment report (the BCEAO Report [*Red Chris Porphyry Copper-Gold Project Assessment Report*, online <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_document_238_20678.html>]), in which BCEAO concluded that the Project is not likely to cause significant adverse environmental, heritage, social, economic, or health effects. In addition, the BCEAO Report provides further information concerning the review process, the scope of review, the issues considered, and the means adopted to prevent or reduce any potentially significant adverse effect of the Project.

[87] The BCEAO Report dealt with all provincial and federal aspects of the Project, including: the potential effects to existing drainage patterns and the quality of water resulting from mine site discharges to receiving waters, as well as from TIA discharges; the potential impacts to fish and fish habitat and the necessity of a compensation plan for the loss of fish habitat due to the TIA; the potential impacts on wildlife including certain species at risk red or blue-listed provincially, or of a "special concern" federally (such as the Western Toad). The concerns identified both by the provincial or federal authorities, as well as by the public and by the Tahltan and Iskut people are mentioned in the BCEAO Report.

[85] Le 11 avril 2005, à la demande expresse de RCDC, la période d'examen de 180 jours a été provisoirement suspendue afin qu'elle puisse répondre à des préoccupations que le groupe des Premières nations d'Iskut et de Tahltan avaient soulevées. La période d'examen de 180 jours a repris le 30 juin 2005, après que RCDC eut pris des mesures de consultation additionnelles, dont des réunions avec des groupes des Premières nations les 5 avril, 26 avril, 4 mai et 20 mai 2005, et fourni des rapports et des renseignements additionnels au BCEAO, comme ce dernier l'avait demandé.

7) Le rapport d'évaluation

[86] Les résultats de l'EE du BCEAO figurent dans son rapport d'évaluation daté du 22 juillet 2005 (le rapport du BCEAO [*Red Chris Porphyry Copper-Gold Project Assessment Report*, en ligne <http://www.eao.gov.bc.ca/epic/output/html/deploy/epic_document_238_20678.html>]), où il a conclu que le projet n'est pas susceptible d'avoir des effets négatifs importants sur le plan environnemental, patrimonial, social, économique ou sanitaire. En outre, ce rapport présentait des renseignements additionnels sur le processus d'examen, la portée de l'examen et les questions prises en compte, de même que les moyens adoptés pour prévenir ou réduire les éventuels effets négatifs importants du projet.

[87] Le rapport du BCEAO a traité de tous les aspects provinciaux et fédéraux du projet, dont les suivants : les effets potentiels sur le régime existant d'écoulement des eaux et sur la qualité des eaux réceptrices, ainsi que des rejets du DRM; les effets potentiels sur le poisson et son habitat, ainsi que la nécessité d'établir un plan compensatoire pour la perte de l'habitat du poisson attribuable au DRM; les effets potentiels sur la faune, y compris certaines espèces en péril inscrites sur la liste rouge ou la liste bleue à l'échelon provincial, ou certaines espèces dites « préoccupantes » à l'échelon fédéral (comme le Crapaud de l'Ouest). Les préoccupations dont les autorités provinciales ou fédérales de même que le grand public et les Premières nations de Tahltan et d'Iskut ont fait état sont mentionnées dans le rapport du BCEAO.

[88] The Project was initially considered to be a comprehensive study review under the CEAA and then changed to a CEAA screening level review, as discussed below at paragraphs 93 to 97 and paragraphs 108 to 111. That being said, factors related to a comprehensive study were also included in the BCEAO Report. As the case may be, they included:

- the effects of the environment on the Project;
- the environmental impacts of accidents and malfunctions;
- alternatives;
- cumulative environmental effects of the Project over a regional scale; and
- follow-up monitoring programs.

[89] In particular, the BCEAO Report noted that a cumulative effects assessment (CEA) had been conducted by RCDC. The following projects were considered in the CEA: Galore Creek project; Forrest Kerr hydroelectric project; Tom McKay Lake waste rock and tailings project; Kemess North and South Project; Sustut Cooper project; Strousay lead/zinc project; and mineral exploration activity in the region. The BCEAO Report stated [at page 85]:

Based on this information, EAO is satisfied there are no significant cumulative environmental effects associated with the construction, operation and decommissioning of the Project. However, as a CEAA requirement, the federal RAs will make their own separate determination of cumulative environmental effects associated with the construction, operation and decommissioning of the Project in a CEAA screening report.

[90] In its general review conclusions, the BCEAO Report stated, in part [at pages viii-ix]:

[88] Le projet a été considéré au départ comme une étude approfondie sous le régime de la LCEE et il a plus tard été changé pour un examen préalable sous le régime de la LCEE, comme nous le verrons plus loin aux paragraphes 93 à 97 et 108 à 111. Cela dit, des facteurs liés à l'exécution d'une étude approfondie ont également été inclus dans le rapport du BCEAO. Ces facteurs étaient, selon le cas, les suivants :

- les effets de l'environnement sur le projet;
- les effets de défaillances du matériel et d'accidents sur l'environnement;
- les solutions de rechange;
- les effets environnementaux cumulatifs du projet sur une échelle régionale;
- les programmes de suivi.

[89] En particulier, dans son rapport, le BCEAO a signalé que RCDC avait procédé à une évaluation des effets cumulatifs (EEC). Dans cette EEC, les projets suivants ont été pris en considération : le projet Galore Creek, le projet hydroélectrique Forrest Kerr, le projet de résidus et de déchets de roche du lac Tom McKay, le projet Kemess North et Kemess South, le projet de mine de cuivre Sustut, le projet de mine de plomb-zinc de Strousay, ainsi que les explorations minières menées dans la région. Dans son rapport, le BCEAO a déclaré ce qui suit [à la page 85] :

[TRADUCTION] Sur la foi de ces informations, l'EAO est convaincu qu'aucun effet environnemental cumulatif important n'est associé à la construction, à l'exploitation et à la désaffectation du projet. Cependant, comme l'exige la LCEE, les AR fédérales procéderont à leur propre détermination des effets environnementaux cumulatifs qui sont associés à la construction, à l'exploitation et à la désaffectation du projet dans un rapport d'examen préalable établi en vertu de la LCEE.

[90] Dans ses conclusions d'examen général, le BCEAO a déclaré en partie ce qui suit dans son rapport [aux pages viii et ix] :

Based on the information provided by the Proponent, the Project is not likely to cause significant adverse environmental, heritage, social, economic, or health effects, taking into account the implementation of mitigation measures committed to by the Proponent.

Federal Responsible Authorities are preparing a separate CEAA Project screening report based on sections of this report. Federal RAs have stated that they expect to conclude that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects, assuming the implementation of proposed mitigation measures and monitoring programs. [Emphasis added.]

(8) Environment assessment certificate

[91] On July 25, 2005, BCEAO's Executive Director recommended that an environment assessment certificate be granted and on August 24, 2005, an assessment certificate was issued by the provincial ministers.

B. Federal Assessment

[92] The federal environment assessment process was formally triggered when, on or about May 3, 2004, bcMetals (on behalf of RCDC) submitted to DFO two applications under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* to cover the contemplated construction of the starter dams for the tailings impoundment proposed for upper Trail Creek, as well as for the stream crossing of White Rock Canyon Creek and Coyote Creek for the proposed preferred and alternative access road alignments. Prior to May 2004, federal departments' actual involvement in the EA of the Project was limited to their participation to various meetings of the working group.

(1) Preliminary decision

[93] On or about May 19, 2004, based on the information provided by RCDC both to BCEAO (in October 2003 and February 2004) and to DFO (May 2004), DFO concluded that an EA of the Project was required under section 5 of the CEAA. This preliminary decision was supported by the following findings and

[TRADUCTION] Selon les informations que le promoteur a fournies, le projet n'est pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants sur le plan environnemental, patrimonial, social, économique ou sanitaire, compte tenu de la mise en œuvre des mesures d'atténuation que le promoteur s'est engagé à prendre.

Les autorités responsables fédérales préparent actuellement un rapport d'examen préalable du projet sous le régime de la LCEE, qui est fondé sur des sections du présent rapport. Les AR fédérales ont déclaré qu'elles prévoient conclure que le projet n'est pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants, en tenant pour acquis que les mesures d'atténuation et les programmes de suivi proposés seront mis en œuvre. [Non souligné dans l'original.]

8) Le certificat d'évaluation environnementale

[91] Le 25 juillet 2005, le directeur administratif du BCEAO a recommandé que l'on accorde un certificat d'évaluation environnemental et, le 24 août 2005, les ministres provinciaux ont délivré le certificat en question.

B. L'évaluation fédérale

[92] Le processus fédéral d'évaluation environnementale a été officiellement enclenché quand, le 3 mai 2004, ou vers cette date, bcMetals (pour le compte de RCDC) a présenté au MPO, en application du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, deux demandes couvrant la construction envisagée des premiers bassins de résidus miniers du cours supérieur du ruisseau Trail, ainsi que le point de franchissement du ruisseau White Rock Canyon et du ruisseau Coyote, relativement aux tracés proposés pour la route d'accès privilégiée et la route d'accès de remplacement. Avant mai 2004, la participation concrète des ministères fédéraux à l'EE du projet s'était bornée à prendre part à diverses réunions du groupe de travail.

1) La décision préliminaire

[93] Le 19 mai 2004, ou vers cette date, sur la foi des renseignements que RCDC avait fournis à la fois au BCEAO (en octobre 2003 et en février 2004) et au MPO (en mai 2004), le MPO a conclu qu'il était nécessaire de soumettre le projet à une EE, en application de l'article 5 de la LCEE. Cette décision préliminaire reposait sur

analysis of the scope of the Project:

Fisheries and Oceans Canada (DFO) received your application for Authorization under Section 35(2) of the federal *Fisheries Act* dated May 3, 2004, concerning components related to the proposed Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project. To expedite future correspondence or inquiries, please refer to your referral title and file numbers when you contact us.

HRTS Referral File No.: **03-HPAC-PA1-000-000116**

Habitat File No.: **PRHQ-5300-10-083**

Referral Title: **Red Chris Porphyry
Cooper-Gold Mine Project**

It is our understanding that the proposed mine development consists of:

- Open pit mine
- 25,000 tonne per day mill
- Tailings Impoundment Area
- Waste rock storage facility(ies)
- Mine camp and associated works
- Water supply
- Ancillary facilities
- Explosives storage and/or manufacturing facility
- Maintenance shop
- New access/haul roads and related infrastructure
- Upgrade of existing access roads and related infrastructure
- Use of existing Highway 37 & 37A by concentrate haul trucks
- Power supply and associated works
- Any off-site or on-site compensation or mitigation works, as required

les conclusions suivantes ainsi que sur une analyse de la portée du projet :

[TRADUCTION] Pêches et Océans Canada (MPO) a reçu votre demande d'autorisation datée du 3 mai 2004 conformément au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, relativement à des éléments liés au projet de mine d'or-cuivre porphyrique Red Chris. Pour accélérer la correspondance ou les demandes de renseignements futures, veuillez mentionner le titre et les numéros de suivi quand vous nous contacterez.

N° de dossier de suivi du SSDH : **03-HPAC-PA1-000-000116**

N° de dossier de l'Habitat : **PRHQ-5300-10-083**

Titre de suivi : **Projet de mine d'or-cuivre porphyrique Red Chris**

D'après ce que nous avons compris, le projet de mise en valeur minière comporte ce qui suit :

- une mine à ciel ouvert;
- la concentration de 25 000 tonnes par jour;
- un dépôt de résidus miniers;
- une ou plusieurs installations de stockage de déchets de roche;
- un camp minier et les ouvrages connexes;
- un système d'alimentation en eau;
- des installations accessoires;
- une installation de fabrication ou de stockage d'explosifs;
- un atelier d'entretien;
- de nouvelles routes d'accès ou de transport, ainsi que l'infrastructure connexe;
- l'amélioration des routes d'accès existantes, ainsi que l'infrastructure connexe;
- l'utilisation des routes 37 et 37A existantes par des camions de transport de concentré;
- un système d'approvisionnement en électricité, et les ouvrages connexes;
- les activités de compensation ou d'atténuation hors site ou sur le site requises;

- Any other physical works or activities which form an integral part of the project.

as outlined in the following submitted information:

- Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project Description. Prepared by Red Chris Development Company Ltd. October, 2003
- Red Chris Mine Access Review. Prepared by Allnorth Consultants Ltd. February 2004
- Application for Works or Undertakings Affecting Fish Habitat: Red Chris copper-gold mine development Project dated May 3, 2004.

If the above information has changed since the time of your submission, you should consult with us to determine if the information in this letter still applies.

Based on the information provided, DFO has concluded that your proposal is likely to result in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat. The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat is prohibited unless authorized by DFO pursuant to subsection 35(2) of the *Fisheries Act*. In reviewing your proposal, we will consider the Department's Policy for the Management of Fish Habitat, which provides that no authorizations be issued unless acceptable measures for any habitat loss are developed and implemented by the proponent.

Please be advised that subsection 35(2) of the *Fisheries Act* has been included in the list of laws that trigger the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA). This means that Fisheries and Oceans Canada is required to conduct an environmental assessment of your project, as prescribed by the CEAA, before deciding to issue an authorization. Your project information will be circulated to other federal government departments for their review and comments. If, as a result of this review, we are satisfied that the project, after taking into account the implementation of any mitigation measures, is not likely to cause significant adverse environmental effects, an authorization under the *Fisheries Act* may be issued. [Emphasis added.]

(2) Notice of commencement

[94] On or about May 21, 2004, a "notice of commencement of an environmental assessment" (the notice of commencement) was posted on the Registry

- toute autre activité concrète faisant partie intégrante du projet.

Comme il est indiqué dans les renseignements présentés qui suivent :

- Red Chris Porphyry Copper-Gold Mine Project Description. Document établi par Red Chris Development Company Ltd., octobre 2003;
- Red Chris Mine Access Review. Document établi par Allnorth Consultants Ltd., février 2004;
- Application for Works or Undertakings Affecting Fish Habitat : Red Chris copper-gold mine development project. Demande datée du 3 mai 2004.

Si les renseignements qui précèdent ont changé depuis que vous avez présenté votre demande, nous vous prions de nous consulter afin de déterminer si les renseignements inclus dans la présente lettre s'appliquent toujours.

Sur la foi des renseignements fournis, le MPO a conclu que votre proposition est susceptible de mener à la détérioration, à la destruction ou à la perturbation de l'habitat du poisson. La détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson sont interdites, à moins d'obtenir une autorisation du MPO, en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Au moment d'examiner votre proposition, nous prendrons en considération la Politique de gestion de l'habitat du poisson du Ministère, laquelle dispose qu'aucune autorisation n'est accordée à moins que le promoteur établisse et mette en œuvre des mesures acceptables pour contrer toute perte d'habitat.

Nous vous informons que le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* fait partie de la liste des dispositions législatives et réglementaires désignées qui déclenchent l'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE). Cela signifie que Pêches et Océans Canada est tenu de procéder à une évaluation environnementale de votre projet, comme le prescrit la LCEE, avant de décider d'accorder une autorisation. Les renseignements relatifs à votre projet seront transmis à d'autres ministères fédéraux pour examen et commentaires. Si, à la suite de cet examen, nous sommes convaincus que le projet, après avoir pris en compte la mise en œuvre de mesures d'atténuation, n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, une autorisation peut être délivrée en vertu de la *Loi sur les pêches*. [Non souligné dans l'original.]

2) L'avis de lancement

[94] Le 21 mai 2004, ou vers cette date, un « avis de lancement d'une évaluation environnementale » (l'avis de lancement) a été publié dans le registre [registre

[Canadian Environmental Assessment Registry] announcing that DFO would conduct a comprehensive study commencing on May 19, 2004, and describing the Project as an:

OPEN PIT MINE WITH ASSOCIATED INFRASTRUCTURE INCLUDING TAILINGS IMPOUNDMENT AREA, ACCESS ROADS, WATER INTAKE, TRANSMISSION LINES AND ACCESSORY BUILDINGS (E.G. MAINTENANCE, CAMPSITE) The scope of the project will be added when available.

[95] The notice of commencement further made reference to the fact that an EA under section 5 of the CEAA was required for “this project” because DFO may issue a permit or licence under subsection 35(2) of the *Fisheries Act*. The notice of commencement also indicated that the Project was being assessed by the Government of British Columbia and that the Agency would act as the federal environmental assessment coordinator for this EA.

(3) Initial tracking decision

[96] It may not have been entirely clear on what legal basis it was initially determined by DFO in mid-May 2004, that the proper track to follow in the EA of the Project was that of a comprehensive study and not a screening. However, this issue is clarified for the benefit of other federal departments in a letter prepared by DFO dated May 31, 2004, where it is clearly stated that “DFO has determined that the proposed project will require a Comprehensive Study level review based on a proposed ore production capacity of up to 50 000 tonnes/day which exceeds the threshold of 600 tonnes/day threshold under Section 16(c) of CEAA’s Comprehensive Study List Regulations” (emphasis added).

[97] Moreover, other federal departments were informed at the same time, by the letter of May 31, 2004, that the Project as scoped by DFO encompassed the proposed mine and mill as well as certain accessory physical works:

canadien d’évaluation environnementale], annonçant que le MPO procéderait à une étude approfondie à compter du 19 mai 2004 et décrivant le projet comme suit :

[TRADUCTION]

MINE À CIEL OUVERT AVEC INFRASTRUCTURE CONNEXE, Y COMPRIS DÉPÔT DE RÉSIDUS MINIERES, ROUTES D’ACCÈS, PRISES D’EAU, LIGNES DE TRANSMISSION ET BÂTIMENTS ANNEXES (P. EX. ENTRETIEN, CAMP). La portée du projet sera ajoutée lorsqu’elle sera disponible.

[95] L’avis de lancement faisant également référence au fait que selon l’article 5 de la LCEE, une évaluation était exigée pour [TRADUCTION] « ce projet » parce qu’il se pouvait que le MPO délivre un permis en application du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. L’avis de lancement indiquait aussi que le gouvernement de la Colombie-Britannique évaluait le projet et que pour l’EE en question, l’Agence agirait comme coordonnateur fédéral de l’évaluation environnementale.

3) La décision initiale en matière de processus

[96] Le fondement sur lequel le MPO a décidé au départ, au milieu du mois de mai 2004, que le processus qu’il convenait de suivre dans le cadre de l’EE du projet était celui d’une étude approfondie et non d’un examen préliminaire n’était pas tout à fait clair. Cependant, cette question est clarifiée, dans l’intérêt d’autres ministères fédéraux, dans une lettre que le MPO a rédigée le 31 mai 2004 et où il est clairement indiqué que [TRADUCTION] « le MPO a décidé que le projet proposé nécessitera un examen de niveau “étude approfondie”, au vu d’une capacité de production de minerai proposée d’un maximum de 50 000 tonnes par jour, ce qui excède le seuil de 600 tonnes par jour que prévoit le point 16c) du Règlement sur la liste d’étude approfondie, pris en vertu de la LCEE » (non souligné dans l’original).

[97] Par ailleurs, d’autres ministères fédéraux ont été informés en même temps, par la lettre du 31 mai 2004, que le projet, dont le MPO avait déterminé la portée, englobait la mine et l’usine de concentration proposées, de même que certains ouvrages accessoires :

A preliminary scope of the project under CEAA will include:

(i) Principal project

Construction and operation of an open pit gold-copper mine and mill with an ore production rate of up to 50 000 tonnes per day.

(ii) Accessory physical works

Under the CEAA linkage principal: tailings impoundment area, low grade stockpiles, waste rocks storage facility(ies), mine camp and associated works, water supply, ancillary facilities, explosives storage and/or manufacturing facility, maintenance shop, new access/haul roads and related infrastructure, upgrade of existing access roads and related infrastructure, use of Highway 37 & 37A by concentrate haul trucks, power supply and associated works, any off-site or on-site compensation and mitigation works as required, and any other physical works or activities which form an integral part of the project.

Should another RA be identified or new information relevant to the scope of project be forthcoming, the final scope of the project may include accommodating adjustments to the above. The final scope of document will be reflected in a separate “Scoping Document” under development by DFO pursuant to Section 21(1) of the CEAA. DFO will be initiating the Sec 21 public consultation exercise on scoping soon and will be consulting other RAs on the content of the scoping document. [Emphasis added.]

(4) Departments’ responses

[98] Transport Canada (TC) promptly responded in writing to DFO. Its response states that “[t]he scoping appears to be correct based on the information received to date” but advises that TC may have a paragraph 5(1)(d) trigger [of the CEAA], namely subsection 5(1) of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, for bridges crossing navigable waterways. At a later date, however, upon further examination of Project information for the access road, TC determined that it would not require an approval under this Act and it was,

[TRANSDUCTION]

La portée préliminaire du projet visé par la LCEE comportera ce qui suit :

(i) Le projet principal

La construction et l’exploitation d’une mine de cuivre-or à ciel ouvert, ainsi que d’une usine de concentration, avec une production de minerai pouvant atteindre 50 000 tonnes par jour.

(ii) Ouvrages accessoires

Dans le cadre du projet principal visé par le LCEE : dépôt de résidus miniers, piles de minerai de basse teneur, installation(s) de stockage de déchets de roche, camp minier et ouvrages connexes, système d’alimentation en eau, installations auxiliaires, installations de fabrication ou de stockage d’explosifs, atelier d’entretien, nouvelles routes d’accès ou de transport et infrastructure connexe, amélioration des routes d’accès existantes et de l’infrastructure connexe, utilisation des routes 37 et 37A par des camions de transport de concentré, système d’approvisionnement en électricité et ouvrages connexes, tous travaux de compensation et d’atténuation sur le site ou hors site nécessaires, ainsi que tout autre ouvrage ou toute autre activité faisant partie intégrante du projet.

Si une autre AR est identifiée ou si de nouveaux renseignements sont envoyés au sujet de la portée du projet, la portée définitive du projet peut inclure le fait d’apporter des rajustements aux éléments qui précèdent. La portée définitive du document se reflétera dans un « document de détermination de la portée » distinct, que le MPO met actuellement au point en vertu du paragraphe 21(1) de la LCEE. Le MPO lancera bientôt l’exercice de consultation publique exigé par l’art. 21 sur la détermination de la portée et il consultera les autres AR sur la teneur du document de détermination de la portée. [Non souligné dans l’original.]

4) Les réponses des ministères

[98] Transports Canada (TC) a rapidement répondu par écrit au MPO. Dans sa réponse, il indique que [TRANSDUCTION] « la détermination de la portée semble correcte, au vu des renseignements reçus à ce jour », mais il indique qu’il pourrait y avoir un élément déclencheur visé à l’alinéa 5(1)d) [de la LCEE], soit le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, pour les ponts franchissant des voies d’eau navigables. Plus tard, toutefois, après avoir examiné plus en détail les

thus, no longer an RA.

[99] On June 2, 2004, NRCan responded in writing to advise that NRCan was likely to be an RA, as there was a paragraph 5(1)(d) trigger, namely section 7 [ss. 7(1)(c),(2) (as am. by S.C. 1993, c. 32, s. 4)] of the *Explosives Act*.

[100] On June 10, 2004, Indian and Northern Affairs Canada responded in writing to DFO in accordance with subsection 12(3) of the CEAA. It advised that it had no section 5 triggers but that it would respond as required by subsection 12(3) of the CEAA.

[101] On June 18, 2004, Health Canada responded in writing to DFO to advise that it had no section 5 triggers, but that it would provide specialist or expert knowledge as required pursuant to subsection 12(3) of the CEAA.

(5) Minister of the Environment

[102] In July 2004, the Agency submitted a lengthy briefing document regarding many aspects of the CEAA, including ongoing CEAA assessments, to the incoming Minister of the Environment, the Honourable Stéphane Dion (the briefing book). At page 1, it was explained that:

As a result of recent revisions to the *Canadian Environmental Assessment Act* (the Act) proclaimed through Bill C-9, the responsible authority (RA) must consult the public on its proposed approach, report on this consultation to the Minister of Environment, and recommend to the Minister whether the environmental assessment (EA) be continued by means of a comprehensive study, or the project be referred to a mediator or review panel. The Minister's decision is known as the EA track decision.

[103] The Agency also advised the Minister of the Environment that the Project would receive comprehensive study under the Bill C-9 [*An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act*,

renseignements du projet concernant la route d'accès, TC a décidé qu'il n'aurait pas besoin d'une approbation en vertu de cette Loi et il n'a donc plus été une AR.

[99] Le 2 juin 2004, RNCa a répondu par écrit pour indiquer qu'il était vraisemblablement une AR, car il y avait un élément déclencheur visé à l'alinéa 5(1)d, soit l'article 7 [art. 7(1)(c),(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 32, art. 4)] de la *Loi sur les explosifs*.

[100] Le 10 juin 2004, Affaires indiennes et du Nord Canada a répondu par écrit au MPO, conformément au paragraphe 12(3) de la LCEE. Il a indiqué qu'il n'avait pas d'éléments déclencheurs visés à l'article 5, mais qu'il répondrait, comme l'exigeait le paragraphe 12(3) de la LCEE.

[101] Le 18 juin 2004, Santé Canada a répondu par écrit au MPO pour indiquer qu'il n'avait pas d'éléments déclencheurs visés à l'article 5, mais qu'il fournirait au besoin les connaissances spécialisées voulues, aux termes du paragraphe 12(3) de la LCEE.

5) Le ministre de l'Environnement

[102] En juillet 2004, l'Agence a présenté un long document d'information portant sur de nombreux aspects de la LCEE, y compris les évaluations menées à ce moment-là sous le régime de la LCEE, au nouveau ministre de l'Environnement, l'honorable Stéphane Dion (le dossier d'information). À la page 1 de ce dossier, il a été expliqué que :

[TRADUCTION] À la suite de révisions récentes à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (la Loi), proclamées par l'entremise du projet de loi C-9, l'autorité responsable (AR) doit consulter le public sur l'approche qu'elle se propose de suivre, rendre compte de cette consultation au ministre de l'Environnement et recommander à ce dernier s'il faut poursuivre l'évaluation environnementale (EE) au moyen d'une étude approfondie, ou alors renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission. La décision du ministre porte le nom de « décision sur le processus en matière d'EE ».

[103] L'Agence a également informé le ministre de l'Environnement que le projet ferait l'objet d'une étude approfondie sous le régime de la Loi révisée [L.C. 2003, ch. 9] par le projet de loi C-9 [*Loi modifiant la Loi*

2nd Sess., 37th Parl., 2002] revised Act [S.C. 2003, c. 9]:

DFO is the RA, but had not yet formally identified the scope of the project for the purposes of the comprehensive study. The review will be conducted in a single, cooperative review with British Columbia. The RA is expected to initiate a 30-day public consultation period on the draft scope of the project in August. A recommendation to the Minister of the EA track decision is expected in September.

(6) Work plan

[104] On July 28, 2004, in accordance with clause 14 of the Agreement, a draft work plan was prepared by the Agency for the cooperative EA of the Project (the draft work plan). It mentioned that the Project exceeded both the threshold of 3 000 tonnes per day of ore production and the threshold of 600 tonnes per day in ore production capacity for gold listed respectively under paragraphs 16(a) and (c) [of the schedule] to the *Comprehensive Study List Regulations* [SOR/94-638] (CSL Regulations). The plan set out a tentative Project review schedule, including the public consultation for a CEAA comprehensive study and the preparation of same within the provincial legislated timelines, based on the assumption that RCDC's application would have been accepted for formal detailed review by September 14, 2004.

[105] On October 18, 2004, the draft work plan was revised by the Agency and new dates were inscribed, this time based on the assumption that RCDC's application would have been accepted for formal detailed review by October 27, 2004 (and not September 14, 2004). The Project was still to be assessed by the RAs by way of a comprehensive study and the public was to be invited to make comments to the RAs with respect to the proposed scope of the Project, the factors proposed to be considered in the EA, the proposed study of the factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to this project.

canadienne sur l'évaluation environnementale, 2^e sess., 37^e lég., 2002] :

[TRADUCTION] Le MPO est l'AR, mais il n'a pas encore déterminé la portée du projet pour les besoins de l'étude approfondie. L'examen sera effectué dans le cadre d'un examen coopératif unique, de pair avec la Colombie-Britannique. L'AR s'attend à lancer au mois d'août une période de consultations publiques de 30 jours sur l'ébauche de portée du projet. On s'attend à recommander au ministre, en septembre, la décision sur le processus en matière d'EE qu'il convient de prendre.

6) Le plan de travail

[104] Le 28 juillet 2004, conformément à l'article 14 de l'Entente, l'Agence a établi une ébauche de plan de travail pour l'EE coopérative du projet (l'ébauche de plan de travail). Cette dernière a mentionné que le projet excédait à la fois le seuil de 3 000 tonnes de production de minerai par jour et le seuil de 600 tonnes de production de minerai par jour pour l'or, lesquels seuils sont précisés respectivement aux alinéas 16a) et c) [de l'annexe] du *Règlement sur la liste d'étude approfondie* [DORS/94-638] (Règlement LEA). Le plan exposait un calendrier d'examen provisoire, comprenant la consultation publique relative à la tenue d'une étude approfondie en vertu de la LCEE et la préparation de cette étude à l'intérieur des délais prescrits par la législation provinciale, en tenant pour acquis que la demande de RCDC aurait été acceptée en vue d'un examen détaillé officiel au plus tard le 14 septembre 2004.

[105] Le 18 octobre 2004, l'Agence a révisé l'ébauche de plan de travail et de nouvelles dates ont été inscrites, en tenant pour acquis cette fois-ci que la demande de RCDC aurait été acceptée en vue d'un examen détaillé officiel au plus tard le 27 octobre 2004 (et non le 14 septembre 2004). Il fallait encore que le projet soit évalué par les AR par la voie d'une étude approfondie, et le public devait être invité à présenter des observations aux AR en rapport avec la portée proposée du projet, les éléments qu'il était proposé de prendre en compte dans l'EE, l'étude proposée de ces éléments ainsi que la question de savoir si l'étude approfondie permettait l'examen des questions soulevées par le projet.

[106] In this regard, it was mentioned in the draft work plan:

- The Agency will set out a public comment period for the comprehensive study report (CSR) and publish a notice setting out the date on which the report will be available, the location where the report is available and the deadline for filing comments on the conclusions and recommendations of the report.

- The Agency will work with RAs making reasonable efforts to complete the public comment period on the comprehensive study report so as to allow the timing of the environmental assessment decisions of both levels of government to be coordinated.

- The goal is to produce a comprehensive study report which is, to the extent possible, based on the assessment report that accurately reflects the assessment findings under both CEAA and BCEAA, and which is completed within the provincial legislated timelines.

[107] As already mentioned in the previous subsection of these reasons for order (Provincial Assessment), by October 18, 2004, RCDC's application had already been submitted and by October 20, 2004, the Project Director had accepted the application with changes required to the application. However, the steps described in the draft work plan to complete, within the provincial 180-day time limit, a joint co-operative EA, leading to the production of a comprehensive study, were not followed or respected by the RAs.

(7) Subsequent tracking decision

[108] On or about December 9, 2004, Mr. Richard Wex of DFO wrote a letter (the Wex letter) to Mr. Steve Burgess of the Agency, stating the following:

In early May 2004, DFO, NRCan and Transport Canada (TC), which at the time advised that it was a RA, jointly initiated an EA for the Red Chris Proposal. At the onset, from the DFO perspective, there was little fisheries data available and DFO was therefore not in a position to clearly identify all aspects of the proposal that would require authorization. At the proposed minesite there were a number of components of the proposed

[106] À ce sujet, voici ce qu'on trouve dans l'ébauche de plan de travail :

[TRADUCTION]

- L'Agence établira une période d'observations publiques pour le rapport d'étude approfondie (REA) et il publiera un avis indiquant la date à laquelle ce rapport sera disponible, l'endroit où il le sera, ainsi que le délai fixé pour présenter des observations sur les conclusions et les recommandations qu'il contient.

- L'Agence, de pair avec les AR, fera des efforts raisonnables pour faire coïncider la fin de la période d'observations publiques sur le rapport d'étude approfondie, afin de permettre que les deux niveaux de gouvernement se coordonnent leurs décisions sur l'évaluation environnementale.

- L'objectif est de produire un rapport d'étude approfondie qui, dans la mesure du possible, est fondé sur le rapport d'évaluation, qui reflète avec exactitude les conclusions tirées au sujet de l'évaluation menée sous le régime de la LCEE et de la BCEAA, et qui respecte les délais fixés par la législation provinciale.

[107] Comme il a déjà été mentionné à la sous-section précédente des présents motifs d'ordonnance (L'évaluation provinciale), en date du 18 octobre 2004 la demande de RCDC avait déjà été présentée et, au 20 octobre 2004, le directeur de projet avait approuvé la demande avec les changements à y apporter. Cependant, les AR n'ont pas suivi ou respecté les étapes décrites dans l'ébauche de plan de travail en vue de réaliser, dans le délai provincial de 180 jours, une EE coopérative conjointe, menant à la production d'une étude approfondie.

7) La décision ultérieure concernant le processus

[108] Le 9 décembre 2004, ou vers cette date, M. Richard Wex, du MPO, a écrit une lettre (la lettre de M. Wex) à M. Steve Burgess, de l'Agence, dans laquelle il indique ce qui suit :

[TRADUCTION] Au début du mois de mai 2004, le MPO, NRCan et Transports Canada (TC), qui, à l'époque, avait fait savoir qu'il était une AR, ont lancé conjointement une EE au sujet de la proposition Red Chris. Au départ, pour ce qui était du MPO, il y avait peu de données halieutiques disponibles et le MPO n'était donc pas en mesure d'identifier clairement tous les aspects de la proposition qui nécessiteraient une

project which had the potential to affect fish habitat. As a result and consistent with DFO's policy on early triggering which took effect this past summer, DFO tentatively contemplated with NRCan and TC to include the TIA, the mill, the mine pit, the waste rock pile, the low grade stock pile and access roads in the scope of the project. With little detailed information on CEAA triggers and respective regulatory responsibilities and pressure to get a harmonized federal-provincial EA process started, the approach of all RAs seemed to have been to take the proponent's developmental proposal at its face value. With the proposed capacity of the mill exceeding the threshold for a comprehensive study pursuant to s.16(a) of the Comprehensive Study Regulations, a comprehensive study was initiated.

Since that initial scoping exercise, which continued into the fall under the guidance of the CEA Agency, a number of events occurred to cause DFO to re-evaluate our proposed scope of project. DFO had asked the proponent to overlay project components over fish habitat. The proponent gathered additional fisheries data, and presented the overlay to DFO in early November. DFO has recently completed its review of the new information and determined that the mill, mine pit, waste rock pile, low grade stock pile and access roads would in fact not likely result in impacts to fish habitat that would require authorization under the Fisheries Act.

...

During this time, the Federal Court handed down its decision in the True North case. This decision, consistent with previous decisions of the court, underlines the importance of considering the nature of CEAA triggers and the RAs regulatory responsibilities in the process of exercising the RAs project scoping discretion.

As a result of the new fisheries information, and consistent with the direction provided by the courts including the most recent decision in True North, DFO has reviewed its approach to scoping the Red Chris mine proposal by focussing, among other things, on its CEAA triggers and regulatory

autorisation. Au site de la mine proposée, il y avait un certain nombre d'éléments du projet proposé qui étaient susceptibles d'avoir une incidence sur l'habitat du poisson. De ce fait, et conformément à la politique du MPO sur un déclenchement hâtif qui est entrée en vigueur l'été dernier, le MPO a provisoirement envisagé avec RNCAN et TC d'inclure dans la portée du projet le DRM, l'usine de concentration, le trou de la mine, la pile de déchets de roche, la pile de minerai de basse teneur et les routes d'accès dans la portée du projet. Avec peu de renseignements détaillés sur les déclencheurs d'application de la LCEE et sur les responsabilités réglementaires respectives, et compte tenu des pressions exercées pour obtenir le lancement d'un processus d'EE fédéral-provincial harmonisé, l'approche que toutes les AR ont suivie a semblé être de considérer la proposition de mise en valeur du promoteur pour ce qu'elle semblait être. Comme la capacité proposée de la mine de concentration excède le seuil fixé pour une étude approfondie par l'alinéa 16a) du Règlement sur la liste d'étude approfondie, c'est une étude approfondie qui a été entreprise.

Depuis ce premier exercice de détermination de la portée, qui s'est poursuivi jusqu'à l'automne sous la direction de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale, un certain nombre de faits sont survenus qui ont incité le MPO à réévaluer la portée de projet que nous proposons. Le MPO avait demandé au promoteur de surimposer les éléments du projet à l'habitat du poisson. Le promoteur a recueilli des données halieutiques additionnelles, et a présenté la surimposition au MPO au début de novembre. Le MPO a récemment terminé son examen des nouveaux renseignements et a déterminé qu'en fait, l'usine de concentration, le trou de la mine, la pile de déchets de roche, la pile de minerai de basse teneur et les routes d'accès n'auraient vraisemblablement pas d'effets sur l'habitat du poisson qui nécessiteraient une autorisation en vertu de la Loi sur les pêches.

[...]

Durant ce temps, la Cour fédérale a rendu sa décision dans l'affaire True North. Cette décision, qui concorde avec les décisions antérieures de la Cour, souligne l'importance de prendre en compte les déclencheurs de l'application de la LCEE et les responsabilités réglementaires des AR dans le processus d'exercice du pouvoir discrétionnaire des AR en matière de détermination de la portée d'un projet.

À la suite des nouveaux renseignements halieutiques et conformément aux directives données par les tribunaux, y compris la décision la plus récente dans l'affaire True North, le MPO a revu son approche à l'égard de la détermination de la portée de la proposition relative à la mine Red Chris en

responsibilities, and determined a new proposed scope of project. As a result, there will no longer be a requirement for a comprehensive study since the mill will not be included in our scope of project. Accordingly, a Screening Report will be prepared.

We will now proceed to work with NRCan with the next steps to conduct an EA under the CEAA in relation to the Red Chris mine proposal. To this end DFO has agreed with NRCan to assume the “lead” RA role. [Emphasis added.]

[109] Despite the reference made in the Wex letter to the “overlay to DFO” in early November 2004 of “additional fisheries data,” the Court was unable to find in the record any documentary evidence supporting the statement made “that the mill, mine pit, waste rock pile, low grade stock pile and access roads would in fact not likely result in impacts to fish habitat that would require authorization under the Fisheries Act.” Quite the contrary, the documentary evidence on record shows that the Trail Creek system provides an important spawning and rearing system for the only inlet-spawning rainbow trout stock of Kluea Lake, and also that rainbow trout and bull trout also spawn in reaches of Quarry Creek and Northeast Arm Creek of the extent of the proposed TIA. Baseline studies have also showed that there are rainbow trout present within the lower reaches of Trail Creek, up to and including the proposed location of the South Dam of the TIA and in Kluea Lake downstream of Trail Creek. According to the documentary evidence, the proposed TIA will therefore adversely affect some fish habitat, watercourses and aquatic resources by flooding and infilling the upper reaches of Trail Creek and diverting its flows to Quarry Creek during operations and to Northeast Arm Creek after mine closure. Indeed, a fisheries compensation plan has been submitted by RCDC.

mettant l’accent, notamment, sur ses éléments déclencheurs de l’application de la LCEE et sur ses responsabilités réglementaires, et il a déterminé une nouvelle proposition de portée de projet. De ce fait, il ne sera plus nécessaire de procéder à une étude approfondie, car l’usine de concentration ne sera pas incluse dans notre portée de projet. En conséquence, c’est un rapport d’examen préalable qui sera établi.

Nous allons maintenant commencer à travailler avec NRCan aux étapes suivantes, en vue de réaliser une EE sous le régime de la LCEE, relativement à la proposition concernant la mine Red Chris. À cette fin, le MPO a convenu avec NRCan de jouer le rôle d’AR « principal ». [Non souligné dans l’original.]

[109] Malgré l’affirmation dans la lettre de M. Wex au sujet de la « surimposition au MPO » au début de novembre 2004 de « données halieutiques additionnelles », la Cour n’a pu trouver dans le dossier une preuve documentaire quelconque à l’appui de la déclaration selon laquelle [TRADUCTION] « l’usine de concentration, le trou de la mine, la pile de déchets de roche, la pile de minerai de basse teneur et les routes d’accès n’auraient vraisemblablement pas d’effets sur l’habitat du poisson qui nécessiterait une autorisation en vertu de la Loi sur les pêches ». Bien au contraire, la preuve documentaire au dossier montre, d’une part, que le système du ruisseau Trail procure un important système de frai et d’élevage au seul stock de truite arc-en-ciel du lac Kluea à frayer dans les ruisseaux et, d’autre part, que la truite arc-en-ciel et l’omble à tête plate fraient aussi dans les passages du ruisseau Quarry et du ruisseau Northeast Arm, dans les limites du DRM proposé. Des études de base ont également montré que l’on trouve de la truite arc-en-ciel dans les parties inférieures du ruisseau Trail, jusqu’à et y compris l’emplacement proposé du barrage sud du DRM, de même que dans le lac Kluea, en aval du ruisseau Trail. D’après la preuve documentaire, le DRM proposé aura donc un effet négatif sur l’habitat de certains poissons, les cours d’eau et les ressources aquatiques, en inondant et en remplissant les parties supérieures du ruisseau Trail et en dérivant ses eaux vers le ruisseau Quarry lors des opérations ainsi que vers le ruisseau Northeast Arm après la fermeture de la mine. En fait, RCDC a présenté un plan compensatoire pour les pêches.

[110] The Wex letter also refers to the decision rendered by this Court on September 16, 2004 in *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2004), 10 C.E.L.R. (3d) 55 (F.C.) (the *TrueNorth* decision—first instance). The Court notes at this point that Justice Russell’s decision in *TrueNorth* confirms the broad power under section 15 [s. 15(3) (as. am. by S.C. 1993, c. 34, s. 21(F))] of the CEAA to scope a project. The latter was subsequently upheld by the Federal Court of Appeal on January 27, 2006, *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2006] 3 F.C.R. 610 (F.C.A) (the *TrueNorth* decision—appeal). Leave for appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed without reasons on July 20, 2006 [2006] S.C.C.A. No. 197 (QL)]. Counsel for the parties in the present case do not agree on the scope and application of the *TrueNorth* decisions. These decisions, which are based on the provisions of the CEAA as they read before the coming into force of the Bill C-9 amendments, will be further discussed in the subsequent section where the Court analyses the merits of the present application.

[111] On December 14, 2004, the online notice of commencement was retroactively amended to indicate that DFO would conduct a screening commencing on May 19, 2004 (the first amended notice of commencement). There is no explicit reference to the fact that a comprehensive study had been previously announced in May 2004. Moreover, the first amended notice of commencement continued to describe the project as follows:

OPEN PIT MINE WITH ASSOCIATED INFRASTRUCTURE INCLUDING TAILINGS IMPOUNDMENT AREA, ACCESS ROADS, WATER INTAKE, TRANSMISSION LINES AND ACCESSORY BUILDINGS (E.G. MAINTENANCE, CAMPSITE) The scope of the project will be added when available.

The references to the fact that the project was also being assessed by the Government of British Columbia and that the Agency would act as the federal environmental assessment coordinator are still mentioned. While the

[110] La lettre de M. Wex fait également état de la décision que la présente Cour a rendue le 16 septembre 2004 dans *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2004 CF 1265 (la décision *TrueNorth*—première instance). La Cour signale à ce stade que la décision que le juge Russell a rendue dans *TrueNorth* confirme le vaste pouvoir que confère l’article 15 [art. 15(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21(F))] de la LCEE pour ce qui est de déterminer la portée d’un projet. Cette décision a par la suite été confirmée par la Cour d’appel fédérale, le 27 janvier 2006 : *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2006] 3 R.C.F. 610 (C.A.F.) (la décision *TrueNorth*—appel). La demande d’autorisation d’en appeler devant la Cour suprême du Canada a été rejetée sans motifs, le 20 juillet 2006 [[2006] S.C.C.A. n° 197 (QL)]. En l’espèce, les avocats des parties ne s’entendent pas sur la portée et l’application des décisions *TrueNorth*. Ces dernières, qui sont fondées sur les dispositions de la LCEE avant l’entrée en vigueur des modifications apportées par le projet de loi C-9, sont abordées plus en détail dans la section suivante, où la Cour analyse le bien-fondé de la présente demande.

[111] Le 14 décembre 2004, l’avis de lancement diffusé « en ligne » a été rétroactivement modifié afin d’indiquer que le MPO procéderait à un examen préalable à compter du 19 mai 2004 (le premier avis de lancement modifié). Il n’a pas été fait explicitement mention du fait qu’une étude approfondie avait déjà été annoncée en mai 2004. En outre, le premier avis de lancement modifié a continué de décrire le projet en ces termes :

[TRADUCTION]

MINE À CIEL OUVERT AVEC INFRASTRUCTURE CONNEXE, Y COMPRIS DÉPÔT DE RÉSIDUS MINIERS, ROUTES D’ACCÈS, PRISES D’EAU, LIGNES DE TRANSMISSION ET BÂTIMENTS ANNEXES (P. EX. ENTRETIEN, CAMP). La portée du projet sera ajoutée lorsqu’elle sera disponible.

Le fait que le projet était également évalué par le gouvernement de la Colombie-Britannique et que l’Agence agirait comme coordonnateur fédéral de l’évaluation environnementale était encore mentionné.

65-day public consultation process in British Columbia had already started in November 2004 and was due to expire on January 21, 2005, there is no formal invitation made to the public in the notice of commencement to submit their comments with respect to the Project through the former environmental assessment process.

(8) Unresolved issue respecting the amount of water

[112] The last meeting of the working group, established by BCEAO in November 2003 to provide advice and support on the Project, was held on January 11, 2005. The potential effects of the Project on fisheries habitat, as well as various mitigation and compensation options were specifically discussed on that occasion. It appears that there were still a number of important issues left unanswered, one being the amount of water that would be transferred between watersheds as a result of the operation of the TIA:

Federal agencies need to know the amount of the operation of the TIA. The comprehensive study threshold which determines the EA track is 10 million m³ per year or greater. The precise amount can be determined by calculations. The proponent responded that it is anticipated that a total of 6 to 7 million m³ of water per year would be discharged to quarry creek, beginning in approximately 2 or 3 mine operation. The proponent will provide a letter stating the amount of water to be diverted. [Emphasis added.]

[113] On February 25, 2005, in a letter addressed by DFO to the Agency, DFO confirmed that they intended to await resolution or clarification of the outstanding issues prior to completing their review of the Project. The precise amount of water to be diverted continued to remain a concern: “At the January 11, 2005 meeting in Smithers, RCDC was informed by the CEA Agency of the CEAA Comprehensive Study Regulation [*sic*] threshold for the ‘diversion of 10M m³/a or more of water from a natural water body into another material water body’” (Part III, Item 9). RCDC committed to calculating the amount of water proposed to be diverted

Même si le processus de consultation publique d’une durée de 65 jours en Colombie-Britannique avait déjà commencé en novembre 2004 et qu’il était censé prendre fin le 21 janvier 2005, aucune invitation officielle n’est faite au public, dans l’avis de lancement, pour qu’il fasse part de ses observations sur le projet dans le cadre de l’ancien processus d’évaluation environnementale.

8) La question non résolue de la quantité d’eau

[112] La dernière réunion du groupe de travail, établi par le BCEAO en novembre 2003 pour fournir une aide et des conseils à propos du projet, a eu lieu le 11 janvier 2005. À cette occasion-là, les participants ont expressément discuté des effets possibles du projet sur l’habitat du poisson, ainsi que de diverses options d’atténuation et de compensation. Il semble qu’il y avait encore un certain nombre de questions importantes laissées sans réponse, dont l’une était la quantité d’eau qui serait transférée entre les bassins hydrographiques par suite de l’exploitation du DRM :

[TRADUCTION] Les organismes fédéraux ont besoin de connaître la quantité d’eau qui résultera de l’exploitation du DRM. Le seuil de l’étude approfondie qui détermine le processus à suivre en matière d’EE est de 10 millions de m³ par année ou plus. Il est possible de déterminer le montant exact à l’aide de calculs. Le promoteur a répondu qu’il est prévu qu’une quantité totale de 6 à 7 millions de m³ d’eau par année sera rejetée dans le ruisseau Quarry, après un délai environ 2 ou 3 mois d’exploitation de la mine. Le promoteur fournira une lettre indiquant la quantité d’eau à faire dériver. [Non souligné dans l’original.]

[113] Le 25 février 2005, dans une lettre adressée à l’Agence, le MPO a confirmé qu’il avait l’intention d’attendre que les questions en suspens soient réglées ou clarifiées avant de conclure son examen du projet. La quantité précise d’eau à faire dériver a continué d’être une préoccupation : [TRADUCTION] « À la réunion du 11 janvier 2005 tenue à Smithers, l’ACÉE a informé RCDC du seuil indiqué dans le *Règlement sur la liste d’étude approfondie* pris en vertu de la LCEE concernant la “dérivation de 10M m³/a d’eau ou plus d’un plan d’eau naturel dans un autre” (partie III, point 9). RCDC s’est engagée à calculer la quantité d’eau qu’il était proposé

from the Trail Creek to the Quarry Creek watershed. To date, this information has still not been provided.”

(9) The scoping decision of March 2005

[114] In a letter dated March 11, 2005, DFO informed BCEAO that the RAs had “determined the scope of project for the purposes of an environmental assessment under the CEAA in relation to the Red Chris Project” (the scoping decision of March 2005). Specifically, the letter stated:

In accordance with subsection 15(1) of the CEAA, the responsible authorities have determined that the scope of the project for the purposes of the environmental assessment under the CEAA will be the construction, operation, modification and decommissioning of the following physical works:

- Tailings Impoundment Area including barriers and seepage dams in the headwaters of Trail, Quarry and NE Arm creeks.
- Water diversion system in the headwaters of Trail, Quarry, and NE Arm creeks.
- Ancillary Facilities supporting the above mentioned (i.e. process water supply pipeline intake) on the Klappan River.
- Explosives storage and/or manufacturing facility on the mine property.

The environmental assessment under the CEAA of the project as scoped above will be conducted in accordance with the requirements of s. 18(1) of the CEAA at the level of screening. [Emphasis added.]

[115] On March 15, 2005, the online notice of commencement was amended retroactively for a second time, stating that both DFO and NRCan would conduct a screening of the project commencing May 19, 2004 (the second amended notice of commencement). This was the first time that NRCan’s involvement as an RA was mentioned. Accordingly, the notice of commencement was amended to also state that an environmental assessment was required under section 5

de faire dériver du ruisseau Trail jusqu’au bassin hydrographique du ruisseau Quarry. À ce jour, cette information n’a pas encore été fournie. »

9) La décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée

[114] Dans une lettre datée du 11 mars 2005, le MPO a informé le BCEAO que les AR avaient [TRADUCTION] « déterminé la portée du projet pour les fins de la tenue d’une évaluation environnementale sous le régime de la LCEE, relativement au projet Red Chris » (la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée). Plus précisément, la lettre indiquait ce qui suit :

[TRADUCTION] Conformément au paragraphe 15(1) de la LCEE, les autorités responsables ont décidé que la portée du projet, pour les besoins de la tenue d’une évaluation environnementale sous le régime de la LCEE, sera la construction, l’exploitation, la modification et la désaffectation des ouvrages suivants :

- le dépôt de résidus miniers, y compris les bassins et les barrages anti-infiltration dans les eaux d’amont des ruisseaux Trail, Quarry et NE Arm;
- un système de dérivation dans les eaux d’amont des ruisseaux Trail, Quarry, et NE Arm;
- les installations auxiliaires à l’appui des éléments susmentionnés (c’est-à-dire, la prise du pipeline transportant l’eau de traitement) sur la rivière Klappan;
- l’installation de fabrication ou de stockage d’explosifs sur le terrain de la mine.

L’évaluation environnementale du projet en vertu de la LCEE, dont la portée est déterminée ci-dessus, se déroulera conformément aux exigences du paragraphe 18(1) de la LCEE, au niveau de l’examen préalable. [Non souligné dans l’original.]

[115] Le 15 mars 2005, l’avis de lancement diffusé « en ligne » a été modifié rétroactivement pour une deuxième fois; il a été indiqué que le MPO et NRCan procéderaient à un examen préalable du projet à compter du 19 mai 2005 (le deuxième avis de lancement modifié). Il s’agissait de la première fois que l’on faisait état de la participation de NRCan à titre d’AR. Par conséquent, l’avis de lancement a été modifié pour indiquer aussi qu’il était nécessaire de procéder à une

of the CEAA pursuant to paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act*. Furthermore, the notice of commencement continued to state that the scope of the project would be added when available.

[116] On March 24, 2005, the online notice of commencement was amended a third and final time (the third amended notice of commencement) in order to specify that an EA was required because: (1) NRCan was contemplating the issuance of a licence pursuant to paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act* for construction of the explosives storage and/or manufacturing facility on the mine property; (2) DFO was contemplating the issuance of authorizations under section 25 [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 6] of the *Fisheries Act* for the harmful alteration, disruption of fish habitat; and (3) regulations to be made by the Governor in Council were being contemplated to list the headwaters of Trail Creek as a TIA on Schedule 2 of the MMER pursuant to paragraphs 36(5)(a) to (e) of the *Fisheries Act*.

[117] Furthermore, the third amended notice of commencement stated that, in accordance with subsection 15(1) of the CEAA, the RAs had determined that the scope of the Project for the purposes of environmental assessment under the CEAA would be:

... the construction, operation, modification and de-commissioning of the following physical works: Tailings Impoundment Area including barriers and seepage dams in the headwaters of Trial, Quarry and NE Arm creeks. Water diversion system in the headwaters of Trail, Quarry, and NE Arm creeks. Ancillary Facilities supporting the above mentioned (i.e. process water supply pipeline intake) on the Klappan River. Explosives storage and/or manufacturing facility on the mine property. [Emphasis added.]

[118] It appears from the documentary evidence on record that as of March 2005, when the “scoping decision” which appears on the third amended notice of commencement was made, the RAs were still struggling to obtain key information from RCDC. The exact scope of the project remained a matter of concern. In a letter dated March 30, 2005, addressed by NRCan to BCEAO

évaluation environnementale en vertu de l’article 5 de la LCEE, conformément à l’alinéa 7(1)a) de la *Loi sur les explosifs*. En outre, l’avis de lancement a continué d’indiquer que l’on ajouterait la portée du projet quand celle-ci serait disponible.

[116] Le 24 mars 2005, l’avis de lancement « en ligne » a été modifié une troisième et dernière fois (le troisième avis de lancement modifié) afin de préciser qu’il était nécessaire de procéder à une EE parce que : 1) RNCan envisageait de délivrer un permis en application de l’alinéa 7(1)a) de la *Loi sur les explosifs*, pour la construction, sur le terrain de la mine, de l’installation de fabrication ou de stockage d’explosifs; 2) le MPO envisageait de délivrer des autorisations en vertu de l’article 25 [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 6] de la *Loi sur les pêches*, pour la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson; 3) il était envisagé que les règlements pris par le gouverneur en conseil ajouteraient les eaux d’amont du ruisseau Trail dans la liste des DRM figurant à l’annexe 2 du REMM, conformément aux alinéas 36(5)a) à e) de la *Loi sur les pêches*.

[117] En outre, le troisième avis de lancement modifié indiquait que, conformément au paragraphe 15(1) de la LCEE, les AR avaient décidé que la portée du projet, pour les fins d’une évaluation environnementale sous le régime de la LCEE, serait la suivante :

[TRADUCTION] [. . .] la construction, l’exploitation, la modification et la désaffectation des ouvrages suivants : dépôt de résidus miniers, y compris bassins et barrages anti-infiltration dans les eaux d’amont des ruisseaux Trial, Quarry et NE Arm. Système de dérivation dans les eaux d’amont des ruisseaux Trail, Quarry et NE Arm. Installations auxiliaires à l’appui des éléments susmentionnés (c’est-à-dire, prise d’eau de traitement par pipeline) sur la rivière Klappan. Installations de fabrication ou de stockage d’explosifs sur le terrain de la mine. [Non souligné dans l’original.]

[118] D’après la preuve documentaire au dossier, il semble qu’au mois de mars 2005, quand a été prise la « décision concernant la détermination de la portée » qui figure dans le troisième avis de lancement modifié, les AR s’efforçaient encore d’obtenir des renseignements importants de RCDC. La portée exacte du projet suscitait encore des préoccupations. Dans une lettre

in the context of its first draft report, NRCan stressed that “[i]t would be difficult for us to complete the EA before understanding potential impacts and whether or not they can be mitigated” (emphasis added). Key outstanding issues needed to be clarified or resolved by RCDC including “[s]pecification of planned discharged locations from and the TMF, post closure”; “[d]ilution in the TMF to manage water quality for various metals”; “the management of low-grade material if it cannot be processed”; “[t]iming of discharges”; “the volume of till available in the immediate vicinity of the project”; “geological and geotechnical complexity of the open pit site and the potential for slope instabilities on the south walls of the open pit”; “[t]errain hazards along access roads”; “the availability of larger borrow pits for material to be used as cover material for the waste rock dump”; “bedrock contact depth” (with respect to the tailing storage facilities); the nature of certain “modification to the mine plan and how this is going to affect the mine facilities”; and finally: “we need the total volume of water that will be diverted from one water body to another and we need to resolve the issue regarding the SARA species of the Western Toad” (emphasis added).

[119] It must be remembered that the Project “as scoped” by the RAs in March 2005 included the water diversion system and that section 9 [of the schedule] to the CSL Regulations had been identified by the Agency at the January 11, 2005 meeting as a threshold that could be potentially exceeded. If this was the case, even “as scoped” by the RAs, the EA of the Project would have needed to be conducted by way of a comprehensive study and not a screening.

[120] On April 1, 2005, DFO advised the Agency that it was unable to provide significant comments with respect to the draft assessment report prepared by BCEAO. Moreover, further clarification was needed from RCDC with respect to the habitat compensation

datée du 30 mars 2005, que RNCa a adressée au BCEAO dans le contexte de son premier rapport préliminaire, RNCa a souligné que [TRADUCTION] « il serait difficile pour nous d’effectuer l’EE avant de connaître les effets potentiels et de savoir si ces derniers peuvent être atténués ou non » (non souligné dans l’original). Les principales questions en suspens que RCDC devait clarifier ou régler comprenaient ce qui suit : [TRADUCTION] « spécification des emplacements de rejet prévus à partir du TMF, après la fermeture »; « dilution dans le TMF afin de gérer la qualité de l’eau pour divers métaux »; « la gestion des matières de basse teneur s’il est impossible de les transformer »; « moment des rejets »; « le volume d’argile disponible dans les environs immédiats du projet »; « la complexité géologique et géotechnique du site à ciel ouvert ainsi que le risque d’instabilité des parois sud du puits à ciel ouvert »; « risques du terrain le long des routes d’accès »; « la disponibilité d’importants bancs d’emprunt afin d’obtenir des matières de couverture pour le dépôt de déchets de roche »; « la profondeur de contact du lit de roche » (en ce qui concerne les installations de stockage de résidus); la nature de certaines « modifications au plan de la mine et les effets que cela aura sur les installations de la mine »; et, pour conclure : « nous avons besoin du volume total d’eau qui sera dérivé d’un plan d’eau à un autre et nous devons régler le problème touchant une espèce visée par la LEP, le Crapaud de l’Ouest » (non souligné dans l’original).

[119] Il faut se souvenir que le projet dont les AR avaient déterminé la portée en mars 2005, comprenait le système de dérivation d’eau et que l’Agence, à l’occasion de la réunion du 11 janvier 2005, avait indiqué que l’article 9 [de l’annexe] du Règlement LEA était un seuil qu’il était possible d’excéder. Si tel était le cas, l’EE du projet, même de la manière « définie » par les AR, allait devoir être menée sous la forme d’une étude approfondie, et non d’un examen préliminaire.

[120] Le 1^{er} avril 2005, le MPO a informé l’Agence qu’il lui était impossible de présenter des commentaires importants sur l’ébauche du rapport d’évaluation que le BCEAO avait établie. En outre, il était nécessaire d’obtenir de RCDC de plus amples éclaircissements sur

plan: “To date, no further information has been received from RCDC to allow DFO to initiate the MMER process with Environment Canada.” In addition, DFO advised the Agency that it had received no response from RCDC about water diversion while “[i]tem 9 of the CEAA Comprehensive Study Regulations . . . was identified by the Agency at the January 11, 2005 meeting in Smithers as a threshold that may be potentially exceeded.”

(10) Provincial assessment

[121] As aforementioned in the previous subsection (Provincial Assessment), the BCEAO report was released on or around July 22, 2005. It concluded that based on the information provided by RCDC, the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects taking into account the implementation of mitigation measures committed to by RCDC.

[122] Again, it is useful to be reminded here that the BCEAO Report further stated in its review conclusions [at page 88]:

Federal RAs are preparing a separate CEAA Project screening report based on sections of this report. Federal RAs have stated that they expect to conclude that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects, assuming the implementation of proposed mitigation measures and monitoring programs. [Emphasis added.]

[123] That being said, it took several months for the RAs to complete the EA of the Project.

(11) Consultations with the First Nations

[124] In keeping with the intent of the RAs to consult First Nations in the review of the Project, on January 10, 2006, the Tahltan Band Council and the Iskut First Nation were specifically invited to make comments by February 10, 2006 respecting a draft of a screening

le plan de compensation de l’habitat : [TRADUCTION] « À ce jour, le MPO n’a reçu aucune autre information de la part de RCDC qui lui permettrait de lancer avec Environnement Canada le processus prévu par le REMM ». En outre, le MPO a informé l’Agence qu’il n’avait reçu aucune réponse de RCDC à propos de la dérivation des eaux, tandis que « l’Agence a indiqué, à l’occasion de la réunion tenue le 11 janvier 2005 à Smithers, que le point 9 du *Règlement sur la liste d’étude approfondie* [. . .] constituait un seuil qu’il était possible d’excéder ».

10) L’évaluation provinciale

[121] Comme il a été mentionné à la sous-section précédente (L’évaluation provinciale), le rapport du BCEAO a été rendu public le 22 juillet 2005, ou vers cette date. On y concluait qu’au vu des informations que RCDC avait fournies, le projet n’était pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants, compte tenu de la mise en œuvre des mesures d’atténuation que RCDC s’était engagée à prendre.

[122] Là encore, il est utile de rappeler ici que, dans son rapport, le BCEAO a déclaré de plus dans ses conclusions d’examen [à la page 88] :

[TRADUCTION] Les autorités responsables fédérales préparent actuellement un rapport d’examen préalable du projet sous le régime de la LCEE, qui est fondé sur des sections du présent rapport. Les AR fédérales ont déclaré qu’elles s’attendent à conclure que le projet n’est pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants, en supposant que les mesures d’atténuation et les programmes de suivi proposés seront mis en œuvre. [Non souligné dans l’original.]

[123] Cela étant dit, il a fallu aux AR plusieurs mois pour terminer l’EE du projet.

11) Les consultations tenues avec les Premières nations

[124] Conformément à l’intention des AR de consulter les Premières nations dans le cadre de l’examen du projet, le 10 janvier 2006 le conseil de la bande de Tahltan et la Première nation d’Iskut ont été expressément invités à présenter des observations, au

report the RAs had agreed to disclose prior to finalizing the screening report. No prior disclosure of such draft report was made on the Internet site and no such solicitation to receive comments from the general public was made by the RAs in the case at bar.

(12) Screening report

[125] The RAs completed their EA and produced a screening report on or about April 16, 2006, under the purported authority of section 18 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 23(F); 2003, c. 9, s. 9] of the CEAA (the screening report).

[126] The screening report stated that it was “based on information collected through the cooperative federal/provincial EA process” (section 7 of the screening report). The RAs concluded that “taking into account the implementation of the mitigation measures, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects.” The scope of the project, as described at page 10 of the screening report, was larger than that described in the third amended notice of commencement and contained the following three additions:

- The deposit of a deleterious substance (tailings) into a Tailing Impoundment Area (TIA);
- Any works or undertakings required as mitigation and compensation for the harmful alteration, disruption or destruction (HADD) of fish habitat associated with construction of the TIA that may require an authorization under the *Fisheries Act*; and
- Any works or undertakings required as compensation for the deposit of tailings into the TIA that may require an authorization under the *Fisheries Act*.

[127] With regard to the subject of consultation, the screening report read as follows:

plus tard le 10 février 2006, sur une ébauche de rapport d’examen préliminaire que les AR avaient convenu de rendre public avant de mettre la dernière main au rapport d’examen préalable. En l’espèce, aucune communication antérieure d’une telle ébauche de rapport n’a été faite sur le site Internet, et les AR n’ont pas sollicité des observations du grand public.

12) Le rapport d’examen préalable

[125] Les AR ont terminé leur EE et ont produit un rapport d’examen préalable le 16 avril 2006, ou vers cette date, en se fondant sur le pouvoir censément conféré par l’article 18 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 23(F); 2003, ch. 9, art. 9] de la LCEE (le rapport d’examen préalable).

[126] Le rapport d’examen préalable indiquait qu’il était [TRADUCTION] « fondé sur des renseignements recueillis dans le cadre du processus d’EE fédéral-provincial coopératif » (l’article 7 du rapport d’examen préalable). Les AR ont conclu que « en tenant compte de la mise en œuvre des mesures d’atténuation, le projet n’est pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants ». La portée du projet, telle que décrite à la page 10 du rapport d’examen préalable, était supérieure à celle qui était décrite dans le troisième avis de lancement modifié, et contenait les trois ajouts suivants :

[TRADUCTION]

- Le rejet d’une substance nocive (des résidus) dans un dépôt de résidus miniers (DRM);
- tous les ouvrages ou entreprises nécessaires à titre de mesures d’atténuation et de compensation pour la détérioration, la destruction ou la perturbation (DDP) de l’habitat du poisson qui sont associées à la construction du DRM et qui peuvent nécessiter une autorisation en vertu de la *Loi sur les pêches*;
- tous les ouvrages ou entreprises nécessaires à titre de compensation pour le rejet de résidus dans le DRM qui peuvent nécessiter une autorisation en vertu de la *Loi sur les pêches*.

[127] En ce qui concerne le sujet des consultations, le rapport d’examen préalable indiquait ce qui suit :

The BCEAO led consultations with the Proponent, local governments, First Nations, federal and provincial agencies, and other communities of interest (with emphasis in Stewart, Iskut, Dease Lake, and Telegraph Creek) to provide opportunities to review the proposed development and to ensure their input into the EA process. The RAs have used the information collected from these consultations to inform their screening decision. A summary of consultation efforts with First Nations can be found in Sections 3 and 5.4, and Appendices E and F of the BCEAO report. A summary of community consultation efforts undertaken by the Proponent and BCEAO are presented in Section 3.2 of the BCEAO report.

The RAs are satisfied that this effort towards public consultation provided sufficient and satisfactory opportunities for public input into the Red Chris EA process. Based on the extent of consultation that has been conducted by the Government of BC and the Proponent, and the information that the RAs received from this consultation, the RAs are of the opinion that public participation in the screening of the Project under CEAA 18(3) is not appropriate under these circumstances. [Emphasis added.]

(13) The course of action decision

[128] On May 2, 2006, the RAs took a course of action under the purported authority of paragraph 20(1)(a) of the CEAA (the course of action decision). More particularly, the RAs determined that the Project “as scoped” by them was not likely to cause “significant adverse environmental effects”.

[129] The course of action decision was posted on the Registry on May 10, 2006. At this time, the general public was able to consult the screening report.

[130] Under the course of action decision, RCDC and related contractors could proceed with the process of applying for a licence as issued by NRCan pursuant to paragraph 7(1)(a) of the *Explosives Act*. DFO could also proceed as appropriate with a subsection 35(2) *Fisheries Act* authorization for the HADD of fish habitat. Furthermore, DFO was required to consider the screening report in relation to determining whether to recommend to the Governor in Council the designation

[TRADUCTION] Le BCEAO a mené des consultations avec le promoteur, les administrations locales, les Premières nations, les organismes fédéraux et provinciaux et d'autres collectivités intéressées (en mettant l'accent sur Stewart, Iskut, Lake Dease et Telegraph Creek) afin de donner la possibilité de passer en revue le projet proposé et de veiller à ce que ces parties contribuent au processus d'EE. Les AR se sont servies des renseignements recueillis lors de ces consultations pour éclairer la décision consécutive à l'examen préalable. Un sommaire des mesures de consultation prises auprès des Premières nations figure aux sections 3 et 5.4, ainsi qu'aux annexes E et F du rapport du BCEAO. Un sommaire des mesures de consultation des collectivités qui ont été prises par le promoteur et le BCEAO est présenté à la section 3.2 du rapport du BCEAO.

Les AR sont convaincues que cet effort de consultation publique a fourni au public des possibilités suffisantes et satisfaisantes de contribuer au processus d'EE du projet Red Chris. D'après l'ampleur des consultations que le gouvernement de la Colombie-Britannique et le promoteur ont menées, et les renseignements que les AR ont reçus par la suite, ces dernières sont d'avis que la participation du public à l'examen préalable du projet en vertu du paragraphe 18(3) de la LCÉE 18(3) n'est pas appropriée dans les circonstances. [Non souligné dans l'original.]

13) La décision sur la voie à suivre

[128] Le 2 mai 2006, les AR ont pris une décision sur la voie à suivre en se fondant sur le pouvoir censément conféré par l'alinéa 20(1)a) de la LCÉE (la décision sur la voie à suivre). Plus particulièrement, les AR ont décidé que le projet, tel qu'elles l'avaient défini, n'était pas susceptible de causer des « effets environnementaux négatifs importants ».

[129] La décision sur la voie à suivre a été portée au registre le 10 mai 2006. À ce moment-là, le grand public était en mesure de consulter le rapport d'examen préalable.

[130] Selon la décision sur la voie à suivre, RCDC et les entrepreneurs connexes pouvaient présenter une demande de permis à RNCAN, en vertu de l'alinéa 7(1)a) de la *Loi sur les explosifs*. Le MPO pouvait également procéder comme il le fallait, avec une autorisation délivrée en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, pour la DDP de l'habitat du poisson. En outre, le MPO était tenu de prendre en considération le rapport d'examen préalable, relativement au fait de décider s'il

of the headwaters of Trail Creek as a TIA on Schedule 2 of the MMER pursuant to paragraphs 36(5)(a) to (e) of the *Fisheries Act*. As of the date this application for judicial review was heard, specifically in June 2007, no authorization or licence had yet been delivered or issued and no action had yet been taken by the Cabinet.

V—THE PRESENT APPLICATION

[131] A notice of application for the present judicial review was filed by the applicant on June 9, 2006. Essentially, the Court is asked to determine whether the RAs have been under the legal duty, since the EA was announced on the Registry in May 2004, to conduct a comprehensive study and to consult the public prior to taking a course of action decision in respect of the Project.

[132] At issue in this case, is the right of the RAs to make the course of action decision under the purported authority of paragraph 20(1)(a) of the CEAA. The applicant claims that section 20 of the CEAA does not apply to the EA of the Project. The applicant states that pursuant to section 13 of the CEAA, any course of action decision taken in this case must be made under section 37 of the CEAA before the Project is allowed to proceed and before authorizations or licences are given or issued by the RAs in accordance with the *Fisheries Act* and the *Explosives Act* respectively. Finally, the applicant contends that the Governor in Council ought to amend Schedule 2 of the MMER.

[133] The applicant has abandoned its earlier request for a declaration that the Project falls under section 9 [of the Schedule] to the CSL Regulations, as it exceeds the water diversion volume threshold of 10 million m³ per year. However, the applicant maintains its request that the Project be declared a “project” for which a comprehensive study is required as it exceeds the ore production capacities provided in paragraphs 16(a) and/or 16(c) [of the schedule] to the CSL Regulations. It also seeks an order in the form of a declaration declaring, *inter alia*, that the RAs were under a legal duty pursuant to subsection 21(1) [as am. by S.C. 2003,

fallait recommander au gouverneur en conseil de désigner les eaux d’amont du ruisseau Trail comme un DRM, à l’annexe 2 du REMM, aux termes des alinéas 36(5)(a) à (e) de la *Loi sur les pêches*. À la date à laquelle la présente demande de contrôle judiciaire a été entendue, en juin 2007 plus précisément, aucune autorisation ou aucun permis n’avaient encore été délivrés et aucune mesure n’avait encore été prise par le Cabinet.

V—LA PRÉSENTE DEMANDE

[131] La demanderesse a présenté le 9 juin 2006 un avis de demande concernant le présent contrôle judiciaire. Essentiellement, on demande à la Cour de décider si les AR sont légalement tenues, vu que l’EE a été annoncée dans le registre en mai 2004, de mener une étude approfondie et de consulter le public avant de prendre une décision sur la voie à suivre au sujet du projet.

[132] Le point en litige en l’espèce est le droit des AR de prendre la décision sur la voie à suivre, en se fondant sur le pouvoir censément conféré par l’alinéa 20(1)(a) de la LCEE. La demanderesse soutient que l’article 20 de la LCEE ne s’applique pas à l’EE du projet. Elle déclare qu’aux termes de l’article 13 de la LCEE, toute décision prise en l’espèce doit l’être en vertu de l’article 37 de la LCEE avant que le projet puisse aller de l’avant et avant que les AR accordent des autorisations ou délivrent des permis sous le régime de la *Loi sur les pêches* et de la *Loi sur les explosifs*, respectivement. Enfin, la demanderesse soutient que le gouverneur en conseil devrait modifier l’annexe 2 du REMM.

[133] La demanderesse a abandonné sa demande antérieure concernant une déclaration selon laquelle le projet s’inscrit sous l’article 9 [de l’annexe] du Règlement LEA, car il excède le seuil de dérivation d’eau de 10 millions de m³ par année. Cependant, elle maintient sa demande pour que le projet soit déclaré comme un « projet » pour lequel il est nécessaire de réaliser une étude approfondie car il excède les capacités de production de minerai indiquées aux alinéas 16(a) ou 16(c) [de l’annexe] du Règlement LEA. Elle sollicite également une ordonnance, sous la forme d’une déclaration, indiquant notamment que les AR étaient

c. 9, s. 12] of the CEAA to ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project, the proposed factors to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the Project. The applicant further seek an order declaring that the RAs erred in law or acted without jurisdiction in failing to perform their legal duty pursuant to subsection 21(1) of the CEAA.

[134] Furthermore, the applicant requests an order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the course of action decision. It also seeks an order prohibiting the exercise of any powers under paragraph 5(1)(d) or subsection 5(2) of the CEAA that would permit the Project to be carried out in whole or in part. Alternatively, it seeks an order in the nature of a *mandamus* compelling the RAs, the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Natural Resources and the Governor in Council, as represented by the Attorney General, to refrain from exercising any power, duty or function that would permit the Project to be carried out in whole or in part until a course of action has been taken in relation to the Project in accordance with paragraph 37(1)(a) of the CEAA, in performance of their duty to conduct an EA under section 13 of the CEAA.

VI—STANDARD OF REVIEW

[135] The Federal Court of Appeal has already addressed the issue of the standard of review in *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2001] 2 F.C. 461 (*Bow Valley*). At paragraph 55, Justice Linden noted in this regard:

The leading case dealing with sections 15 and 16 of the Act is a decision of this Court in *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* [citation omitted]. Writing for the unanimous Court, Rothstein J.A. concluded that the interpretation of the Act, a statute of general application, is a question of law reviewable on a correctness standard [citation omitted]. Consequently, this standard of review of statutory interpretation issues will be

légalement tenues, en application du paragraphe 21(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 12] de la LCEE, de veiller à ce que le public soit consulté sur la portée proposée du projet, sur les éléments que l'on proposait de prendre en compte dans l'évaluation de ce dernier, sur la portée proposée de ces éléments et sur la question de savoir si l'étude approfondie permettait l'examen des questions soulevées par le projet. La demanderesse sollicite de plus une ordonnance déclarant que les AR ont commis une erreur de droit ou agi sans compétence en omettant de s'acquitter de leur obligation légale prévue au paragraphe 21(1) de la LCEE.

[134] De plus, la demanderesse sollicite une ordonnance de *certiorari* annulant la décision sur la voie à suivre. Elle sollicite également une ordonnance interdisant d'exercer les pouvoirs conférés par l'alinéa 5(1)d) ou le paragraphe 5(2) de la LCEE qui permettraient que le projet soit mis en œuvre en tout ou en partie. Subsidiairement, elle sollicite une ordonnance de *mandamus* contraignant les AR, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Ressources naturelles et le gouverneur en conseil, représentés par le procureur général, à s'abstenir d'exercer des attributions quelconques qui permettraient que le projet soit mis en œuvre en tout ou en partie, à moins qu'une décision soit prise en rapport avec le projet, conformément à l'alinéa 37(1)a) de la LCEE, dans le cadre de l'exécution de leur obligation de mener une EE en vertu de l'article 13 de la LCEE.

VI—LA NORME DE CONTRÔLE

[135] La Cour d'appel fédérale a déjà traité de la question de la norme de contrôle dans l'arrêt *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461 (C.A.) (*Bow Valley*). Au paragraphe 55 de cet arrêt, le juge Linden a indiqué ce qui suit à cet égard :

L'arrêt qui fait jurisprudence quant à l'interprétation des articles 15 et 16 de la Loi a été prononcé par notre Cour dans l'affaire *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* [citation omise]. Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, le juge Rothstein, J.C.A., a conclu que l'interprétation de la Loi, qui est une loi d'application générale, est une question de droit et que la norme de contrôle est celle de la décision correcte [citation

employed in this case. However, in that case, this Court did not rule on the appropriate standard of review for discretionary decisions of substance pursuant to the authority granted in the Act. The Trial Judge in that case has held that the standard of review for such cases should be reasonableness. Applying the *Pushpanathan* factors, this would be appropriate in this case particularly because there is no privative clause, and because the level of expertise in administering the Act is minimal in this and most, if not all, other responsible authorities.

The Court determines that the standard of review applicable to the issues of jurisdiction and applicability of the impugned legislative and regulatory provisions to the Project raised by the applicant is that of correctness. In coming to this conclusion, all four contextual factors mentioned in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226 (presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; purposes of the legislation and of the provision in particular; and, nature of the question) have been considered by the Court.

[136] The Court must determine whether, as alleged by the applicant, the project falls under paragraphs 16(a) and/or 16(c) [of the schedule] to the CSL Regulations and whether the RAs are required by section 21 of the CEAA to consult the public on the scope of the Project and the scope of the assessment prior to making any scoping or course of action decisions with respect to the Project. The respondents submit on the contrary that section 21 does not apply since the Project “as scoped” under section 15 by the RAs is not mentioned on the CSL [comprehensive study list]; therefore, the impugned decisions or actions made by the RAs were authorized by section 18 of the CEAA.

[137] As can be seen, the Court must interpret and determine the scope of sections 15 and 21 of the CEAA. The nature of the questions of law and of law and fact involved in this case is determinative. Accordingly, the statutory interpretation issues raised in this case will be

omise]. Par conséquent, c’est cette norme de contrôle que la Cour utilisera en l’instance pour les questions se rapportant à l’interprétation de la Loi. Toutefois, dans l’arrêt précité, notre Cour n’a pas tranché la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de fond prises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi. Le juge de première instance avait estimé qu’en ce cas la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable. Vu les facteurs de l’arrêt *Pushpanathan*, cette approche serait appropriée en l’instance notamment parce qu’il n’y a pas de clause privative et parce que le degré d’expertise dans l’application de la Loi est minime en l’espèce et chez la plupart des autorités responsables, sinon toutes.

La Cour décide que la norme de contrôle qui s’applique aux questions de compétence et d’applicabilité des dispositions législatives et réglementaires contestées au projet que soulève la demanderesse est la décision correcte. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en considération les quatre facteurs contextuels qui sont mentionnés dans l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 (la présence ou l’absence d’une clause privative ou d’un droit d’appel; l’expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l’objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question).

[136] La Cour doit décider si, comme l’allègue la demanderesse, le projet tombe sous le coup des alinéas 16a) ou 16c) [de l’annexe] du Règlement LEA et si les AR sont tenues, par l’article 21 de la LCEE, de consulter le public sur la portée du projet et celle de l’évaluation avant de prendre une décision quelconque à propos de la détermination de la portée du projet ou de la voie à suivre à l’égard de ce dernier. Les défendeurs soutiennent au contraire que l’article 21 ne s’applique pas car le projet, tel que « défini » en vertu de l’article 15 par les AR, n’est pas mentionné dans la LEA [liste d’étude approfondie]; par conséquent, les décisions ou les mesures contestées que les AR ont prises étaient permises par l’article 18 de la LCEE.

[137] Comme on peut le voir, la Cour doit interpréter et déterminer la portée des articles 15 et 21 de la LCEE. La nature des questions de droit et des questions mixtes de droit et de fait qui sont en cause en l’espèce est déterminante. Les questions d’interprétation législative

decided on a correctness standard.

VII—PRELIMINARY ISSUES RAISED BY THE RESPONDENTS

[138] For the reasons indicated below (section VIII—Merits of the Case), I find that DFO correctly determined in May of 2004 that the Project is included in the CSL. The wording of section 21 of the CEAA, as amended in 2003, made public consultation mandatory. This is a clear and straightforward requirement, the significance of which appears not to have been lost on the RAs who subsequently re-tracked the Project under the *aegis* of a scoping decision thereby avoiding the rigors of the requisite public consultation process. I have accordingly decided to grant the present judicial review application. However, the Court must deal with two preliminary issues raised by the respondents. First, the proponent and the Attorney General contend that the applicant did not file its application in a timely manner. Second, the proponent challenges the applicant's standing in the matter.

A. Delay

[139] The applicant filed its notice of application for judicial review on June 9, 2006. This is within 30 days from the date the course of action decision was announced on the Registry.

(1) Parties' submissions

[140] The respondents urge the Court to conclude that this judicial review is time-barred pursuant to the 30-day time limit for filing a notice of application for judicial review, such period beginning from the time when the decision or order being reviewed was first communicated to the applicant: subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s.1 (as am. *idem*, s. 14)] (the FCA). Subsection 18.1(2) of the FCA further provides that this time may be extended, either before or after the expiry of the 30 days.

qui sont soulevées en l'espèce seront donc tranchées selon la norme de la décision correcte.

VII—QUESTIONS PRÉLIMINAIRES SOULEVÉES PAR LES DÉFENDEURS

[138] Pour les motifs indiqués ci-après (section VIII—Le bien-fondé de l'affaire), je conclus que le MPO a déterminé avec raison en mai 2004 que le projet est inclus dans la LEA. Le libellé de l'article 21 de la LCEE, tel que modifié en 2003, faisait en sorte que la consultation publique était obligatoire. Il s'agit là d'une exigence claire et nette, dont les AR ne semblent pas avoir négligé l'importance, elles qui ont procédé par la suite à un nouveau suivi du projet sous l'égide d'une décision sur la portée du projet, évitant ainsi les rigueurs du processus obligatoire de consultation publique. J'ai donc décidé de faire droit à la présente demande de contrôle judiciaire. Cependant, la Cour se doit de traiter des deux questions préliminaires que les défendeurs ont soulevées. Premièrement, le promoteur et le procureur général soutiennent que la demanderesse n'a pas déposé sa demande en temps opportun; deuxièmement, le promoteur conteste la qualité pour agir de la demanderesse en l'espèce.

A. Le délai

[139] La demanderesse a déposé son avis de demande de contrôle judiciaire le 9 juin 2006, soit moins de 30 jours après la date à laquelle la décision sur la voie à suivre a été annoncée dans le registre.

1) Les arguments des parties

[140] Les défendeurs demandent instamment à la Cour de conclure que le présent contrôle judiciaire est prescrit en raison du délai de 30 jours fixé pour déposer un avis de demande de contrôle judiciaire, lequel délai débute à partir du moment où la décision ou l'ordonnance faisant l'objet du contrôle a été communiquée pour la première fois à la demanderesse : paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la LCF). Ce même paragraphe de la LCF dispose en outre

[141] The respondents' position is that the 30-day limitation period commenced when the "scoping decision" mentioned in the third amended notice of commencement was communicated to the public on March 24, 2005 (the scoping decision of March 2005). The respondents submit that scoping decisions made under the CEAA constitute judicially reviewable decisions and that the applicant should not be permitted to collaterally attack the legality of the scoping decision.

[142] On the contrary, the applicant asserts that the application was filed on time. It submits that the 30-day limitation period began on May 10, 2006, the date the notice of the screening report was communicated to the public. The applicant contends that environmental assessments under the CEAA are, by their nature, a continuing process. Ms. Kuyek states in her affidavit that throughout 2005, she raised the applicant's concerns with various delegates or employees of the Ministry of Environment [of B.C.], DFO and the Agency. Moreover, the applicant says that until May 10, 2006, Ms. Kuyek continued to believe that the RAs would facilitate public participation.

[143] Alternatively, in the event that the Court determines that the time limitation began upon communication of the scoping decision of March 2005, the applicant, as described in its written reply, has requested leave for an extension to file.

(2) Determination by the Court

[144] The applicant is not time-barred from bringing its application which was filed within 30 days after the communication of the course of action decision. Moreover, I note that the applicant is not challenging either the scoping decision of March 2005

que ce délai peut être prolongé, soit avant soit après l'expiration des 30 jours.

[141] Les défendeurs sont d'avis que le délai de prescription de 30 jours a commencé lorsque la « décision concernant la détermination de la portée du projet », mentionnée dans le troisième avis de lancement modifié, a été communiquée au public le 24 mars 2005 (la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée). Les défendeurs font valoir que les décisions de cette nature que l'on prend sous le régime de la LCEE constituent des décisions susceptibles de contrôle judiciaire et que la demanderesse ne devrait pas avoir le droit d'attaquer de façon indirecte la légalité de la décision concernant la détermination de la portée du projet.

[142] La demanderesse soutient au contraire que la demande a été déposée à temps. Elle est d'avis que le délai de prescription de 30 jours a débuté le 10 mai 2006, soit la date à laquelle l'avis du rapport d'examen préalable a été communiqué au public. Elle ajoute que les évaluations environnementales que l'on mène en vertu de la LCEE sont, de par leur nature, des processus continus. M^{me} Kuyek déclare dans son affidavit que, pendant toute l'année 2005, elle a fait état des préoccupations de la demanderesse auprès de divers délégués ou employés du Ministry of Environment [de la C.-B.], du MPO et de l'Agence. En outre, la demanderesse dit que jusqu'au 10 mai 2006, M^{me} Kuyek a continué de croire que les AR faciliteraient la participation du public.

[143] Subsidiairement, advenant que la Cour décide que le délai de prescription a débuté quand la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée a été communiquée, la demanderesse, comme elle le décrit dans sa réponse écrite, a demandé l'autorisation d'obtenir une prorogation du délai de dépôt.

2) La décision de la Cour

[144] La demanderesse n'est pas irrecevable à présenter sa demande, qui a été déposée moins de 30 jours après la communication de la décision sur la voie à suivre. Par ailleurs, je signale que la demanderesse ne conteste ni la décision de mars 2005 concernant la

or the final scoping decision contained in the screening report, but instead alleges an ongoing breach of the duty to ensure that a comprehensive study be conducted by the RAs as required by section 21 of the CEEA, which breach culminated in the taking of the course of action decision, based on the conclusions contained in the screening report.

[145] As appears from the evidence before me, the EA of the project has been a complex and evolving process. There have been a great number of interrelated actions and interlocutory decisions taken by the various federal and provincial authorities prior to the issuance on August 24, 2005, of an assessment certificate by the provincial ministers and the taking of the course of action decision on May 2, 2006 by the RAs. The facts of this case show that since 2003, the scope of the project has been modified a number of times by the RAs throughout the EA. This is normal under the circumstances considering that a great number of variables and scenarios must be addressed by the proponent and considered by the federal and provincial authorities under various legislative and regulatory provisions.

[146] The affiant who submitted an affidavit on behalf of the Crown was directly involved in the project when the scoping decision of March 2005 was made. This affiant acknowledges that the project as scoped only included the construction, operation, modification and decommissioning of four physical works, specifically the TIA; the water diversion system in the headwaters of Trail Creek and Northeast Arm Creek; ancillary facilities supporting the aforementioned; and the explosive storage and manufacturing facility. To this extent, until February 8, 2007, the time of the cross-examination on his affidavit, the affiant was apparently unaware that three additional components had been added to the project following the scoping decision of March 2005. Upon questioning by counsel for the applicant, the affiant stated that he was unable to explain how the changes had happened. He further acknowledged that he was unaware of any notice ever being given to the public regarding this addition to the scope of the project.

détermination de la portée, ni la décision finale concernant la décision de la portée du projet qui est contenue dans le rapport d'examen préalable; elle allègue plutôt qu'il y a eu manquement continu à l'obligation de veiller à ce que les AR effectuent une étude approfondie comme le veut l'article 21 de la LCEE, lequel manquement s'est soldé par la prise de la décision sur la voie à suivre sur la base des conclusions contenues dans le rapport d'examen préalable.

[145] Comme en témoigne la preuve dont je suis saisi, l'EE du projet a été un processus complexe et évolutif. Un grand nombre de mesures interdépendantes et de décisions interlocutoires ont été prises par les diverses autorités fédérales et provinciales avant que les ministres provinciaux délivrent un certificat d'évaluation le 24 août 2005 et que les AR prennent la décision sur la voie à suivre le 2 mai 2006. Les faits de l'espèce montrent que, depuis 2003, les AR ont modifié un certain nombre de fois la portée du projet pendant toute la durée de l'EE. Cela est normal dans les circonstances, vu qu'un grand nombre de variables et de scénarios doivent être traités par le promoteur et examinés par les autorités fédérales et provinciales en vertu de diverses dispositions législatives et réglementaires.

[146] La personne qui a souscrit un affidavit pour le compte de la Couronne participait directement au projet quand la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée a été prise. Cette personne reconnaît que le projet, tel que défini, englobait uniquement la construction, l'exploitation, la modification et la désaffectation de quatre ouvrages, soit : le DRM, le système de dérivation des eaux dans les eaux d'amont des ruisseaux Trail et Northeast Arm, les installations auxiliaires étayant les éléments susmentionnés, de même que l'installation de fabrication et de stockage d'explosifs. Dans cette mesure, jusqu'au 8 février 2007, date du contre-interrogatoire sur son affidavit, l'auteur de l'affidavit n'était manifestement pas au courant que l'on avait ajouté trois éléments au projet à la suite de la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée. Répondant à des questions des avocats de la demanderesse, l'auteur a déclaré qu'il n'était pas en mesure d'expliquer de quelle façon les changements

[147] That being said, when the scoping decision of March 2005 was announced, the federal agencies were still waiting to receive from RCDC its calculations and relevant data with respect to the amount of water to be diverted from the Trail Creek to the Quarry Creek watershed. Since the project “as scoped” by the RAs in March 2005 included the water diversion system in the headwaters of Trail, Quarry and Northeast Arm creeks, the precise amount of water to be diverted was a key element of the EA conducted by the RAs. Indeed, the resulting expansion of the water structure both during the mine life and after its closure would determine the level of assessment by the RAs (screening or comprehensive study) since a comprehensive study is required in the case of the proposed construction, decommissioning or abandonment of a structure for the diversion of 10 million m³ or more of water from a natural water body into another natural water body or an expansion of such structure that would result in an inverse in the diversion capacity of more than 35 percent (section 9 of Part III [of the schedule]—Water Projects to the CSL Regulations).

[148] The courts have consistently ruled that a “decision” to be subject to judicial review must be a final decision, not an interlocutory, procedural ruling. The rationale for this is that applications for judicial review of an interlocutory ruling may ultimately be totally unnecessary: a complaining party may be successful in the end result, making the applications for judicial review of no value. Also, the unnecessary delays and expenses associated with such applications can bring the administration of justice into disrepute.

[149] In *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.), Justice Létourneau stated for the Federal Court of Appeal that [at page 335]:

étaient survenus. Il a reconnu de plus ignorer si le public avait été avisé a de cet ajout à la portée du projet.

[147] Cela étant dit, quand la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée du projet a été annoncée, les organismes fédéraux attendaient toujours que RCDC leur communique ses calculs et les données pertinentes à propos de la quantité d’eau à dériver du ruisseau Trail dans le bassin hydrographique du ruisseau Quarry. Étant donné que le projet, tel que « défini » par les AR en mars 2005, englobait le système de dérivation des eaux d’amont des ruisseaux Trail, Quarry et Northeast Arm, la quantité précise d’eau à dériver était un élément clé de l’EE menée par les AR. En fait, l’expansion résultante de la structure des eaux, aussi bien pendant la durée de la mine qu’après sa fermeture, déterminerait le niveau d’évaluation qu’effectueraient les AR (examen préalable ou étude approfondie), étant donné qu’il est nécessaire de procéder à une étude approfondie dans le cas des activités proposées de construction, de désaffectation ou de fermeture d’une structure destinée à dériver 10 millions de m³ ou plus d’eau d’un plan d’eau naturel dans un autre, ou d’un projet d’agrandissement d’une telle structure qui entraînerait une augmentation de la capacité de dérivation de plus de 35 pour cent (article 9 de la partie III [de l’annexe]—Projets hydrauliques du Règlement LEA).

[148] Il est de jurisprudence constante que, pour être susceptible d’un contrôle judiciaire, une « décision » doit être une décision définitive, et non une décision interlocutoire ou procédurale. Cela s’explique par le fait que les demandes de contrôle judiciaire concernant une décision interlocutoire peuvent en fin de compte être parfaitement inutiles : la partie plaignante peut avoir eu gain de cause au bout du compte, ce qui fait que les demandes de contrôle judiciaire ne sont d’aucune valeur. En outre, les délais et les frais inutiles que l’on associe à de telles demandes peuvent avoir pour effet de discréditer l’administration de la justice.

[149] Dans l’arrêt *Szczecka c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL), le juge Létourneau a déclaré ce qui suit, pour la Cour d’appel fédérale [au paragraphe 4] :

... unless there are special circumstances there should not be any appeal or immediate judicial review of an interlocutory judgement. Similarly, there will not be any basis for judicial review, especially immediate review, when at the end of the proceedings some other appropriate remedy exists. These rules have been applied in several court decisions specifically in order to avoid breaking up cases and the resulting delays and expenses, which interfere with the sound administration of justice and ultimately bring it into disrepute.

[150] In *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1997] 2 F.C. 719 (T.D.), Madam Justice Tremblay-Lamer, in the context of a section 18.1 proceeding, stated [at paragraph 24]: “The decisions in respect of which judicial review is available are those that make a final ruling on the merits of a case.”

[151] Although her statements were made in the context of criminal proceedings, I think McLachlin J.’s remarks [at page 641] in *R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577 are apposite here:

... I would associate myself with the view that appeals from rulings on preliminary enquiries ought to be discouraged. While the law must afford a remedy where one is needed, the remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises, namely the trial. Such restraint will prevent a plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them. It will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case.

[152] Both the applicant and the proponent agree that after the scoping decision of March 2005 was made public, the RAs changed the scope of their project determination, adding three additional project components to the four already mentioned. Although counsel for the proponent submitted at the hearing that the three components added in the screening report after March 2005 were only “refinements” of the scoping decision of March 2005, this nevertheless demonstrates a changing of the actual scope. It cannot be said then, that the scoping decision of March 2005 was a “final” decision.

[...] il ne doit pas, sauf circonstances spéciales, y avoir d’appel ou de révision judiciaire immédiate d’un jugement interlocutoire. De même, il ne doit pas y avoir ouverture au contrôle judiciaire, particulièrement un contrôle immédiat, lorsqu’il existe, au terme des procédures, un autre recours approprié. Plusieurs décisions de justice sanctionnent ces deux principes, précisément pour éviter une fragmentation des procédures ainsi que les retards et les frais inutiles qui en résultent, qui portent atteinte à une administration efficace de la justice et qui finissent par la discréditer.

[150] Dans la décision *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1997] 2 C.F. 719 (1^{re} inst.), la juge Tremblay-Lamer, dans le contexte d’une instance fondée sur l’article 18.1, a déclaré ce qui suit [au paragraphe 24] : « Les décisions à l’égard desquelles il y a ouverture à contrôle judiciaire sont celles qui adjugent sur le mérite d’une cause de façon définitive. »

[151] Bien qu’elle se soit prononcée dans le contexte d’une instance criminelle, je crois que les propos de la juge McLachlin [à la page 641] dans l’arrêt *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577 sont pertinents en l’espèce :

[...] je partage l’opinion qu’il faut décourager les appels de décisions rendues à l’enquête préliminaire. Bien que la loi doive au besoin offrir une réparation, cette réparation devrait en général être accordée dans le contexte de la procédure habituelle, savoir le procès. Cette restriction évitera qu’il y ait une pléthore d’appels interlocutoires avec les retards qu’ils entraînent nécessairement. Les tribunaux chargés de l’examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu’ils disposeront d’un tableau plus complet de la preuve et de l’affaire.

[152] Tant la demanderesse que le promoteur conviennent qu’après que la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée a été rendue publique, les AR ont modifié la portée de leur décision concernant le projet, ajoutant trois autres éléments de projet aux quatre déjà mentionnés. Même si les avocats du promoteur ont fait valoir à l’audience que les trois éléments ajoutés au rapport d’examen préalable après le mois de 2005 n’étaient que des « améliorations » apportées à la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée, cela démontre néanmoins que la portée réelle a été changée. On ne peut donc

[153] The facts of this case are also distinguishable from *Citizens' Mining Council of Newfoundland and Labrador v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 17 Admin. L.R. (3rd) 287 (F.C.T.D.) (*Citizens' Mining*), wherein Justice MacKay had to decide whether a decision under section 15 of the CEAA was a final decision and therefore subject to judicial review. Based on the evidence before him, Justice MacKay concluded as follows [at paragraph 49]:

With respect, I am not persuaded that judicial review is premature in regard to a decision, by the responsible authority, determining the scope of the project which will be assessed, and which assessment that authority will later approve or disapprove. That decision is not merely a recommendation; rather it meets a statutory requirement and provides the basis for the process of the assessment from that point on and, as a consequence, in my opinion it is a decision subject to judicial review.

[154] In *Citizens' Mining*, the application was brought approximately eight months after the terms of reference limiting the panel review to the project were finalized and approximately seven months after one of the applicant's principals was told that the terms of reference for that assessment would not be revisited (see *Citizens' Mining*, above, at paragraph 41). These extraordinary circumstances justified a departure from the normal rule that interlocutory decisions are not judicially reviewable.

[155] In this application for judicial review, however, no such extraordinary circumstances arise. The applicant was not informed that the scoping decision of March 2005 was a final one. Although the evidence suggests that the scoping decision of March 2005 was communicated to the applicant, for the reasons explained by Ms. Kuyek in her affidavit, it was not unreasonable for the applicant to believe that the scoping decision of March 2005 would be modified and the RAs would remedy what it believed to be an unlawful process by restoring the process mandated by

dire que la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée était « définitive ».

[153] Les faits de la présente espèce se distinguent aussi de ceux dont il est question dans la décision *Citizens' Mining Council of Newfoundland and Labrador c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1999] A.C.F. n° 273 (1^{re} inst.) (QL) (*Citizens' Mining*), dans laquelle le juge MacKay avait à décider si une décision rendue en vertu de l'article 15 de la LCEE était une décision définitive et donc susceptible de contrôle judiciaire. Au vu de la preuve dont il était saisi, le juge MacKay a tiré la conclusion suivante [au paragraphe 49] :

Avec égards, je ne suis pas convaincu que le contrôle judiciaire soit prématuré lorsqu'une décision est prise par l'autorité responsable au sujet de la portée du projet devant faire l'objet d'une évaluation que l'autorité en question approuvera ou refusera d'approuver. Cette décision n'est pas simplement une recommandation; elle satisfait plutôt à une exigence législative et constitue le fondement du processus d'évaluation à compter de ce moment-là de sorte qu'il s'agit à mon avis d'une décision susceptible de contrôle judiciaire.

[154] Dans l'affaire *Citizens' Mining*, la demande avait été déposée environ huit mois après que l'on eut mis au point le mandat limitant la compétence de la commission d'évaluation au projet et environ sept mois après que l'on eut dit à l'un des dirigeants du demandeur que le mandat en question ne serait pas réexaminé (voir la décision *Citizens' Mining*, précitée, au paragraphe 41). Ces circonstances extraordinaires justifiaient que l'on s'écarte de la règle habituelle selon laquelle les décisions interlocutoires ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire.

[155] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, cependant, de telles circonstances extraordinaires n'existent pas. La demanderesse n'a pas été informée que la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée était définitive. Même s'il ressort de la preuve que cette décision a été communiquée à la demanderesse, pour les raisons que M^{me} Kuyek a invoquées dans son affidavit, il n'était pas déraisonnable pour la demanderesse de croire que la décision en question serait modifiée et que les AR rectifieraient ce qu'elles croyaient être un

section 21 of the CEAA. In this regard, both sides acknowledge that the applicant corresponded with representatives of the Agency and of DFO following the issuance of the scoping decision of March 2005 to object to the lack of public consultation. Indeed, there was no final decision made by the RAs until they came to the conclusion in the screening report that public participation in the screening of the Project under subsection 18(3) was not appropriate in the circumstances and determined that the Project “as scoped” by them in the screening report was not likely to cause “significant adverse environmental effects” as stated in the course of action decision posted on the Registry on May 10, 2006.

[156] In *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1999] 1 F.C. 483 (C.A.), the Alberta Wilderness Association, the Canadian Nature Federation, the Canadian Parks and Wilderness Society, the Jasper Environmental Association, and the Pembina Institute for Appropriate Development (collectively the appellants), were seeking an order of prohibition against the Minister of Fisheries and Oceans from issuing authorizations under the *Fisheries Act* on the basis that the EA conducted by the Joint Review Panel, did not comply with the statutory requirements stipulated in the CEAA. In this case, the report prepared by the panel consisted of an EA of a proposal of the Cardinal River Coals Ltd. to build and operate a 20 km open-pit coal mine three kilometres east of Jasper National Park in Alberta.

[157] The application Judge had dismissed the application on the preliminary basis that the federal response issued by the Minister of Fisheries and Oceans had not been challenged previously by the appellants and therefore served as a barrier to the appellants’ claim [(1998), 152 F.T.R. 49 (F.C.T.D.)]. Consequently, the merits of the appellants’ arguments were not addressed. The decision of the application Judge was set aside by the Federal Court of Appeal and the matter referred back to the Court for determination on the merits.

processus illégal en rétablissant le processus que prescrit l’article 21 de la LCEE. À cet égard, les deux parties reconnaissent que la demanderesse a correspondu avec les représentants de l’Agence et du MPO après que la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée a été rendue, afin de contester le manque de consultation publique. En fait, les AR n’ont pris une décision définitive qu’après avoir conclu, dans le rapport d’examen préalable, que la participation du public à l’examen préalable du projet, conformément au paragraphe 18(3), n’était pas appropriée dans les circonstances, et après avoir décidé que le projet, tel qu’elles l’avaient « défini » dans le rapport d’examen préalable, n’était pas susceptible d’entraîner des « effets environnementaux négatifs importants », comme l’indiquait la décision sur la voie à suivre qui a été portée au registre le 10 mai 2006.

[156] Dans l’arrêt *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 C.F. 483 (C.A.), l’Alberta Wilderness Association, la Fédération canadienne de la nature, la Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada, la Jasper Environmental Association et le Pembina Institute for Appropriate Development (collectivement, les appelants) sollicitaient une ordonnance interdisant au ministre des Pêches et des Océans d’accorder des autorisations en vertu de la *Loi sur les pêches* au motif que l’EE que la commission d’examen conjoint avait menée ne satisfaisait pas aux exigences prescrites dans la LCEE. Dans cette affaire, le rapport que la commission avait établi consistait en une EE d’une proposition de Cardinal River Coals Ltd. concernant la construction et l’exploitation d’une mine de charbon à ciel ouvert de 20 km, située à trois kilomètres à l’est du parc national Jasper en Alberta.

[157] Le juge des requêtes avait rejeté la demande pour le motif préliminaire que la réponse fédérale que le ministre des Pêches et des Océans avait rendue n’avait pas été contestée auparavant par les appelants et qu’elle servait donc d’obstacle à la demande de ces derniers [[1998] A.C.F. n° 821 (1^{re} inst.) (QL)]. Par conséquent, le bien-fondé des arguments des appelants n’a pas été examiné. La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision du juge des requêtes et renvoyé l’affaire à la Cour afin qu’une décision soit rendue sur le fond.

[158] In *Alberta Wilderness Assn.*, Justice Sexton noted, at paragraphs 15-18:

In a preliminary motion prior to this appeal..., the respondents sought to strike out the appellants' original application on the basis that it was time-barred. Hugessen J., starting at paragraph 4, ...made the following comments:

Rather I think the Report should be seen as an essential statutory preliminary step required by the *Canadian Environmental Assessment Act* prior to a decision by the Minister to issue an authorization under section 35 of the *Fisheries Act*.

That decision has not been made and I think it is a fair reading of the Applicants' Originating Notice of Motion that it seeks primarily to prohibit the Minister from making it on the grounds that the Panel Report is fatally defective.

Prohibition (like *mandamus* and *quo warranto*) is a remedy specifically envisaged in section 18 of the *Federal Court Act* and like them it does not require that there be a decision or order actually in existence as a prerequisite to its exercise.

I agree with the view presented in this passage, which was adopted by Gibson J. in *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Ministry of Fisheries and Oceans)*, [1998] 4 F.C. 340 (T.D.), at page 352, note 7.

I agree with the decisions of *Bowen v. Canada*, [1998] 2 F.C. 395 (T.D.); *Friends of West Country*, *supra*, and *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325 (T.D.) which hold that an environmental assessment carried out in accordance with the Act is required before a decision such as the Minister's authorization in the present case can be issued. This view is reinforced by the decision in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, which confirmed that the guidelines that were a pre-cursor to CEAA (the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* SOR/84-467) were mandatory rather than directory in nature and, thus, failure to comply with them would deny the responsible authority the jurisdiction to proceed.

[158] Dans l'arrêt *Alberta Wilderness Assn.*, le juge Sexton a fait remarquer ce qui suit, aux paragraphes 15 à 18 :

Dans une requête préliminaire [. . .] qui a été présentée avant le présent appel, les intimés ont sollicité la radiation de la demande initiale des appelants pour le motif qu'elle était prescrite. Le juge Hugessen, au paragraphe 4, pages 240 à 242, a fait les remarques suivantes :

J'estime plutôt que le rapport devrait être considéré comme une étape préliminaire essentielle, prévue par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, qui précède la décision du ministre de donner son autorisation en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les pêches*.

Or, cette décision n'a pas encore été prise et j'estime que le fait de considérer que l'avis de requête introductive d'instance des requérants vise principalement à empêcher le ministre de rendre cette décision au motif que le rapport de la commission est irrémédiablement vicié constitue une interprétation raisonnable de celui-ci.

L'interdiction (telle le *mandamus* et le *quo warranto*) est une réparation expressément visée par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, à l'instar de ceux-ci, son exercice ne dépend pas de l'existence préalable d'une décision ni d'une ordonnance.

Je souscris à l'avis exprimé dans ce passage, qui a été adopté par le juge Gibson dans l'affaire *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] 4 C.F. 340 (1^{re} inst.), à la page 352, note 7.

Je souscris aux décisions qui ont été rendues dans les affaires *Bowen c. Canada (Procureur général)*, [1998] 2 C.F. 395 (1^{re} inst.); *Friends of the West Country*, *supra*; et *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.), où il a été statué qu'une évaluation environnementale doit avoir été effectuée conformément à la LCEE avant qu'une décision comme l'autorisation du ministre en l'espèce puisse être prise. Cette thèse est renforcée par la décision rendue dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, qui confirmait que les lignes directrices qui ont précédé la LCEE (le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467) étaient de nature impérative plutôt que directive et que l'omission de les observer aurait donc pour effet d'enlever à l'autorité responsable la compétence voulue pour agir.

The requirements of CEAA are legislated directions that are explicit in mandating the necessity of an environmental assessment as a pre-requisite to ministerial action. It is clear that the Minister has no jurisdiction to issue authorizations in the absence of an environmental assessment. It is equally clear that any assessment must be conducted in accordance with the Act, including for example, the requirement imposed under section 16 of CEAA. The fact that a federal response has been issued and remains unchallenged does not change these requirements. Thus, the appellants are entitled to argue the merits of their case. [Emphasis added.]

[159] Accordingly, this application for judicial review of the course of action decision is not time-barred since it has been served and filed within 30 days of the communication of the course of action decision. In view of my conclusion that this application is timely, it is not necessary to consider whether leave to extend the time to file ought to be granted to the applicant.

B. Standing

(1) Proponent's submissions

[160] With respect to standing, the proponent contends that the applicant has not raised a serious issue, that it does not have a genuine interest in the subject-matter and that there are other directly affected parties who chose not to come forth with an application for judicial review.

[161] The proponent submits in this regard that the applicant has not challenged the substantive outcome of the course of action decision and that the issues raised by the applicant have already been decided by this Court and the Federal Court of Appeal in the *TrueNorth* case, above. The proponent notes that the applicant is an advocacy group headquartered in Ottawa who does not represent any group of local citizens or interest groups directly affected by the Project. First Nations groups who are directly affected by the Project have not made an application for judicial review. Moreover, the proponent stresses that the applicant has chosen not to participate in the cooperative environment assessment process. Indeed, the applicant has not made any submissions on the merits of the Project to BCEAO, the RAs or RCDC.

Les exigences de la LCEE sont des directives légiférées qui exigent expressément qu'une évaluation environnementale soit effectuée avant que le ministre prenne une décision. Il est clair que le ministre n'a pas compétence pour délivrer des autorisations en l'absence d'une évaluation environnementale. Il est également clair que toute évaluation doit être effectuée conformément à la LCEE, y compris par exemple, l'exigence imposée à l'article 16 de la LCEE. Le fait qu'une réponse fédérale a été donnée et n'a pas été contestée ne change rien à ces exigences. Les appelants ont donc le droit de débattre le bien-fondé de leur cause. [Non souligné dans l'original.]

[159] La présente demande de contrôle judiciaire concernant la décision sur la voie à suivre n'est donc pas prescrite car elle a été signifiée et déposée dans les 30 jours suivant la communication de la décision en question. Comme j'ai conclu que la présente demande a été déposée en temps opportun, il est inutile d'examiner s'il convient d'accorder à la demanderesse l'autorisation de proroger le délai prévu pour présenter sa demande.

B. La qualité pour agir

1) Les arguments du promoteur

[160] S'agissant de la qualité pour agir, le promoteur soutient que la demanderesse n'a pas soulevé une question sérieuse, qu'elle ne possède pas un intérêt véritable dans l'objet de la demande et qu'il y a d'autres parties directement touchées qui ont décidé de ne pas présenter une demande de contrôle judiciaire.

[161] Le promoteur soutient à cet égard que la demanderesse n'a pas contesté le fond de la décision sur la voie à suivre et que les questions qu'elle a soulevées ont déjà été tranchées par la présente Cour ainsi que par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *TrueNorth*, précitée. Le promoteur signale que la demanderesse est un groupe d'intervention dont le siège est situé à Ottawa et qu'elle ne représente aucun groupe de citoyens ou groupes d'intérêt locaux directement touchés par le projet. Les groupes des Premières nations qui sont directement touchés par le projet n'ont pas présenté une demande de contrôle judiciaire. En outre, le promoteur souligne que la demanderesse a décidé de ne pas prendre part au processus coopératif d'évaluation environnementale. En fait, elle n'a fait aucune observation à propos du bien-fondé du projet au

BCEAO, aux AR ou à RCDC.

(2) Tripartite test

[162] The jurisprudence of the Supreme Court of Canada establishes that standing will be granted to a public interest group who wishes to challenge the exercise of administrative authority, as well as legislation, where the following tripartite test is met: a serious issue is raised; the applicant shows a genuine interest; and there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought to the Court (*Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at page 598; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at pages 251 and following).

[163] In applying this tripartite test, this Court has consistently rejected the proposition that the words “directly affected” used in subsection 18.1(1) of the FCA should be given a restricted meaning. Indeed, it has been decided in the past that an applicant who satisfies the requirements of discretionary public interest standing may seek relief under subsection 18.1(1) of the FCA even though not “directly affected”, when the Court is otherwise convinced that the particular circumstances of the case and the type of interest which the applicant hold justify status being granted (see *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 280-283; *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201 (F.C.A.), at paragraphs 65-72; *Citizens’ Mining*, above, at paragraphs 30-33; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211 (T.D.), at paragraphs 27-34).

(3) Exercise of the Court’s discretion to allow standing

[164] I accept the arguments submitted in writing and orally at the hearing on behalf of the applicant. In the exercise of my discretion, I have considered all three

2) Le critère à trois volets

[162] Il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada que l’on accorde la qualité pour agir à un groupe d’intérêt public qui souhaite contester l’exercice d’un pouvoir administratif, ainsi que des dispositions législatives, lorsque l’on satisfait au critère à trois volets qui suit : une question sérieuse est soulevée, la partie demanderesse fait preuve d’un intérêt véritable et il n’y a pas d’autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour (*Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la page 598; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, aux pages 252 et suivantes).

[163] En appliquant ce critère à trois volets, la présente Cour a systématiquement rejeté la thèse selon laquelle il convient de donner un sens restreint aux mots « directement touché » que l’on trouve au paragraphe 18.1(1) de la LCF. En fait, il a été décidé dans le passé qu’une partie demanderesse qui satisfait aux exigences de la qualité pour agir dans l’intérêt public, reconnue de façon discrétionnaire, peut demander réparation en vertu du paragraphe 18.1(1) de la LCF même si elle n’est pas « directement touchée », si la Cour est par ailleurs convaincue que les circonstances particulières de l’affaire et le type d’intérêt que possède la partie demanderesse justifient l’octroi de ce statut (voir *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 280 à 283; *Sunshine Village Corp. c. Directeur du Parc national de Banff*, [1996] A.C.F. n° 1118 (C.A.) (QL), aux paragraphes 65 à 72; *Citizens’ Mining*, précité, aux paragraphes 30 à 33; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1^{re} inst.), aux paragraphes 27 à 34).

3) L’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d’accorder la qualité pour agir

[164] Je souscris aux arguments présentés par écrit et de vive voix à l’audience pour le compte de la demanderesse. Dans le cadre de l’exercice de mon

factors of the tripartite test, as well as the purpose of the CEAA and the particular circumstances of this case.

[165] The fundamental purpose of the CEAA is to ensure that projects requiring an EA are considered in a careful and precautionary manner before federal authorities take action in connection with them, in order to ensure that such projects do not cause “significant adverse environmental effects” (paragraph 4(1)(a) [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 2] of the CEAA). Another underlying purpose is “to ensure that there be opportunities for timely and meaningful public participation throughout the environmental assessment process” (paragraph 4(1)(d) [as am. *idem*] of the CEAA) (emphasis added). Therefore, operational provisions found in the CEAA and its regulations must be interpreted and applied in a manner consistent with these purposes.

[166] For the purpose of facilitating public access to records related to environmental assessments and providing notice in a timely manner of the assessments, there is a registry called the Canadian Environmental Assessment Registry (the Registry), consisting of an Internet site and projects files (subsection 55(1) [as am. *idem*, s. 25] of the CEAA). Within 14 days after the commencement of an EA under the CEAA, notice of its commencement must be posted on the Agency’s Internet site (paragraph 55.1(2)(a) [as enacted *idem*] of the CEAA). The notice shall include a description of the scope of the project in relation to which an EA is to be conducted, as determined under section 15 of the CEAA (see paragraph 55.1(2)(c) [as enacted *idem*] of the CEAA). In the preceding section (see IV—Factual Background, particularly subsection B—Federal Assessment), I have examined the measures taken by the RAs and/or the Agency to inform the general public.

[167] In addition to any requirement to notify the public or opportunities for public participation flowing from the provisions of the CEAA, an obligation on the Crown (though not on private companies or individuals) to consult First Nations exists where Aboriginal rights may be affected by a project (see *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment*

pouvoir discrétionnaire, j’ai pris en considération les trois facteurs du critère à trois volets, de même que l’objet de la LCEE et les circonstances particulières de l’espèce.

[165] La LCEE a pour objet fondamental de veiller à ce que les projets qui nécessitent la tenue d’une EE soient étudiés avec soin et prudence avant que les autorités fédérales prennent des mesures à leur égard, afin que ces projets n’entraînent pas d’« effets environnementaux négatifs importants » (alinéa 4(1)a) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 2] de la LCEE). Un autre objet sous-jacent est « de veiller à ce que le public ait la possibilité de participer de façon significative et en temps opportun au processus de l’évaluation environnementale » (alinéa 4(1)d) [mod., *idem*] de la LCEE) (non souligné dans l’original). Par conséquent, il convient d’interpréter et d’appliquer les dispositions opérationnelles que comportent la LCEE et ses règlements d’une manière qui cadre avec ces objets.

[166] Pour faciliter l’accès du public aux dossiers relatifs aux évaluations environnementales et donner avis en temps opportun de la tenue de ces dernières, on a créé le registre canadien d’évaluation environnementale (le registre), lequel se compose d’un site Internet et de dossiers portant sur divers projets (paragraphe 55(1) [mod., *idem*, art. 25] de la LCEE). Dans les 14 jours qui suivent le début d’une EE menée sous le régime de la LCEE, un avis de son lancement doit être versé au site Internet de l’Agence (alinéa 55.1(2)a) [édicte, *idem*] de la LCEE). Cet avis doit inclure une description de la portée, déterminée en vertu de l’article 15 de la LCEE, du projet à l’égard duquel l’EE doit être effectuée (voir l’alinéa 55.1(2)c) [édicte, *idem*] de la LCEE). À la section précédente (voir IV—Le contexte factuel, et surtout la section B.—L’évaluation fédérale), j’ai examiné les mesures que les AR ou l’Agence ont prises pour informer le grand public.

[167] En plus de l’obligation de notifier le public ou de faire part des possibilités de participation du public qui découlent des dispositions de la LCEE, la Couronne (mais non les entreprises privées ou les particuliers) est tenue de consulter les Premières nations lorsqu’il est possible qu’un projet ait une incidence sur des droits ancestraux (voir *Première nation Tlingit de Taku River*

Director), [2004] 3 S.C.R. 550; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511). Indeed in *Taku River Tlingit First Nation*, above, the Supreme Court of Canada held that the process engaged in by the Province of British Columbia in respect of the EA of a mining project contemplated in the traditional territory of the Taku River Tlingit First Nation fulfilled the requirements of its duty to consult and accommodate. However, it is not necessary in this case to determine whether or not the particular requirement to consult and accommodate the members of the Tahltan and Iskut nations has been satisfied by the provincial and federal authorities involved in the EA of the project.

[168] A serious issue is raised by the applicant with respect to the legality of the course of action decision which is a final decision for the purpose of the present judicial review. In this instance, the applicant is contesting that the impugned decision represents a departure from a positive duty to consult the public. To this effect, the issue of public participation is of import, not just in this case, but for future projects across Canada. Comprehensive studies as stated, mandate public consultation.

[169] Section 21 of the CEAA which the applicant alleges to be applicable in the case at bar, has been amended substantially in 2003. The current and enhanced version of this provision was introduced by section 12 of the *An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 2003, c. 9 (the Bill C-9 amendments). The former text of section 21 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 26(F)] of the CEAA is also reproduced at the end of the present reasons for order (see Appendix “A”). The Bill C-9 amendments came into effect on October 30, 2003 and apply to the Project.

[170] The *TrueNorth* decisions invoked by the respondents to sustain the legality of the impugned actions or decisions are based on the law as it read prior

c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 R.C.S. 550; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511). En fait, dans l'arrêt *Première nation Tlingit de Taku River*, précité, la Cour suprême du Canada a décrété que le processus dans lequel la province de la Colombie-Britannique s'était engagée à l'égard de l'EE d'un projet envisagé au sein du territoire traditionnel de la Première nation Tlingit de Taku River satisfaisait aux exigences de son obligation de consultation et d'accommodement. Cependant, il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si l'obligation particulière de consulter les membres des nations de Tahltan et d'Iskut et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard a été satisfaite par les autorités provinciales et fédérales participant à l'EE du projet.

[168] La demanderesse soulève une question sérieuse à propos de la légalité de la décision sur la voie à suivre, laquelle est une décision définitive pour les besoins du présent contrôle judiciaire. En l'espèce, la demanderesse fait valoir que la décision contestée s'écarte de l'obligation positive de consulter le public. À cet effet, la question de la participation du public est importante, non seulement en l'espèce, mais aussi pour les projets ultérieurs qui seront menés dans tout le Canada. Comme il a été mentionné, les études approfondies obligent à tenir une consultation publique.

[169] L'article 21 de la LCEE, qui, d'après la demanderesse, s'applique en l'espèce, a été considérablement modifié en 2003. La version améliorée de cette disposition actuellement en vigueur a été introduite par l'article 12 de la *Loi modifiant la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 2003, ch. 9 (les modifications apportées par le projet de loi C-9). L'ancien texte de l'article 21 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 26(F)] de la LCEE est également reproduit à la fin des présents motifs d'ordonnance (voir l'annexe « A »). Les modifications apportées par le projet de loi C-9 sont entrées en vigueur le 30 octobre 2003, et elles s'appliquent au projet dont il est question en l'espèce.

[170] Les décisions *TrueNorth*, que les défendeurs ont invoquées à l'appui de la légalité des mesures ou des décisions contestées, sont fondées sur la version de

to the Bill C-9 amendments.

[171] Section 21 of the CEAA now makes public consultation mandatory when conducting an EA by means of a comprehensive study. Specifically, the new provision provides that “[w]here a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project” (emphasis added).

[172] Moreover, the new section 21 of the CEAA provides that when making an EA by means of a comprehensive study, the RA must also report to the Minister of the Environment after the public consultation regarding: the scope of the project, the factors to be considered in its assessment and the scope of those factors; the public concerns in relation to the project; the potential of the project to cause adverse environmental effects and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project. The RA must also recommend to the Minister of the Environment to continue with the EA by means of a comprehensive study or to refer the project to a mediator or review panel (subsection 21(2) of the CEAA). Again, such requirements do not exist where a screening is conducted by the RA.

[173] A duty to consult the public at an early stage on key aspects of the environmental assessment process is, therefore, one fundamental aspect introduced by the Bill C-9 amendments. Another one is participant funding. Previous subsection 58(1.1) [as enacted by S.C. 1994, c. 46, s. 4] required the Minister to establish a participant funding program to facilitate the public’s participation in mediations and assessment by a review panel. The Bill C-9 amendments [S.C. 2003, c. 9, s. 28] expand this program by extending participant funding to comprehensive studies and also clarify that the participant funding program applies to joint assessment by a review panel as well. The program is administered by the Agency.

la loi qui était en vigueur avant les modifications apportées par le projet de loi C-9.

[171] L’article 21 de la LCEE fait maintenant en sorte qu’une consultation publique est obligatoire lorsque l’on procède à une EE par la voie d’une étude approfondie. Plus précisément, la nouvelle disposition prescrit que « [d]ans le cas où le projet est visé dans la liste d’étude approfondie, l’autorité responsable veille à la tenue d’une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d’évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l’évaluation et à la portée de ces éléments ainsi que sur la question de savoir si l’étude approfondie permet l’examen des questions soulevées par le projet » (non souligné dans l’original).

[172] Par ailleurs, le nouvel article 21 de la LCEE dispose que lorsque l’on procède à une EE par la voie d’une étude approfondie, l’AR doit aussi faire rapport au ministre de l’Environnement, après avoir tenu la consultation publique, de la portée du projet, des éléments à prendre en compte dans le cadre de l’évaluation, de la portée de ceux-ci, des préoccupations du public, de la possibilité d’effets environnementaux négatifs et de la question de savoir si l’étude approfondie permet l’examen des questions soulevées par le projet. L’AR doit aussi recommander au ministre de l’Environnement de poursuivre l’EE par la voie d’une étude approfondie ou de la renvoyer à un médiateur ou à une commission (paragraphe 21(2) de la LCEE). Là encore, de telles exigences ne s’appliquent pas lorsque l’AR procède à un examen préalable.

[173] L’obligation de consulter le public au début du processus à propos des principaux aspects de l’évaluation environnementale constitue donc un aspect fondamental qu’ont introduit les modifications apportées par le projet de loi C-9. Un autre aspect est le financement des participants. L’ancien paragraphe 58(1.1) [édicte par L.C. 1994, ch. 46, art. 4] obligeait le ministre à établir un programme de financement pour les participants afin de faciliter la participation du public aux médiations et à l’évaluation qu’effectuait une commission. Les modifications apportées par le projet de loi C-9 [L.C. 2003, ch. 9, art. 28] donnent plus d’expansion à ce programme en étendant le financement des participants aux études approfondies, et elles

[174] The notice of commencement which was posted on the Registry on May 23, 2004, announced that DFO would conduct a comprehensive study commencing on May 19, 2004. It can seriously be argued by the applicant that this created a legitimate expectation that the general public would be consulted in accordance with section 21 of the CEEA. Moreover, at the time that the RAs changed “track” and chose to proceed by way of a screening, the documentation on file shows that the public consultation process under the provincial EA was well underway. Indeed, it was completed prior to the announcement made on the Registry of the scoping decision of March 2005.

[175] In the end result, there was no public consultation with respect to the screening report prepared in 2006 under the purported authority of section 18 of the CEEA. This contrasts sharply with the evidence on file that the public has been consulted by the RAs with respect to the comprehensive study prepared in the case of the Galore Creek gold–silver–copper mine, which is also located in the area where the Red Chris property is situated.

[176] Relevant documentary evidence produced by the applicant (the affidavit of Ms. Kuyek), which I find admissible and accept to consider in this proceeding, shows that on January 25, 2005, the DFO, NRCan and TC decided to conduct a comprehensive study commencing on January 11, 2005 of the Galore Creek gold–silver–Copper mine in British Columbia and that the general public, including the applicant, had the opportunity to be consulted by the RAs on the scope of the project and factors to be considered despite the fact that a joint cooperative EA was also in progress.

[177] Therefore, other mines are currently being scoped by RAs with differing results. This brings a state of uncertainty with respect to the correct interpretation and application of section 21 of the CEEA which is mandatory.

clarifient également que le programme de financement s’applique aussi aux évaluations conjointes qu’effectue une commission. C’est l’Agence qui administre ce programme.

[174] L’avis de lancement publié au registre le 23 mai 2004 annonçait que le MPO procéderait à une étude approfondie à compter du 19 mai 2004. La demanderesse peut faire valoir avec sérieux que cela créait une attente légitime, à savoir que, conformément à l’article 21 de la LCEE, le grand public serait consulté. En outre, à l’époque où les AR ont changé de « voie » et décidé de recourir à un examen préalable, il ressort des documents au dossier que le processus de consultation publique mené dans le cadre de l’EE provinciale était fort avancé. En fait, ce processus a pris fin avant que l’on annonce dans le registre la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée.

[175] En fin de compte, il n’y a pas eu de consultation publique sur le rapport d’examen préalable établi en 2006, en vertu du pouvoir censément conféré par l’article 18 de la LCEE. Cela contraste nettement avec la preuve au dossier selon laquelle les AR ont consulté le public sur l’étude approfondie préparée dans le cas de la mine d’or-argent-cuivre de Galore Creek, laquelle est située dans la même région que la propriété de Red Chris.

[176] Selon des preuves documentaires pertinentes que la demanderesse a produites (l’affidavit de M^{me} Kuyek), preuves que je considère comme recevables et que j’accepte de prendre en compte en l’espèce, le 25 janvier 2005, le MPO, NRCan et TC ont décidé de procéder à une étude approfondie, à compter du 11 janvier 2005, sur la mine d’or-argent-cuivre de Galore Creek en Colombie-Britannique et le grand public, dont la demanderesse faisait partie, a eu l’occasion d’être consulté par les AR sur la portée du projet et les éléments à prendre en considération, même si une EE coopérative conjointe était également en cours.

[177] C’est donc dire que des AR s’occupent actuellement de déterminer la portée d’autres mines avec des résultats différents. Cela crée une certaine incertitude quant à la bonne façon d’interpréter et d’appliquer l’article 21 de la LCEE, qui est de nature impérative.

[178] I defer to the reasoning of Justice Cory in *Canadian Council of Churches*, at pages 253-254 wherein it was elucidated that the issues of standing and of whether there is a reasonable cause of action are closely related and indeed tend to merge. In the case at bar, compliance with the CEAA raises a serious and justiciable question of law.

[179] The applicant also shows a genuine interest in the issues raised in this application for judicial review. More than a mere *bona fide* interest and concern about social and environmental issues is necessary to obtain public interest standing. In *Citizens' Mining*, above, at paragraph 30, this Court determined that an applicant seeking public interest standing must demonstrate: "a long-standing reputation and it must do significant work on the subject-matter of the challenge, and its interest must be greater than that possessed by a member of the general public."

[180] Based on the evidence before me, MiningWatch clearly satisfies this requirement. It is a federally registered non-profit society that functions as a coalition of environmental, social justice, Aboriginal and labour organizations from across Canada. By focusing on federal aspects of mining development, the applicant enjoys the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems associated with mine development. Indeed, MiningWatch has made submissions before the House Committee on Bill C-19 [*An Act to amend the Canadian Environmental Assessment Act*, 1st Sess., 37th Parl., 2001] the predecessor of the 2003 amendments to the CEAA, and has published studies critical of failed mitigation plans in relation to mine development.

[181] The applicant's lack of participation in the provincial environment assessment process is not a barrier to the granting of standing in this judicial review as the provincial forum would not have been to appropriate place for the applicant to raise its concerns about the conduct of the RAs, all of whom are federal departments. Further, this Court has ruled that the lack

[178] Je m'en remets au raisonnement du juge Cory dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, aux pages 253 et 254, où il a été décidé que la question de la qualité pour agir et celle de savoir s'il existe une cause d'action raisonnable sont étroitement liées et, en fait, ont tendance à se combiner. En l'espèce, le respect de la LCEE soulève une question de droit sérieuse et réglable par voie judiciaire.

[179] La demanderesse fait également montre d'un intérêt véritable à l'égard des questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire. Pour obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut plus qu'un simple intérêt légitime à l'égard de questions sociales et environnementales. Dans la décision *Citizens' Mining*, précité, au paragraphe 30, la Cour a conclu qu'un demandeur qui désire faire reconnaître sa qualité pour agir dans l'intérêt du public « doit avoir une réputation établie et il doit effectuer énormément de travail dans le domaine en cause, et son intérêt doit être plus grand que celui d'un membre du grand public ».

[180] Au vu de la preuve qui m'a été soumise, Mines Alerte Canada satisfait clairement à cette exigence. Il s'agit d'une société à but non lucratif de droit fédéral, qui agit à titre de coalition d'organismes de promotion de l'environnement, de la justice sociale, des Autochtones et du travail dans le Canada tout entier. En se concentrant sur les aspects fédéraux du secteur de l'exploitation minière, la demanderesse jouit de la meilleure réputation qui soit et fait montre d'un intérêt réel et constant à l'égard des problèmes associés à l'exploitation minière. En fait, Mines Alerte Canada a présenté des mémoires devant le Comité de la Chambre sur le projet de loi C-19 [*Loi modifiant la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001], qui a précédé les modifications apportées en 2003 à la LCEE, et elle a publié des études critiquant des plans d'atténuation infructueux en rapport avec des activités d'exploitation minière.

[181] Le fait que la demanderesse n'ait pas participé au processus provincial d'évaluation environnementale n'est pas un obstacle à l'octroi de la qualité pour agir dans le présent contrôle judiciaire, car le processus provincial n'aurait pas été le cadre approprié pour faire part de ses préoccupations quant à la conduite des AR, qui sont toutes des ministères fédéraux. En outre, cette

of participation in an assessment does not preclude an interested party from seeking standing: *Sierra Club*, above, at paragraph 68. Finally, I am also of the view that since Ms. Kuyek raised the applicant's concerns with various delegates or employees of the Ministry of Environment, DFO and the Agency throughout 2005, this suggests an involvement with the Project that prevents the striking out of the application on the ground of lack of standing.

[182] Although the applicant raises a serious issue and has a genuine interest in the subject-matter of this application, public interest standing may still be denied if there are other persons who are more directly affected than the applicant, and are reasonably likely to institute proceedings to challenge the administrative action in question. The rationale for this final requirement is that those most directly affected by administrative action are often in the best position to bring to the court the information necessary for an appropriate resolution of the dispute.

[183] It is obvious that members of the general public as well as Aboriginal groups/individuals living geographically proximal to the Project may have an interest in this judicial review. However, given the complexities and interconnectedness of modern society (as discussed by the Supreme Court in *Canadian Council of Churches*, above, at page 249), I am not persuaded that geographical proximity ought to be the determinative factor when assessing public interest standing.

[184] Instead, I import the reasoning of Justice MacKay [at paragraph 35] in *Citizens' Mining* that public interest standing should be accorded "where the applicant has a genuine interest and there is no evidence of another or others with a genuine interest that could reasonably be expected to bring a challenge." I disagree that just because others might share the applicant's concerns, but have not commenced legal action, the applicant should be denied standing. In the case at bar, there is no evidence to suggest that others might raise the important issue raised by the applicant concerning both the scope of section 21 of the CEEA, as amended by Bill C-9, and its application in relation to the Project.

Cour a décrété que le fait de ne pas participer à une évaluation n'empêche pas une partie intéressée de faire reconnaître sa qualité pour agir : *Sierra Club*, précité, au paragraphe 68. Enfin, je suis également d'avis qu'étant donné le fait que M^{me} Kuyek a fait part des préoccupations de la demanderesse auprès de divers délégués ou employés du Ministry of Environment, du MPO et de l'Agence pendant toute l'année 2005 dénote une participation au projet qui empêche de radier la demande pour absence de qualité pour agir.

[182] Même si la demanderesse soulève une question sérieuse et a un intérêt véritable à l'égard de l'objet de la présente demande, il est encore possible de refuser la qualité pour agir dans l'intérêt du public s'il y a d'autres personnes plus directement touchées qu'elle qui sont raisonnablement susceptibles d'engager des procédures pour contester la mesure administrative en question. Cette dernière exigence s'explique par le fait que ceux qui sont le plus directement touchés par une mesure administrative sont souvent les mieux placés pour présenter au tribunal les renseignements qui permettront de régler le litige de manière appropriée.

[183] Il est évident que les membres du grand public ainsi que les groupes autochtones ou les Autochtones qui vivent à proximité du projet peuvent avoir un intérêt dans le présent contrôle judiciaire. Cependant, vu les complexités et l'interdépendance de la société moderne (ce que la Cour suprême du Canada analyse dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, à la page 249), je ne suis pas convaincu que la proximité géographique doit être le facteur déterminant lorsqu'il est question d'évaluer la qualité pour agir dans l'intérêt du public.

[184] En fait, je fais mien le raisonnement du juge MacKay [au paragraphe 35] dans l'arrêt *Citizens' Mining*, à savoir qu'il convient d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public « si le demandeur a un véritable intérêt et si rien ne montre qu'une autre personne ou que d'autres personnes ayant un véritable intérêt engageront probablement des procédures ». Je ne suis pas d'accord pour dire que, juste parce que d'autres pourraient avoir les mêmes préoccupations que la demanderesse, mais n'ont pas intenté une action en justice, il faudrait refuser à la demanderesse la qualité pour agir. En l'espèce, aucune preuve n'indique que d'autres pourraient soulever la question importante dont

[185] In sum, MiningWatch represents a coalition of approximately 20 groups that express a communal concern and seek to challenge a decision that might otherwise be essentially beyond review. In my view, the applicant is the only one to demonstrate sufficient interest or the means to launch this judicial review.

[186] Therefore, standing is accorded to the applicant under the doctrine of public interest.

VIII—MERITS OF THE CASE

[187] Essentially, the Court is faced with a “chicken or the egg” conundrum. Once an EA has been “triggered” pursuant to section 5 of the CEAA, does an RA have jurisdiction to rescope a project listed in the CSL in a manner that will prevent the RA from conducting a comprehensive study?

A. Parties’ Submissions

[188] Through counsel, parties made extensive submissions in writing and at the hearing on the merits of this case. While particular arguments are not necessarily reflected in the following paragraphs, I have considered all such arguments prior to making the order which follows the present reasons. The main submissions made by the parties can be summarized as follows.

(1) The applicant

[189] The applicant contends that tracking must follow the rules set out in sections 18 and 21 of the CEAA and that scoping of the project under section 15 is determined only after identifying the correct assessment track. In support of its contentions, it points out that whereas the former version of section 21 did not

la demanderesse fait état au sujet de la portée de l’article 21 de la LCEE, tel que modifié par le projet de loi C-9, et de l’application de cet article en rapport avec le projet.

[185] En résumé, Mines Alerte Canada représente une coalition d’une vingtaine de groupes qui expriment une préoccupation commune et tentent de contester une décision qui, par ailleurs, ne pourrait essentiellement pas faire l’objet d’un contrôle. Selon moi, la demanderesse est la seule partie à montrer qu’elle a un intérêt suffisant ou les moyens de lancer le présent contrôle judiciaire.

[186] Par conséquent, la qualité pour agir est accordée à la demanderesse selon le principe de l’intérêt public.

VIII—LE BIEN-FONDÉ DE L’AFFAIRE

[187] Essentiellement, la Cour est confrontée au problème de « l’œuf ou la poule ». Une fois qu’une EE a été « déclenchée » en vertu de l’article 5 de la LCEE, une AR a-t-elle compétence pour redéfinir la portée d’un projet inscrit dans la LEA d’une manière qui empêchera cette AR de procéder à une étude approfondie?

A. Les arguments des parties

[188] Par l’entremise de leurs avocats, les parties ont présenté de nombreux arguments par écrit et à l’audience au sujet du bien-fondé de l’affaire. Bien que les paragraphes qui suivent ne reflètent pas nécessairement certains arguments particuliers, j’ai pris en considération tous les arguments de ce genre avant de rendre l’ordonnance qui suit les présents motifs. Il est possible de résumer comme ceci les principaux arguments des parties.

1) La demanderesse

[189] La demanderesse soutient que le processus d’une évaluation doit être conforme aux règles énoncées aux articles 18 et 21 de la LCEE et que la portée du projet, au sens de l’article 15, n’est déterminée qu’après le choix de la voie d’évaluation appropriée. À l’appui de ses prétentions, la demanderesse souligne que

make public consultation mandatory, the current version provides that “[w]here a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment” (emphasis added). The applicant interprets this to mean that “tracking” must take place prior to any scoping of the project for the purpose of the EA. It points out that the definition of “project” at subsection 2(1) of the CEAA is a general term that does not make a distinction between federal and provincial projects and cannot be construed as a “project as scoped.” Therefore, in the case at bar, when identifying the “track” to be followed, the RAs should have looked at the project that was described in the proposal to BCEAO.

[190] Moreover, according to the applicant, “where a project is described in the comprehensive study list” is a condition precedent to the application of section 21. As such, where the “project” that has been proposed is set out in the CSL, the EA must be carried out by means of a comprehensive study. In the case at bar, as the project description that was submitted to BCEAO contained mine production thresholds exceeding those prescribed by paragraphs 16(a) and (c) [of the schedule] to the CSL Regulations, the project is “described in the comprehensive study list” and the EA should have proceeded by means of comprehensive study. Furthermore, it is clear by the use of the term “proposed scope”, which was added to section 21 by Bill C-9 amendments, that public consultation must take place prior to the actual scoping decision. Indeed, to interpret section 21 otherwise would be to allow RAs to circumvent public consultation by narrowing the scope of a project in order to exclude components that are described in the CSL.

[191] The applicant further submits that the CEAA does not give the RAs the power to convert comprehensive studies into screenings. It points out that section 21.1 of the CEAA, which was added in 2003 [S.C. 2003, c. 9, s. 12], explicitly allows the Minister of

l’ancienne version de l’article 21 ne rendait pas obligatoire la consultation publique, mais que la version actuellement en vigueur dispose que « [d]ans le cas où le projet est visé dans la liste d’étude approfondie, l’autorité responsable veille à la tenue d’une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d’évaluation environnementale » (non souligné dans l’original). D’après la demanderesse, cela signifie que le choix du processus doit se faire avant la détermination de la portée du projet, pour les besoins de l’EE. Elle signale que la définition du mot « projet », au paragraphe 2(1) de la LCEE, en fait un terme général qui ne fait pas de distinction entre les projets fédéraux et provinciaux et qu’il ne peut s’agir du « projet tel que défini ». Par conséquent, en l’espèce, en déterminant le « processus » à suivre, les AR auraient dû examiner le projet décrit dans la proposition soumise au BCEAO.

[190] En outre, d’après la demanderesse, les mots « dans le cas où le projet est visé dans la liste d’étude approfondie » créent une condition préalable à l’application de l’article 21. Dans ce contexte, lorsque le « projet » proposé figure dans la LEA, il faut que l’EE soit menée par la voie d’une étude approfondie. En l’espèce, étant donné que la description du projet soumise au BCEAO contenait des seuils de production minière qui excédaient ceux que prescrivent les alinéas 16a) et c) [de l’annexe] du Règlement LEA, le projet est « visé dans la liste d’étude approfondie », et il aurait fallu que l’EE soit menée par la voie d’une étude approfondie. Par ailleurs, l’emploi des mots « proposition relative à la portée du projet », qui ont été ajoutés à l’article 21 par les modifications apportées par le projet de loi C-9, fait clairement ressortir que la consultation publique doit avoir lieu avant que l’on se prononce réellement sur la détermination de la portée. En fait interpréter l’article 21 d’une autre façon reviendrait à permettre aux AR de contourner l’obligation de tenir une consultation publique en restreignant la portée d’un projet de façon à exclure les éléments décrits dans la LEA.

[191] La demanderesse soutient de plus que la LCEE ne confère pas aux AR le pouvoir de transformer des études approfondies en examens préalables. Elle signale que l’article 21.1 de la LCEE, ajouté en 2003 [L.C. 2003, ch. 9, art. 12], autorise explicitement le ministre

the Environment to decide to either refer the project to a responsible authority so that it may continue the comprehensive study or refer the project to a mediator or review panel. No such provision exists with regard to the RAs. It further notes the CEAA does not provide to anyone the power to downgrade a comprehensive study to a screening.

[192] At the hearing, counsel for the applicant specified that the applicant does not submit that a project must always be scoped to include all of its elements. Rather, such determinations must be made on a case-by-case basis. Counsel further argued that if the Minister of the Environment believed that the scope of the project was too narrow, after public consultation, the Minister could refer the project to a review panel or mediation.

[193] The applicant also submits that the *TrueNorth* decisions which are invoked by the respondents should be distinguished from the case at bar. First, the applicant points out the *TrueNorth* decisions related to the judicial review of a scoping decision, whereas in the case at bar, the applicant alleges that following the taking of action based on a screening report, there was a breach of the duty to ensure public consultation pursuant to section 21 of the CEAA. It points out that section 21 was not mentioned at all by the Federal Court of Appeal. Second, the *TrueNorth* decisions pertain to the former version of the CEAA that was in force prior to the Bill C-9 amendments. The applicant further submits that Parliament could not have contemplated the *TrueNorth* decisions when making the amendments, as they were rendered after the coming into force of Bill C-9 amendments which made public consultation on the scope of the project compulsory. Indeed, in oral argument, counsel for the applicant indicated that had Parliament not amended this section in 2003, it would not be before the Court today.

de l'Environnement à décider de renvoyer le projet à l'autorité responsable pour que celle-ci poursuive l'étude approfondie, ou alors de renvoyer le projet à la médiation ou à l'examen par une commission. Il n'existe aucune disposition de ce genre pour ce qui est des AR. La demanderesse signale par ailleurs que la LCEE ne confère à personne le pouvoir de déclasser une étude approfondie en la transformant en examen préalable.

[192] À l'audience, les avocats de la demanderesse ont précisé que cette dernière ne soutient pas que la portée d'un projet doit toujours être définie de manière à englober la totalité de ses éléments. Il faut plutôt que les décisions de ce genre soient prises au cas par cas. Les avocats ont fait valoir de plus que si le ministre de l'Environnement croyait que la portée du projet était trop restreinte, après avoir tenu une consultation publique il pourrait renvoyer le projet à la médiation ou à l'examen par une commission.

[193] La demanderesse soutient aussi que les décisions *TrueNorth* que les défendeurs invoquent sont à distinguer de la présente espèce. Premièrement, elle fait remarquer que ces décisions avaient trait au contrôle judiciaire d'une décision relative à la détermination de la portée d'un projet, alors qu'en l'espèce, la demanderesse allègue qu'après la prise de mesures fondées sur un rapport d'examen préalable, il y a eu manquement à l'obligation de veiller à la tenue d'une consultation publique en application de l'article 21 de la LCEE. La demanderesse souligne que la Cour d'appel fédérale n'a aucunement mentionné l'article 21. Deuxièmement, les décisions *TrueNorth* ont trait à l'ancienne version de la LCEE, celle qui était en vigueur avant les modifications apportées par le projet de loi C-9. La demanderesse allègue de plus que le législateur n'aurait pas pu tenir compte des décisions *TrueNorth* au moment de faire les modifications, car ces décisions ont été rendues après l'entrée en vigueur des modifications apportées par le projet de loi C-9, lesquelles rendent obligatoire la tenue d'une consultation publique sur la portée du projet. En fait, dans leur plaidoirie, les avocats de la demanderesse ont indiqué que si le législateur n'avait pas modifié cette disposition en 2003, celle-ci ne s'adresserait pas à la Cour aujourd'hui.

(2) The respondents

[194] For their part, the respondents contend that “scoping” determines the “tracking” of a project.

[195] The proponent submits the applicant’s arguments were already dealt with in the *TrueNorth* decisions. Even where the entire proposal contains some components that are included on the CSL, an RA may scope the project down to focus on those components that require a federal permit, licence or approval. Furthermore, in *TrueNorth*, the Federal Court of Appeal confirmed that the scoping decision under section 15 of the CEEA is made prior to the decisions to proceed by means of either screening or comprehensive study. The proponent submits that Bill C-9 amendments did not change that order and points out that no amendments were made to section 15.

[196] The Crown submits that section 21 of the CEEA is only triggered if a component of the proposed scope of the project, as determined by the RA under section 15, appears on the CSL. The Crown further argues that an RA may amend the scope of the project at any time after section 21 is engaged. If the scope is amended so that none of the components of the project appear on the CSL, section 21 ceases to apply. It submits that in the *TrueNorth* decision, the Federal Court of Appeal confirmed that “project” for purposes of assessment is not the proposal, but is determined by the RA pursuant to the exercise of its discretion under section 15 of the CEEA. The Crown submits that the Federal Court of Appeal in *TrueNorth* has decided that “project” for the purposes of the CEEA must be read as “project as scoped” under section 15 of the CEEA. According to the Crown, the term “project” must therefore be read throughout the CEEA as “project as scoped”, including at section 21.

[197] While the Crown’s written submissions also

2) Les défendeurs

[194] Les défendeurs soutiennent pour leur part que la « détermination de la portée du projet » détermine le « processus » que suivra l’évaluation d’un projet.

[195] Le promoteur fait valoir que les arguments de la demanderesse ont déjà été analysés dans les décisions *TrueNorth*. Même si la proposition tout entière contient certains éléments inclus dans la LEA, une AR peut déterminer la portée du projet de manière plus restreinte afin de mettre l’accent sur les éléments qui requièrent un permis ou une autorisation du gouvernement fédéral. En outre, dans *TrueNorth*, la Cour d’appel fédérale a confirmé que la décision relative à la détermination de la portée du projet, sous le régime de l’article 15 de la LCEE, est prise avant que l’on décide de procéder par la voie d’un examen préalable ou d’une étude approfondie. Le promoteur soutient que les modifications apportées par le projet de loi C-9 n’ont pas changé cet ordre et qu’aucune modification n’a été apportée à l’article 15.

[196] La Couronne soutient que l’application de l’article 21 de la LCEE n’est déclenchée que si un élément de la portée proposée du projet, telle que déterminée par l’AR en vertu de l’article 15, figure dans la LEA. Elle allègue de plus qu’une AR peut modifier la portée du projet en tout temps après l’application de l’article 21. Si la portée est modifiée de sorte qu’aucun des éléments du projet ne figure dans la LEA, l’article 21 cesse de s’appliquer. La Couronne soutient que, dans l’arrêt *TrueNorth*, la Cour d’appel fédérale a confirmé que pour les besoins d’une évaluation, le « projet » n’est pas la proposition, mais ce qui est déterminé par l’AR dans le cadre de l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 15 de la LCEE. La Couronne soutient que, dans l’arrêt *TrueNorth*, la Cour d’appel fédérale a décidé que le mot « projet », pour l’application de la LCEE, doit être interprété comme étant le « projet tel que défini » en vertu de l’article 15 de la LCEE. Selon la Couronne, le mot « projet » doit donc être interprété, dans l’ensemble de la LCEE, y compris à l’article 21, comme le « projet tel que défini ».

[197] Même si les observations écrites de la

focused on the constitutional aspect of *TrueNorth*, at the hearing, counsel for the Crown clarified that he did not believe that their position differed from that of the proponent. In any event, counsel for the Crown submits that this issue does not have to be determined in the case at bar.

B. Legislative Scheme

[198] In *Bow Valley*, above, the Federal Court of Appeal, at paragraph 19, affirmed that the basic framework for an environmental assessment was as follows:

The basic framework for an environmental assessment is as follows. First, the responsible authority must decide whether the Act applies to the project and if it does, which type of environmental assessment applies. The next step is the conduct of the assessment itself. Following the assessment, the responsible authority makes a decision as to whether or not to allow the project to proceed. The final step is the post-decision activity which includes ensuring that mitigation measures are being implemented and giving public notice concerning the responsible authority's course of action. [Emphasis added.]

[199] It is not necessary to come back to the particular elements which have triggered the need to conduct an EA under section 5 of the CEAA in the case of the Project. In this regard, I will refer only to what has already been mentioned in section III—Requirement of an Environmental Assessment (EA), above. That being said, I will now examine two particular legal aspects that need clarification: (1) the types of environmental assessment (tracks) and (2) the nature of scoping.

(1) Types of environmental assessment (tracks)

[200] Section 14 of the CEAA provides that there are four types of environmental assessments: screening, comprehensive study, mediation and assessment by a review panel. These types of assessments are also commonly referred to as “tracks.” Where applicable, the EA also includes the design and implementation of a follow-up program.

Couronne portaient aussi sur l'aspect constitutionnel de *TrueNorth*, à l'audience l'avocat de la Couronne a précisé qu'il ne croyait pas que la position de cette dernière différerait de celle du promoteur. Quoi qu'il en soit, l'avocat de la Couronne fait valoir qu'il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

B. Le régime législatif

[198] Dans l'arrêt *Bow Valley*, précité, la Cour d'appel fédérale, au paragraphe 19, a confirmé que le cadre fondamental d'une évaluation environnementale est le suivant :

Le cadre général d'une évaluation environnementale est le suivant. Premièrement, l'autorité responsable doit décider si la Loi s'applique au projet et, le cas échéant, quel type d'évaluation environnementale doit être utilisée. L'étape suivante consiste à procéder à l'évaluation elle-même, suite à laquelle l'autorité responsable doit décider si elle autorise la réalisation du projet ou non. L'étape finale recouvre les activités qui doivent être entreprises après la décision pour garantir la mise en œuvre des mesures d'atténuation, ainsi que celle de la communication au public de la décision prise par l'autorité responsable. [Non souligné dans l'original.]

[199] Point n'est besoin de revenir aux éléments particuliers qui ont déclenché le besoin de procéder à une EE en vertu de l'article 5 de la LCEE dans le cas du projet dont il est question en l'espèce. À cet égard, je ne ferai référence qu'à ce qui a déjà été mentionné plus tôt à la section III—L'obligation de procéder à une évaluation environnementale (EE). Cela étant dit, j'examinerai maintenant deux aspects juridiques particuliers qu'il est nécessaire de clarifier : 1) les types d'évaluation environnementale (voies) et 2) la nature de la détermination de la portée.

1) Les types d'évaluation environnementale (voies)

[200] Aux termes de l'article 14 de la LCEE, il existe quatre types d'évaluation environnementale : l'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation et l'examen par une commission. Ces quatre types d'évaluation sont couramment appelés « voies ». Le cas échéant, l'EE inclut aussi l'élaboration et l'application d'un programme de suivi.

[201] The majority of projects requiring an EA under section 5 of the CEAA will undergo a self-directed EA, which can involve either a screening or a comprehensive study.

[202] Pursuant to section 13 of the CEAA, where a project is described in the CSL or is referred to a mediator or a review panel, notwithstanding any other Act of Parliament, no power, duty or function conferred by or under the Act and any regulation made thereunder shall be exercised or performed that would permit the project to be carried out in whole or in part unless an EA of the project has been completed and a course of action has been taken in relation to the project in accordance with paragraph 37(1)(a) of the CEAA.

(a) Screening

[203] Section 18 of the CEAA, which the respondents allege to be applicable in the case at bar, provides that where a project is not described in the CSL or the EL, the RA shall ensure that a screening of the project is conducted and that a screening report is prepared.

[204] Under subsection 16(1) [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 22(F)] of the CEAA, the screening will include a consideration of the following factors: the environmental effects of the project, the significance of the environmental effects, comments from the public received in accordance with the CEAA and the regulations, measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project, and any other matter relevant to the screening that the RA may require.

[205] In the context of a screening, public consultation is not necessarily mandatory. Where it is not required by regulations, the latter will only occur if the RA is of the opinion that public participation in the screening of a project is appropriate in the circumstances (subsection 18(3) of the CEAA). In such cases, the RA will include, on the Internet site, a description of the scope of the project, the factors to be taken into consideration in the screening and the scope of those factors or an indication of how such a description may be obtained (paragraph 18(3)(a) of the CEAA).

[201] La majorité des projets qui nécessitent une EE visée à l'article 5 de la LCEE feront l'objet d'une EE auto-dirigée, qui comporte soit un examen préalable soit une étude approfondie.

[202] Selon l'article 13 de la LCEE, dans le cas où un projet est décrit dans la LEA ou doit être soumis à un examen par une commission ou un médiateur et nonobstant toute autre loi fédérale, l'exercice d'une attribution qui est prévue par la Loi ou ses règlements pour mettre en œuvre le projet en tout ou en partie est subordonné à une EE de celui-ci et à la prise d'une décision à son égard conformément à l'alinéa 37(1)a) de la LCEE.

a) Examen préalable

[203] L'article 18 de la LCEE, qui, d'après les défendeurs, s'applique en l'espèce, dispose que dans le cas où le projet n'est pas décrit dans la LEA ou la LE, l'AR veille à ce qu'en soit effectué l'examen préalable et à ce que soit établi un rapport d'examen préalable.

[204] Selon le paragraphe 16(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 22(F)] de la LCEE, l'examen préalable porte notamment sur les éléments suivants : les effets environnementaux du projet, l'importance de ces effets, les observations du public que l'on reçoit conformément à la LCEE et à ses règlements, les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet, de même que tout autre élément utile à l'examen préalable dont l'AR peut exiger la prise en compte.

[205] Dans le contexte d'un examen préalable, la consultation publique n'est pas forcément obligatoire. Lorsqu'elle n'est pas exigée par les règlements, elle n'aura lieu que si l'AR estime que la participation du public à l'examen préalable est indiquée (paragraphe 18(3) de la LCEE). Dans ces cas, l'AR inclura, dans le site Internet, une description de la portée du projet, des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'examen préalable et de la portée de ceux-ci ou une indication de la façon d'obtenir cette description (alinéa 18(3)a) de la LCEE).

[206] Again, if the RA is of the opinion that public participation in the screening of a project is appropriate, before taking a course of action under section 20 of the CEAA, the RA will give the public an opportunity to examine and comment on the screening report and on any record relating to the project that has been included in the Registry and will give adequate notice of that opportunity (paragraph 18(3)(b) of the CEAA). After taking into consideration the screening report and any comments filed pursuant to subsection 18(3) of the CEAA, the RA can then take one of the courses of action described at section 20 of the CEAA.

[207] As it was explained earlier, the course of action decision made by the RAs on May 2, 2006 is based on paragraph 20(1)(a) of the CEAA, which reads as follows:

20. (1) The responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the screening report and any comments filed pursuant to subsection 18(3):

(a) subject to subparagraph (c)(iii), where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is not likely to cause significant adverse environmental effects, the responsible authority may exercise any power or perform any duty or function that would permit the project to be carried out in whole or in part; [Emphasis added.]

[208] Indeed, the RAs took the course of action decision without any input from the public in the EA process under the CEAA on the grounds that public consultation in the provincial EA process “provided sufficient and satisfactory opportunities for public input into the Red Chris EA process.” In this regard, the RAs noted: “Based on the extent of consultation that has been conducted by the Government of BC and the Proponent, and the information that the RAs received from this consultation, the RAs are of the opinion that public participation in the screening of the Project under CEAA 18(3) is not appropriate under these circumstances.”

[206] Là encore, si l’AR est d’avis qu’il serait bon que le public participe à l’examen préalable d’un projet avant de prendre une mesure en application l’article 20 de la LCEE, elle donne au public la possibilité d’examiner le rapport d’examen préalable et tout document relatif au projet et de faire ses observations à leur égard, ainsi qu’un avis suffisant de cette possibilité (alinéa 18(3)b) de la LCEE). Après avoir pris en compte le rapport d’examen préalable ainsi que toutes les observations reçues conformément au paragraphe 18(3) de la LCEE, l’AR peut prendre l’une des mesures décrites à l’article 20 de la LCEE.

[207] Comme il a été expliqué plus tôt, la décision sur la voie à suivre que les AR ont rendue le 2 mai 2006 est fondée sur l’alinéa 20(1)a) de la LCEE, dont le texte est le suivant :

20. (1) L’autorité responsable prend l’une des mesures suivantes, après avoir pris en compte le rapport d’examen préalable et les observations reçues aux termes du paragraphe 18(3) :

a) sous réserve du sous-alinéa c)(iii), si la réalisation du projet n’est pas susceptible, compte tenu de l’application des mesures d’atténuation qu’elle estime indiquées, d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants, exercer ses attributions afin de permettre la mise en œuvre totale ou partielle du projet; [Non souligné dans l’original.]

[208] En fait, les AR ont rendu leur décision sur la voie à suivre sans que le public participe de quelque façon au processus d’EE visé par la LCEE, au motif que la consultation publique dans le cadre du processus provincial d’EE [TRADUCTION] « a donné au public une possibilité suffisante et satisfaisante de contribuer au processus d’EE du projet Red Chris ». À cet égard, les AR ont fait remarquer ce qui suit : « Vu l’ampleur des consultations qu’ont menées le gouvernement de la Colombie-Britannique et le promoteur, et vu les renseignements que les AR ont reçus à la suite de cette consultation, les AR sont d’avis qu’il ne convient pas dans les circonstances que le public participe à l’examen préalable du projet en vertu du paragraphe 18(3) de la LCEE ».

(b) Comprehensive study

[209] Section 21 provides that a comprehensive study must be conducted in the case of a project mentioned on the CSL. Section 21 has been substantially amended in 2003. The amendments introduced by Bill C-9 will be discussed later.

[210] A comprehensive study constitutes a more thorough environmental assessment than a screening. Indeed, where a comprehensive study is required, in addition to the factors considered under subsection 16(1) of the CEEA, the following factors will also be considered: the purpose of the project; alternative means of carrying out the project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means; the need for, and the requirements of, any follow-up program in respect of the project; and the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the needs of the present and those of the future (subsection 16(2) of the CEEA).

[211] The CSL referred to in section 21 of the CEEA, which the applicant alleges to be applicable to the project, categorizes projects or classes of projects for which a comprehensive study is required where the Governor in Council is satisfied that the project or any project within the class is likely to have significant adverse environmental effects. The CSL is appended as a schedule of the CSL Regulations.

[212] In a manner similar to the EL and the IL already mentioned above (see section III—Requirement of an Environment Assessment (EA)), the CSL is divided into parts reflecting its general areas of application, including: national parks and protected areas; electrical generating stations and transmission lines; water projects; oil and gas projects; minerals and mineral processing; nuclear and related facilities; industrial facilities; defence; transportation; and water management.

[213] Pursuant to section 3 of the CSL Regulations, the proposed construction, decommissioning or

b) Étude approfondie

[209] L'article 21 dispose qu'une étude approfondie doit être menée dans le cas d'un projet mentionné dans la LEA. L'article 21 a été considérablement modifié en 2003. Nous traiterons plus loin des modifications que le projet de loi C-9 a introduites.

[210] Une étude approfondie est une évaluation environnementale plus complète qu'un examen préalable. En fait, lorsqu'il est nécessaire de procéder à une étude approfondie, on ajoute aux éléments à prendre en compte en vertu du paragraphe 16(1) de la LCEE les suivants : les raisons d'être du projet, les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux, la nécessité d'un programme de suivi du projet, ainsi que ses modalités, de même que la capacité des ressources renouvelables, risquant d'être touchées de façon importante par le projet, de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures (paragraphe 16(2) de la LCEE).

[211] La LEA dont il est question à l'article 21 de la LCEE, et qui, selon la demanderesse, s'applique au projet, catégorise les projets ou les catégories de projet pour lesquels il est nécessaire de procéder à une étude approfondie lorsque le gouverneur en conseil est convaincu que le projet ou n'importe quel projet faisant partie de la catégorie en question est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants. La LEA est annexée au Règlement LEA.

[212] De façon similaire à la LE et à la LI déjà mentionnées ci-dessus (voir la section III—L'obligation de procéder à une évaluation environnementale (EE)), la LEA est divisée en plusieurs parties, qui reflètent ses domaines d'application généraux : parcs nationaux et zones protégées, centrales électriques et lignes de transport d'électricité, projets hydrauliques, projets pétroliers et gaziers, minerais et traitement des minerais, installations nucléaires et installations connexes, installations industrielles, défense, transports, et gestion de l'eau.

[213] Selon l'article 3 du Règlement LEA, le projet de construction, de désaffectation ou de fermeture d'une

abandonment of a metal mine, other than a gold mine with an ore production capacity of 3 000 tonnes per day or more, or a gold mine other than a placer mine, with an ore production capacity of 600 tonnes per day or more are prescribed projects and classes of projects for which a comprehensive study is required (see paragraphs 16(a) and (c) of Part 5—Minerals and Mineral Processing of the schedule to the CSL Regulations).

[214] Moreover, a comprehensive study is required in the case of the proposed construction, decommissioning or abandonment of a structure for the diversion of 10 million m³ or more of water from a natural water body into another natural body of water or an expansion of such structure that would result in an increase in the diversion capacity of more than 35 percent (section 9 of Part III—Water Projects [of the schedule] to the CSL Regulations). However, in view of the fact that the applicant has abandoned its request that a declaration be made in this regard, it is not necessary to determine whether or not the Project also falls under section 9 [of the schedule] to the CSL Regulations, as it may exceed the water diversion volume threshold of 10 million m³ per year in the post-closure period of the mine (see the estimates mentioned at section II—The Project).

[215] The Bill C-9 amendments also added sections 21.1 and 21.2 [S.C. 2003, c. 9, s. 12] to the CEAA.

[216] Section 21.1 of the CEAA provides that after the public consultation, the Minister of the Environment must take into account the RA's report and its recommendation, and then either refer the project to the RA so that it may continue the comprehensive study and ensure that a comprehensive study report is prepared and provided to the Minister of the Environment and to the Agency or refer the project to a mediator or review panel. If the Minister of the Environment refers the project to the RA, this decision is final; the project may not be later referred to a mediator or review panel (subsection 21.1(2) of the CEAA).

[217] Furthermore, pursuant to the new section 21.2 of the CEAA, the RA must then ensure that the public is provided with an opportunity in addition to those

mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 tonnes par jour ou plus, ou d'une mine d'or, autre qu'un placer, d'une capacité de production de minerai de 600 tonnes par jour ou plus, constituent des projets et des catégories de projet pour lesquels une étude approfondie est obligatoire (voir les alinéas 16a) et c) de la partie 5—Minerais et traitement des minerais—de l'annexe du Règlement LEA).

[214] Par ailleurs, une étude approfondie est obligatoire dans le cas d'un projet de construction, de désaffectation ou de fermeture d'une structure destiné à dériver 10 millions de m³ ou plus d'eau d'un plan d'eau naturel dans un autre, ou d'un projet d'agrandissement d'une telle structure qui entraînerait une augmentation de la capacité de dérivation de plus de 35 pour cent (article 9 de la partie III—Projets hydrauliques—du Règlement LEA). Cependant, étant donné que la demanderesse a abandonné sa demande visant à obtenir une déclaration à cet égard, il n'est pas nécessaire de décider si le projet en question tombe sous le coup ou non de l'article 9 [de l'annexe] du Règlement LEA, car il est possible qu'il excède le seuil de dérivation d'eau de 10 millions de m³ par année dans la phase de post-fermeture de la mine (voir les estimations mentionnées à la section II—Le projet).

[215] Les modifications apportées par le projet de loi C-9 ont également ajouté les articles 21.1 et 21.2 [L.C. 2003, ch. 9, art. 12] de la LCEE.

[216] Selon l'article 21.1 de la LCEE, après la consultation publique, le ministre de l'Environnement doit prendre en compte le rapport de l'AR et sa recommandation, et soit renvoyer le projet à l'AR pour qu'elle poursuive l'étude approfondie et veille à ce qu'un rapport de cette étude soit présenté au ministre de l'Environnement ainsi qu'à l'Agence, soit le renvoyer à la médiation ou à l'examen par une commission. Si le ministre de l'Environnement renvoie le projet à l'AR, cette décision est définitive; le projet ne peut pas être renvoyé plus tard à un médiateur ou à une commission (paragraphe 21.1(2) de la LCEE).

[217] En outre, selon le nouvel article 21.2 de la LCEE, l'AR doit ensuite veiller à ce que le public ait la possibilité, en plus de celles qui sont prévues au

provided under subsection 21(1) and section 22 of the CEAA, to participate in the comprehensive study, subject to a decision with respect to the timing of the participation made by the federal environmental assessment coordinator under paragraph 12.3(c) [as enacted *idem*, s. 7] of the CEAA.

[218] Section 22 of the CEAA, which also deals with comprehensive studies, has not been amended. After receiving a comprehensive study report in respect of a project, the Agency publishes a notice setting out, *inter alia*, the address for filing comments on the conclusions and recommendations of the report and any person may file comments with the Agency relating to the conclusions and recommendations and any other aspect of the comprehensive study report. Prior to the deadline set out in the notice published by the Agency, any person may file comments with the Agency relating to the conclusions and recommendations and any other aspects of the comprehensive study report.

[219] Pursuant to subsection 23(1) [as am. *idem*, s. 13] of the CEAA, after taking into consideration the comprehensive study report and any comments filed, the Minister of the Environment may refer the project to the RA for action under section 37 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 29(F); 1994, c. 46, s. 3; 2003, c. 9, s. 17] of the CEAA and issue an environmental assessment decision statement that sets out the Minister of the Environment's opinion as to whether, taking into account the implementation of any mitigation measures that the Minister of the Environment considers appropriate, the project is or is not likely to cause significant adverse environmental effects and sets out any mitigation measures or follow-up program that the Minister of the Environment considers appropriate, after having taken into account the views of the RAs and other federal authorities concerning the measures and program.

(c) Review panel or mediator

[220] The CEAA confers broad discretionary power upon the RAs or the Minister of the Environment to choose a "higher" track than that of a screening or a comprehensive study.

paragraphe 21(1) et à l'article 22 de la LCEE, de prendre part à l'étude approfondie, sous réserve toutefois de toute décision prise par le coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale, en vertu de l'alinéa 12.3c) [édicte, *idem*, art. 7] de la LCEE, quant au moment de la participation.

[218] L'article 22 de la LCEE, qui traite aussi des études approfondies, n'a pas été modifié. Après avoir reçu un rapport d'étude approfondie d'un projet, l'Agence publie un avis indiquant, notamment, l'adresse où présenter des observations sur les conclusions et les recommandations du rapport, et toute personne peut soumettre des observations à l'Agence au sujet des conclusions et des recommandations en question, ainsi que de n'importe quel autre aspect du rapport d'étude approfondie. Avant la date limite indiquée dans l'avis que publie l'Agence, toute personne peut soumettre à cette dernière des observations sur les conclusions et les recommandations ainsi que sur n'importe quel autre aspect du rapport d'étude approfondie.

[219] Selon le paragraphe 23(1) [mod., *idem*, art. 13] de la LCEE, après avoir pris en compte le rapport d'étude approfondie et les observations présentées, le ministre de l'Environnement peut renvoyer le projet à l'AR pour qu'une mesure soit prise en application de l'article 37 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 29(F); 1994, ch. 46, art. 3; 2003, ch. 9, art. 17] de la LCEE. Il peut faire une déclaration dans laquelle il indique si, selon lui, le projet est susceptible ou non, compte tenu de la mise en œuvre des mesures d'atténuation qu'il estime appropriées, d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, et dans laquelle il précise, s'il y a lieu, les mesures d'atténuation et tout programme de suivi qu'il estime appropriés, compte tenu des observations des AR et des autorités fédérales concernant ces mesures ou programmes.

c) Commission ou médiateur

[220] La LCEE confère aux AR ou au ministre de l'Environnement le vaste pouvoir discrétionnaire d'opter pour une voie d'un niveau « supérieur » à celui que représente un examen préalable ou une étude approfondie.

[221] Indeed, subject to paragraphs 29(1)(b) and (c) of the CEAA, where at any time a RA is of the opinion that a project, taking into account the implementation of any mitigation measures that the RA considers appropriate, may cause significant adverse environmental effects, or public concerns warrant a reference to a mediator or a review panel, the RA may request the Minister of the Environment to refer the project to a mediator or a review panel (section 25 of the CEAA).

[222] Similarly, where at any time the Minister of the Environment is of the opinion that a project for which an environmental assessment may be required under section 5 of the CEAA, taking into account the implementation of any appropriate mitigation measures, may cause significant adverse environmental effects, or public concerns warrant a reference to a mediator or a review panel, the Minister of the Environment may, after offering to consult with the jurisdiction within the meaning of subsection 12(5) of the CEAA, where the project is to be carried out and after consulting with the RA or, where there is no RA in relation to the project, the appropriate federal authority, refer the project to a mediator or a review panel (section 28 [as am. by S.C. 1998, c. 5, s. 162] of the CEAA).

(2) The nature of scoping

[223] Establishing the scope of a project to be assessed is a very fact-specific endeavour, one which requires a careful examination of the works that are being carried out in relation to the project in question.

[224] For example, in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, the Supreme Court of Canada considered the question of the scope of the project for the purposes of assessment under the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. Hydro-Québec had applied for licences to export electricity to the United States. The National Energy Board (the Board) approved the licences subject to two environmental conditions related to the proposed electricity generating facilities. One condition required that, prior to their construction, the electricity generating facilities undergo an environmental assessment.

[221] En fait, sous réserve des alinéas 29(1)(b) et c) de la LCEE à tout moment si une AR estime soit qu'un projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, peut entraîner des effets environnementaux négatifs importants, soit que les préoccupations du public justifient une médiation ou un examen par une commission, cette AR peut demander au ministre de l'Environnement de renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission (article 25 de la LCEE).

[222] Dans le même ordre d'idées, à tout moment le ministre de l'Environnement s'il estime soit qu'un projet assujéti à l'évaluation environnementale en vertu de l'article 5 de la LCEE, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation indiquées, peut entraîner des effets environnementaux négatifs importants, soit que les préoccupations du public le justifient, peut renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission, après avoir offert de consulter l'instance, au sens du paragraphe 12(5) de la LCEE, responsable du lieu où le projet doit être réalisé et après consultation de l'AR, ou, à défaut, de toute autorité fédérale compétente, renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission (article 28 [mod. par L.C. 1998, ch. 5, art. 162] de la LCEE).

2) La nature de la décision concernant la détermination de la portée

[223] L'établissement de la portée d'un projet à évaluer est une tâche de nature très factuelle, qui oblige à examiner soigneusement les activités qui sont exécutées en rapport avec le projet en question.

[224] Par exemple, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, la Cour suprême du Canada a examiné la question de la portée du projet pour les besoins d'une évaluation menée en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7. Hydro-Québec avait demandé des permis d'exportation d'électricité vers les États-Unis. L'Office national de l'énergie (l'Office) avait approuvé les permis sous réserve de deux conditions environnementales liées aux installations de production d'électricité proposées. L'une de ces conditions exigeait que ces installations

[225] The Supreme Court ruled [at page 192] that, in assessing the scope of the assessment, the proper question to ask was whether the construction of the new facilities “is required to serve, among other needs, the demands of the export contract.” The Supreme Court further held [at page 195] that the Board was not limited in its scope of inquiry to the “environmental ramifications of the transmission of power by a line of wire”. Thus, the environmental effects of the electricity generating facilities were related to the Board’s power to grant an export licence and came within the scope of the assessment.

[226] Subsection 15(1) of the CEAA which the respondents invoke to sustain the legality of the decisions or actions taken by the RAs, provides that the scope of the project in relation to which an EA is to be conducted is determined by the RA; where the project is referred to a mediator or review panel, the scope is determined by the Minister of the Environment, after consulting with the RA.

[227] Pursuant to subsection 15(2), the RA may combine two or more projects to which the Act applies into the same EA if it determines that the projects are so closely related that they can be considered as forming a single project. This power is discretionary.

[228] Moreover, subsection 15(3) of the CEAA further provides:

15. . . .

(3) Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

(a) the responsible authority, or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority, likely to be carried out in relation to that physical

fassent l’objet d’une évaluation environnementale avant leur construction.

[225] La Cour suprême [à la page 192] a décrété que, au moment d’évaluer la portée de l’évaluation, la question qu’il convenait de poser était de savoir si la construction des nouvelles installations « est nécessaire, entre autres, pour répondre à la demande créée par un contrat d’exportation ». La Cour suprême a de plus déclaré [à la page 195] que l’Office n’était pas tenu de se limiter, dans la portée de son enquête, « aux répercussions environnementales du transport d’électricité par une ligne de fil métallique ». Les effets environnementaux des installations productrices d’électricité étaient donc liés au pouvoir de l’Office d’accorder un permis d’exportation, et ces effets entraient dans le cadre de l’évaluation.

[226] Le paragraphe 15(1) de la LCEE qu’invoquent les défendeurs pour appuyer la légalité des décisions ou des mesures que les AR ont prises dispose que l’autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l’examen par une commission, le ministre de l’Environnement, après consultation de l’AR, détermine la portée du projet à l’égard duquel l’EE doit être effectuée.

[227] Selon le paragraphe 15(2), l’AR peut combiner en une même EE deux ou plusieurs projets auxquels la Loi s’applique si elle juge que les projets ont un lien assez étroit pour qu’ils soient considérés comme un seul projet. Ce pouvoir est de nature discrétionnaire.

[228] Par ailleurs, le paragraphe 15(3) de la LCEE dispose que :

15. [. . .]

(3) Est effectuée, dans l’un ou l’autre des cas suivants, l’évaluation environnementale de toute opération—construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre—constituant un projet lié à un ouvrage :

a) l’opération est proposée par le promoteur;

b) l’autorité responsable ou, dans le cadre d’une médiation ou de l’examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l’opération susceptible

work. [Emphasis added.]

[229] While not binding, the guidelines [*The Canadian Environmental Assessment Act; Responsible Authority's Guide*, 1994] explain how the Agency envisions the operation of the EA process, which is a complex one. Indeed, courts have relied on the Agency's publications in order to describe the EA process: *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000] 2 F.C. 263 (C.A.); *Citizens' Mining*, above; *Manitoba's Future Forest Alliance v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 30 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.T.D.); *Bow Valley*, above.

[230] The RAs must first determine whether the CEAA applies. To answer this question, the RA must determine if:

- (1) there is a "project" as defined by the CEAA;
- (2) the project is not excluded by the CEAA or one of its regulations;
- (3) the project involves a "federal authority"; and/or
- (4) the project involves an action that triggers the need for an EA under the CEAA.

[231] Second, the RA determines which EA track to follow. In this regard, the *Guide to the Preparation of a Comprehensive Study for Proponents and Responsible Authorities* mentions:

STEP 1.2: DETERMINING THE EA TRACT

...

The majority of federal projects requiring an environmental assessment will undergo a self-directed EA, which can involve either a screening or a comprehensive study. Both are considered self-directed environmental assessments because the responsible authority:

- determines the scope of the environmental assessment;
- ascertains the factors to be considered;

d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage. [Non souligné dans l'original.]

[229] Bien qu'elles ne soient pas d'application obligatoire, les lignes directrices [*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale : Guide des autorités responsables*, 1994] expliquent de quelle façon l'Agence envisage l'application du processus d'EE, qui est complexe. En fait, les tribunaux se sont fondés sur les publications de l'Agence pour décrire le processus d'EE : *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [2000] 2 C.F. 263 (C.A.); *Citizens' Mining*, précité; *Manitoba's Future Forest Alliance c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1999] A.C.F. n° 903 (1^{re} inst.) (QL), *Bow Valley*, précité.

[230] Les AR doivent d'abord décider si la LCEE s'applique. Pour répondre à cette question, il leur faut décider si :

- 1) il existe un « projet », au sens de la LCEE;
- 2) le projet n'est pas exclu par la LCEE ou l'un de ses règlements;
- 3) le projet met en cause une « autorité fédérale »;
- 4) le projet comporte une mesure qui déclenche le besoin de procéder à une EE en vertu de la LCEE.

[231] Deuxièmement, l'AR décide quelle voie d'EE elle doit suivre. À cet égard, le *Guide de préparation d'une étude approfondie à l'intention des promoteurs et des autorités responsables* mentionne ce qui suit :

ÉTAPE 1.2 : DÉTERMINER LE PROCESSUS D'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

[. . .]

La majorité des projets fédéraux nécessitant une évaluation environnementale feront l'objet d'une auto-évaluation, ce qui suppose soit un examen préalable, soit une étude approfondie. Les deux sont des auto-évaluations parce que l'autorité responsable :

- détermine la portée de l'évaluation environnementale;
- établit avec certitude les facteurs à considérer;

- directly manages the environmental assessment process; and
- ensures that an environmental assessment report is drawn up.

Although the majority of self-directed EAs will involve screenings, some will require a comprehensive study, which involves a more intensive and rigorous assessment of a proposed project's environmental effects.

A project will undergo a comprehensive study when it:

- is prescribed within the *Comprehensive Study List Regulations*;
- Has not been referred directly by the RA to the Minister for mediation or panel review; and
- Takes place inside of Canada.

The RA must review the *Comprehensive Study List Regulations* to determine if the project, for which it is proposing to exercise a power, is described on the list. Where it is unclear whether a project is on the list, the RA should seek advice from the Agency.

[232] In this regard, the Guide mentions:

STEP 2.1: SCOPING THE COMPREHENSIVE STUDY

It is up to the responsible authorities to determine the scope of the project (s.15), and the scope of the factors to be taken into consideration during the comprehensive study (ss. 16(1), ss. 16(2) and ss. 16(3)). The *Federal Co-ordination Regulations* require that the RAs and expert departments together determine the scope of the project, the factors to be considered and the scope of the factors. The best practice is for federal authorities to agree on one scope that satisfies all their EA responsibilities. However, this is not a legal requirement.

It is highly recommended that the scoping exercise be undertaken in consultation with the proponent, stakeholders groups, expert departments and the Agency. Scoping sessions should be held as early as possible in the process. The success of the environmental assessment process will often depend on how well this step is undertaken. The scoping exercise sets the parameters for the comprehensive study and provides a rationale for the design of the studies which may be required. [Emphasis added.]

[233] As noted by Justice Linden in *Bow Valley*, above, at paragraphs 25-27:

- conduit directement le processus d'évaluation environnementale;
- veille à ce qu'un rapport d'évaluation environnementale soit établi.

Dans la plupart des cas, l'auto-évaluation consiste en un examen préalable, mais certains projets nécessitent une étude approfondie, c'est-à-dire une évaluation plus poussée et rigoureuse des effets sur l'environnement que pourrait avoir le projet.

Un projet fera l'objet d'une étude approfondie :

- s'il figure au *Règlement sur la liste d'étude approfondie*;
- si l'AR ne l'a pas renvoyé directement au ministre pour une médiation ou un examen par une commission;
- s'il est réalisé au Canada.

L'AR doit examiner le *Règlement sur la liste d'étude approfondie* afin de déterminer si le projet pouvant mener à l'exercice d'une attribution est visé. En cas de doute, l'AR doit obtenir un avis en s'adressant à l'Agence.

[232] À cet égard, toujours selon le Guide :

ÉTAPE 2.1 : ÉTABLIR LA PORTÉE DE L'ÉTUDE APPROFONDIE

Il revient à l'autorité responsable de déterminer la portée du projet (article 15) ainsi que les éléments à examiner dans le cadre de l'étude approfondie [paragraphes 16(1), 16(2) et 16(3)]. Le *Règlement sur la coordination fédérale* exige que les AR et les ministères compétents en la matière déterminent conjointement la portée du projet, les éléments à examiner et la portée de ces éléments. La meilleure approche pour les autorités fédérales consiste à s'entendre sur la portée qui leurs permettent de satisfaire à toutes leurs responsabilités en matière d'évaluation environnementale. Il ne s'agit pas toutefois d'une obligation légale.

Il est fortement recommandé d'entreprendre la délimitation de la portée de l'étude en collaboration avec le promoteur, les parties intéressées, les ministères compétents en la matière et l'Agence. Les séances à cet effet devraient commencer le plus tôt possible. La réussite du processus d'évaluation environnementale dépend souvent de la manière dont cette activité est menée. Cet exercice permet d'établir les paramètres de l'étude approfondie et de déterminer le bien-fondé des études à effectuer. [Non souligné dans l'original.]

[233] Comme le signale le juge Linden dans l'arrêt *Bow Valley*, précité, aux paragraphes 25 à 27 :

The Act does not define the process of scoping of the project. Neither does it define the term “scope.” Nor does it provide any direction to the responsible authority in determining which physical works should be included within the scope of the project. The *Responsible Authority’s Guide*, however, suggests the use of the principal project/accessory test to ensure consistency in scope of the project determinations. According to the principal project/accessory test, the principal project, i.e., either the undertaking with respect to a physical work or the physical activity, must always be included in the scope of the project. The scope should also include other physical works or physical activities which are accessory to the principal project.

The *Responsible Authority’s Guide* suggests two criteria be used in determining what constitutes an accessory to the principal project: interdependence and linkage. If the principal project cannot proceed without the undertaking of another physical work or activity, then that other physical work or activity may be considered as a component of the scoped project. Furthermore, if the decision to undertake the principal project makes the decision to undertake another physical work or activity inevitable, then that other physical work or activity may also be considered as a component of the scoped project.

The *Operational Policy Statement* ... issued by the Agency entitled “Establishing the Scope of the Environmental Assessment” provides that “Scoping establishes the boundaries of an environmental assessment (what elements of the project to consider and include and what environmental components are likely to be affected and how far removed those components are from the project).” The Statement recommends the following, among other things, be considered when determining the scope of the project: the description of the project (what is the project and is it the principal project?) and justification for the project (what is the purpose of project and why is it proposed?), and other physical works which are inevitable or physically linked to or are inseparable from the proposed projects; whether the proposed project is or has been the subject of an assessment of environmental effects by others, such as other environmental assessments, forest management plans, or resource management plans, regional land use plans; whether other review processes have occurred or are occurring and their results. [Emphasis added.]

[234] As can be seen, the process of scoping involves several issues, namely the scope of the project itself, the scope of the environmental assessment, the scope of the factors to be considered, and scoping “interested

La Loi ne définit pas la procédure à suivre pour déterminer la portée d’un projet. Elle ne définit pas non plus le terme « portée ». Elle n’indique pas non plus à l’autorité responsable comment elle doit procéder pour déterminer quels ouvrages doivent être compris dans la portée du projet. Le *Guide des autorités responsables* suggère toutefois que le test du projet principal/accessoire soit utilisé afin d’uniformiser la détermination de la portée des projets. Selon le test du projet principal/accessoire, le projet principal, savoir l’entreprise liée à un ouvrage ou l’activité concrète, doit toujours être compris dans la détermination de la portée du projet. La portée doit aussi couvrir les ouvrages ou activités concrètes accessoires au projet principal.

Le *Guide des autorités responsables* suggère l’utilisation de deux critères pour déterminer quels sont les éléments accessoires au projet principal : l’interdépendance et le lien. Si le projet principal ne peut être mené à bien sans qu’un autre ouvrage ou qu’une autre activité concrète soit entreprise, il faut alors les considérer comme un tout. De plus, si la décision d’entreprendre l’exécution du projet principal rend inévitable l’exécution d’autres ouvrages ou activités, ils peuvent être considérés comme faisant partie du même projet.

L’Énoncé de politique opérationnelle [...] de l’Agence qui s’intitule « établir la portée de l’évaluation environnementale » porte que « l’établissement de la portée détermine les limites d’une évaluation environnementale (quels sont les éléments du projet à considérer et à inclure, quelles composantes environnementales sont susceptibles d’être affectées et à quelle distance du projet se trouvent-elles) ». L’Énoncé recommande notamment de prendre en considération les questions suivantes pour arriver à la détermination de la portée du projet : la description du projet (quel est le projet et pourquoi est-ce le projet principal?) ; la justification du projet (quelle est l’utilité du projet et pourquoi est-il proposé?), ainsi que la description des autres ouvrages qui sont inévitables ou physiquement liés au projet proposé, ou qui en sont inséparables; si le projet proposé est ou a été l’objet d’une évaluation des effets environnementaux effectuée par une autre entité, par exemple, d’autres évaluations environnementales, des plans d’aménagement de forêts, des plans de gestion de ressources, des plans d’utilisation régionale de terres; si d’autres processus d’examen sont en cours ou ont été effectués et leurs résultats. [Non souligné dans l’original.]

[234] Comme on peut le voir, le processus de détermination de la portée d’un projet comporte plusieurs aspects : la portée du projet lui-même, la portée de l’évaluation environnementale, la portée des

part[ies]” (see the definition in subsection 2(1) of the CEAA). I will now examine the relevant case law with respect to the interpretation of the powers granted to the RAs in this regard.

[235] In the case at bar, it is not contemplated that the Project will be completed in several phases (however the two projected open pits would eventually merge into one) or that RCDC will not construct the projected mine and mill which have been excluded by the RAs in the scoping decision of March 2005. Neither is it a case where the RAs have decided to include in the scoping exercise components of a project which had for instance, been excluded by a proponent in its description of the contemplated project. As it was previously explained, it was initially determined by DFO in May 2004 that a comprehensive study, preceded by a public consultation with respect to the scope of the Project and factors to be considered in the EA of the Project, would be prepared by the RAs. However, the RAs later determined that the Project “as scoped” by them was no longer included in the CSL.

C. Case Law

[236] The interpretation of section 15 has been the subject of significant judicial consideration.

(1) *Bowen*

[237] In *Bowen v. Canada (Attorney General)*, [1998] 2 F.C. 395 (T.D.), the applicants contested a decision of the Minister of Canadian Heritage to close the airstrips in Banff and Jasper National Parks. More specifically, the applicants alleged the screening process, which the Department of Canadian Heritage undertook to determine the environmental effects of decommissioning the airstrips, was in violation of the requirements under the CEAA to complete a comprehensive study. In this decision, the Court assessed the scheme under the former version of the CEAA. The Court then evaluated whether the decision of the Governor in Council was “in relation to a physical work.” Having identified the project as the decommissioning of airstrips, the Court next considered

éléments à prendre en compte, de même que la délimitation des « partie[s] intéressée[s] » (voir la définition donnée au paragraphe 2(1) de la LCEE). Je vais maintenant examiner la jurisprudence qui s’applique à l’interprétation des pouvoirs conférés aux AR à cet égard.

[235] En l’espèce, il n’est pas envisagé que le projet se déroule en plusieurs étapes (cependant, les deux puits à ciel ouvert qui sont projetés ne formeraient finalement qu’un seul) ou que RCDC ne construira pas la mine et l’usine de concentration projetées que les AR ont exclues dans la décision de mars 2005 concernant la détermination de la portée. Il n’est pas question non plus, en l’espèce, que les AR ont décidé d’inclure dans l’exercice de détermination de la portée des éléments d’un projet qui avaient, par exemple, été exclus par un promoteur dans sa description du projet envisagé. Comme je l’ai expliqué plus tôt, il a d’abord été décidé par le MPO, en mai 2004, que les AR prépareraient une étude approfondie, précédée d’une consultation publique sur la portée du projet et les éléments à prendre en compte dans le cadre de l’EE de ce projet. Cependant, les AR ont plus tard décidé que le projet « défini » par elles n’était plus inclus dans la LEA.

C. La jurisprudence

[236] L’interprétation de l’article 15 a été examinée à maintes reprises par les tribunaux.

1) *Bowen*

[237] Dans la décision *Bowen c. Canada (Procureur général)*, [1998] 2 C.F. 395 (1^{re} inst.), les demandeurs contestaient la décision du ministre du Patrimoine canadien de fermer les pistes d’atterrissage des parcs nationaux Banff et Jasper. Plus précisément, ils alléguaient que le processus d’examen préalable, que le ministère du Patrimoine canadien avait entrepris pour déterminer les effets environnementaux de la désaffectation des pistes d’atterrissage, violait les exigences prévues par la LCEE de procéder à une étude approfondie. Dans cette décision, la Cour a apprécié le régime que prévoyait l’ancienne version de la LCEE. La Cour a ensuite évalué si la décision du gouverneur en conseil avait trait à un « ouvrage ». Après avoir décidé que le projet en question était la

whether the project was on the comprehensive study list. Justice Campbell noted in this regard [at paragraph 70]:

Under section 1 of the Comprehensive Study List, since each decommissioning is in relation to a physical work in a national park, a comprehensive study is required, but only if the decommissioning is contrary to the management plan for the park concerned.

[238] Finding that the decommissioning of airstrips was contrary to the management plan for the parks concerned, the Court determined the project was on the CSL. Justice Campbell further noted [at paragraph 75]:

Therefore, I find that a comprehensive study is required respecting any decision to decommission either the Banff or Jasper airstrips. I also find that the fact that screening assessments have already been done is an irrelevant consideration as far as the law is concerned, although undoubtedly, the results will be of practical assistance in the development of the required comprehensive studies.

[239] In light of this finding, the Court concluded, therefore, a comprehensive study was required and that the screening was *ultra vires*.

(2) *Manitoba's Future Forest Alliance*

[240] The case of *Manitoba's Future Forest Alliance* involved the construction of a bridge and an environmental assessment undertaken by the Canadian Coast Guard. The proponent of the project was also undertaking the conversion and expansion of an existing pulp mill, the construction of a new pulp mill, the construction of hundreds of kilometres of logging roads and other related forestry activities. The approval was challenged on the basis of the narrow scoping of the project. Justice Nadon found that, when determining the scope of the project under subsection 15(1) of the CEEA, the responsible authority was required under subsection 15(3) to assess not just those undertakings proposed by the proponent but also those which were likely to be carried out in relation to the bridge.

[241] Justice Nadon at paragraph 53, imported the

désaffectation des pistes d'atterrissage, la Cour a ensuite examiné si le projet était inscrit sur la Liste d'étude approfondie. Le juge Campbell a noté ce qui suit à cet égard [au paragraphe 70] :

Au titre de l'article 1 de la Liste d'étude approfondie, puisque chaque désaffectation se rapporte à un ouvrage dans un parc national, une étude approfondie est nécessaire, mais seulement si la désaffectation va à l'encontre du plan de gestion du parc en question.

[238] Concluant que la désaffectation des pistes d'atterrissage était contraire au plan directeur des parcs en question, la Cour a décidé que le projet était inscrit sur la LEA. Le juge Campbell a signalé en outre ce qui suit [au paragraphe 75] :

En conséquence, je conclus qu'une étude approfondie est nécessaire concernant la décision de désaffecter chacune des pistes d'atterrissage de Banff ou de Jasper. Je conclus également que le fait que les examens préalables ont déjà été effectués est une considération non pertinente aux yeux du droit, bien que, sans doute, les résultats seront d'une aide pratique dans la préparation des études approfondies requises.

[239] Compte tenu de ce qui précède, la Cour a donc conclu qu'il était nécessaire de procéder à une étude approfondie et que l'examen préalable était *ultra vires*.

2) *Manitoba's Future Forest Alliance*

[240] La décision *Manitoba's Future Forest Alliance* avait trait à la construction d'un pont et à une évaluation environnementale menée par la Garde côtière canadienne. Le promoteur du projet entreprenait également la transformation et l'agrandissement d'une usine de pâte à papier existante, la construction d'une nouvelle usine de pâte à papier, la construction de chemins d'exploitation s'étendant sur des centaines de kilomètres, ainsi que d'autres activités forestières connexes. L'approbation était contestée en raison de la délimitation étroite de la portée du projet. Le juge Nadon a conclu que, au moment de déterminer la portée du projet en vertu du paragraphe 15(1) de la LCEE, l'autorité responsable était tenue, en vertu du paragraphe 15(3), d'évaluer non seulement les travaux proposés par le promoteur mais aussi ceux qui étaient susceptibles d'être menés en rapport avec le pont.

[241] Le juge Nadon, au paragraphe 53 de la

following passage from the respondent's memorandum into his judgment:

The effect of s. 15(3) . . . is that the scope of the assessment of a physical work project may be increased beyond what is proposed in the project itself, in order to take into account the environmental effects of the undertakings the responsible authority believes are likely to be carried out to carry the project through its life cycle. [Emphasis added.]

[242] However, based on the particular facts in that case, the Court concluded that the Canadian Coast Guard was not required to include the forestry operations, the pulp mills or the construction of the new roads in the scope of the project since the forestry operations were not undertakings related to the bridge or likely to be carried out in relation to that project.

(3) *Friends of the West Country Assn.*

[243] In *Friends of the West Country Assn.*, above, the breadth of subsections 15(1) and (3) of the CEAA was reviewed by this Court and the Federal Court of Appeal. In the first instance [[1998] 4 F.C. 340 (T.D.)], the Court found no reviewable error in the manner in which the Canadian Coast Guard exercised its discretion in defining the projects subject to environmental assessment review. In particular, the Court found no error in the Canadian Coast Guard not including the main line road and the proposed Sunpine forestry operations within the scope of the bridge projects. However, the Court went on to consider subsection 15(3). In this regard, my colleague Justice Gibson concluded that the RA was obliged to include within “the scope of the environmental assessment” (as opposed to the “projects”) the road and perhaps the forestry operations because they were “in relation to” the bridge.

[244] The appeal was dismissed and it was ordered that the matter be redetermined in accordance with the reasons of Justice Gibson as modified by the reasons of the Federal Court of Appeal. In this regard, Justice Rothstein who wrote the reasons of the Court of Appeal stated that while the scope of the project is to be determined by the RA, it may include more than just the

décision, a importé dans son jugement le passage suivant, extrait du mémoire du défendeur :

L'effet du paragraphe 15(3) [. . .] est qu'il est possible d'étendre la portée de l'évaluation d'un projet relatif à un ouvrage au-delà de ce qui est proposé dans le projet lui-même afin de tenir compte des effets environnementaux des opérations qui, de l'avis de l'autorité responsable, sont susceptibles d'être réalisées pendant le cycle de vie du projet. [Non souligné dans l'original.]

[242] Cependant, au vu des faits particuliers de cette affaire, la Cour a conclu que la Garde côtière canadienne n'était pas tenue d'inclure dans la portée du projet les activités forestières, les usines de pâte à papier ou la construction des nouveaux chemins d'exploitation, car les activités forestières n'étaient pas des activités liées au pont ou susceptibles d'être exécutées en rapport avec le projet en question.

3) *Friends of the West Country Assn.*

[243] Dans l'affaire *Friends of the West Country Assn.*, précitée, la portée des paragraphes 15(1) et (3) de la LCEE a été examinée par cette Cour ainsi que par la Cour d'appel fédérale. En première instance [[1998] 4 C.F. 340 (1^{re} inst.)], la Cour n'a relevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la façon dont la Garde côtière canadienne avait exercé son pouvoir discrétionnaire pour définir les projets soumis à une évaluation environnementale. En particulier, la Cour a conclu que la Garde côtière canadienne n'avait pas commis d'erreur en n'incluant pas, dans la portée des projets de pont, la route principale et les activités forestières proposées de Sunpine. Cependant, elle a examiné ensuite le paragraphe 15(3). À cet égard, mon collègue le juge Gibson a conclu que l'AR était tenue d'inclure dans « la portée de l'évaluation environnementale » (par opposition aux « projets ») la route et peut-être les activités forestières parce qu'elles avaient trait au pont.

[244] L'appel a été rejeté et il a été ordonné que l'affaire soit réexaminée conformément aux motifs du juge Gibson, tels que modifiés par les motifs de la Cour d'appel fédérale. À cet égard, le juge Rothstein, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a déclaré que bien que la portée du projet doive être déterminée par l'AR, cette portée peut englober plus que l'ouvrage qui a

physical work that triggered CEAA review, where there are other physical activities in relation to a particular work. However, subsection 15(3), is “subsidiary” to subsection 15(1), and as stated by Justice Rothstein [at paragraph 14] in the latter case “the words in subsection 15(3) do not have the effect of rescoping a project to something wider than what was determined under subsection 15(1).”

[245] That being said, Justice Rothstein opined at paragraphs 34 and 39:

Under paragraph 16(1)(a), the responsible authority is not limited to considering environmental effects solely within the scope of a project as defined in subsection 15(1). Nor is it restricted to considering only environmental effects emanating from sources within federal jurisdiction. Indeed, the nature of a cumulative effects assessment under paragraph 16(1)(a) would appear to expressly broaden the considerations beyond the project as scoped. . . .

...

It is not illogical to think that the accumulation of a series of insignificant effects might at some point result in significant effects. I do not say that is the case here. I only observe that a finding of insignificant effects of the scoped projects is sufficient to open the possibility of cumulative significant environmental effects when other projects are taken into account. For this reason, I do not think the insignificant effects finding precludes the application of the cumulative effects portion of paragraph 16(1)(a) or subsection 16(3) in this case. [Emphasis added.]

[246] Accordingly, the Federal Court of Appeal determined that the Canadian Coast Guard had erred in declining to exercise the discretion conferred on it in its cumulative effects analysis under paragraph 16(1)(a) by excluding consideration of effects from other projects or activities because they were outside the scoped projects or were outside federal jurisdiction.

déclenché l’examen visé par la LCEE lorsqu’il y a d’autres activités concrètes qui sont menées en rapport avec un ouvrage particulier. Cependant, le paragraphe 15(3) est « subsidiaire » au paragraphe 15(1), et comme l’a déclaré le juge Rothstein [au paragraphe 147] dans ce dernier cas : « le paragraphe 15(3) n’a pas pour effet d’élargir la portée d’un projet au-delà de la définition faite conformément au paragraphe 15(1) ».

[245] Cela étant dit, le juge Rothstein a émis l’opinion suivante, aux paragraphes 34 et 39 :

Aux termes de l’alinéa 16(1)a), l’autorité responsable n’a pas à se borner à un examen des effets environnementaux découlant strictement d’un projet dont la portée a été déterminée conformément au paragraphe 15(1). Cette autorité responsable n’est pas non plus obligée de s’en tenir aux seuls effets environnementaux pouvant découler de sources relevant de la compétence fédérale. En effet, la nature même d’une évaluation des effets cumulatifs en vertu de l’alinéa 16(1)a) semble expressément élargir le champ d’examen au delà du projet défini. [. . .]

[. . .]

Il n’est pas illogique de penser que l’accumulation de toute une série d’effets insignifiants pourrait finir par constituer des effets appréciables. Je ne dis pas que c’est le cas en l’espèce. Je fais simplement remarquer que le fait qu’il ait été décidé que les projets définis entraîneraient des effets insignifiants permet d’envisager la possibilité d’effets cumulatifs appréciables sur l’environnement lorsqu’on englobe dans l’analyse les autres projets. Pour ce motif, je ne pense pas que le fait que la Garde côtière ait conclu que les projets en question n’entraîneraient que des effets insignifiants empêche l’application en l’espèce de la partie de l’alinéa 16(1)a) concernant les effets cumulatifs, ou du paragraphe 16(3). [Non souligné dans l’original.]

[246] Par conséquent, la Cour d’appel fédérale a jugé que la Garde côtière canadienne avait commis une erreur en refusant d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré dans son analyse des effets cumulatifs par l’alinéa 16(1)a), en excluant l’examen des effets d’autres projets ou activités parce qu’ils débordaient le cadre des projets définis ou excédaient la compétence du gouvernement fédéral.

(4) *Canadian Parks and Wilderness Society*

[247] The courts have recognized that the need to establish the scope of a project to be assessed is particularly important when looking at a project that may involve different phases or developments over the course of several years. For example, in *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (F.C.T.D.); aff'd [2003] 4 F.C. 672 (C.A.), the Minister of Canadian Heritage treated an EA of a winter road as one project and determined that any future proposal to build an all-season road would be a new project. The EA was challenged, based in part on the scope of the assessment. The challenge was not successful and it was determined that the minister of Canadian Heritage had acted within the scope of her jurisdiction by considering the winter road and possible all-season road as two separate projects.

(5) *TrueNorth*

[248] I will now analyse the two *TrueNorth* decisions rendered by this Court in 2004 and the Federal Court of Appeal in 2006. The relevant facts of that case, as set out by my colleague Justice Russell in *TrueNorth*—first instance, are explained below. Like the cases mentioned above, the *TrueNorth* decisions are also based on the provisions of the CEAA as they read prior to the Bill C-9 amendments. However, the text of section 15 has remained the same.

(a) Factual background

[249] In August 2000, TrueNorth Energy Corporation announced its plans to develop an oil sands extraction mine near Fort McMurray, Alberta, which required the removal of oil-laden soil. The development necessitated the destruction of Fort Creek, a fish-bearing stream that ran through the area of the proposed mine. Consequently, an authorization to destroy fish and fish habitat (HADD) was required by section 35 of the *Fisheries Act*. DFO, the responsible authority in that

4) *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada*

[247] Les tribunaux ont reconnu que le besoin d'établir la portée d'un projet à évaluer est particulièrement important lorsqu'on a affaire à un projet qui peut comporter des phases ou des étapes différentes qui s'étendent sur plusieurs années. Ainsi, dans l'affaire *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2001 CFPI 1123; conf. par [2003] 4 C.F. 672 (C.A.), la ministre du Patrimoine canadien a considéré l'EE d'une route d'hiver comme un projet et a décidé que toute proposition future en vue de la construction d'une route toute saison serait un nouveau projet. L'EE a été contestée, en raison notamment de la portée de l'évaluation. La contestation n'a pas été fructueuse et il a été décidé que la ministre du Patrimoine canadien avait agi dans le cadre de sa compétence en considérant la route d'hiver et l'éventuelle route toute saison comme deux projets distincts.

5) *TrueNorth*

[248] J'analyserai maintenant les deux décisions *TrueNorth* que la présente Cour et la Cour d'appel fédérale ont rendues, en 2004 et en 2006 respectivement. Les faits pertinents de cette affaire, que mon collègue le juge Russell a exposés dans *TrueNorth*—première instance, sont expliqués ci-dessous. À l'instar des causes précédemment mentionnées, les décisions *TrueNorth* sont fondées aussi sur les dispositions de la LCEE avant les modifications apportées par le projet de loi C-9. Cependant, le texte de l'article 15 n'a pas changé.

a) Le contexte factuel

[249] En août 2000, TrueNorth Energy Corporation a annoncé qu'elle envisageait d'exploiter un gisement de sables bitumineux situé près de Fort McMurray (Alberta), ce qui obligeait d'enlever une terre imprégnée de pétrole. Le projet en question obligeait à détruire Fort Creek, un ruisseau poissonneux qui traversait la zone de la mine projetée. Cela signifiait qu'une autorisation de détruire le poisson et l'habitat du poisson (DDP) était requise en application de l'article

case, received a formal application for authorization in April 2001, which triggered an environmental assessment pursuant to paragraph 5(d) of the CEAA.

[250] The Province of Alberta was also conducting a review of TrueNorth's proposal. In July 2001, DFO obtained TrueNorth's environmental impact assessment (EIA), which had been required by the Province of Alberta for the purpose of its review of TrueNorth's proposal. The EIA identified fish tainting as a potential issue of high significance. Fish tainting, a long-term declining quality of fish, is caused either by natural seepage or by the deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish. In this regard, the EIA contemplated the possibility of the deposit coming from the operations of TrueNorth's mine. The Court noted in *obiter* at paragraph 9, that although "[t]he deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish is prohibited by s. 36(3) of the *Fisheries Act*, [it] was not subject to an authorization under subsection 35(a) of the *Fisheries Act* [*sic*]". It is worthwhile to reiterate that TrueNorth's proposal, unlike in the case at bar, did not include a TIA.

[251] Almost one year later, in May 2002, TrueNorth provided DFO with a consultant's report that reduced the potential fish tainting effects to the level of negligible. In July 2002, Environment Canada provided its expert advice and urged that further studies be conducted, although it did not necessarily dispute TrueNorth's assessment that the fish tainting effects would be negligible.

[252] In July 2002, DFO participated as an intervener in the hearings conducted by the Province through the Alberta Energy and Utilities Board (AEUB) in relation to the TrueNorth mining proposal.

[253] The following month, in August 2002, DFO circulated a preliminary scoping decision in a letter,

35 de la *Loi sur les pêches*. Le MPO, l'autorité responsable dans cette affaire, a reçu une demande officielle d'autorisation en avril 2001, qui a déclenché la tenue d'une évaluation environnementale conformément à l'alinéa 5d) de la LCEE.

[250] La province de l'Alberta procédait elle aussi à un examen de la proposition de TrueNorth. En juillet 2001, le MPO a obtenu l'étude d'impact environnemental (EIE) de TrueNorth, que la province de l'Alberta avait exigée pour son examen de la proposition de TrueNorth. Selon l'EIE, l'altération de la qualité du poisson constituait un problème que l'on ne pouvait pas ignorer. L'altération de la qualité du poisson est un processus causé soit par infiltration naturelle, soit par le rejet d'une substance nocive dans des eaux poissonneuses. À cet égard, l'EIE envisageait la possibilité que le rejet était imputable aux activités de la mine de TrueNorth. La Cour a fait remarquer au paragraphe 9 de la décision, dans une remarque incidente, que même si « [l]e rejet d'une substance nocive dans des eaux poissonneuses est interdit par le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*, [ce rejet] ne pouvait être l'objet d'une autorisation aux termes du paragraphe 35(2) ». Il vaut la peine de réitérer que la proposition de TrueNorth, contrairement à celle dont il est question en l'espèce, n'englobait pas un DRM.

[251] Près d'un an plus tard, en mai 2002, TrueNorth a fourni au MPO le rapport d'un consultant qui ramenait les risques d'altération de la qualité du poisson à un niveau qualifié de négligeable. En juillet 2002, Environnement Canada a fait connaître son avis spécialisé et a demandé que l'on procède à d'autres études, même s'il ne contestait pas nécessairement l'évaluation de TrueNorth selon laquelle les effets d'altération de la qualité du poisson seraient négligeables.

[252] En juillet 2002, le MPO a participé à titre d'intervenant aux audiences de la province, conduites par l'entremise de l'Alberta Energy and Utilities Board (AEUB), au sujet des travaux d'extraction que proposait TrueNorth.

[253] Le mois suivant, en août 2002, le MPO a rendu par lettre une décision préliminaire sur la détermination

identifying the scope of the project in relation to which an environmental assessment was to be conducted as being the destruction of the bed and channel of Fort Creek and other associated activities:

1. The destruction of the bed and channel of Fort Creek;
2. The construction of temporary or permanent diversions of Fort Creek;
3. The construction of site de-watering and drainage works;
4. The construction and operation of associated sediment and erosion control works;
5. The construction of any Fort Creek crossings and associated approaches;
6. The construction and operation of any fish habitat compensation works as required by DFO;
7. The construction of camps and storage areas associated with (1) through (7);
8. Site clearing and removal of riparian vegetation associated with (1) through (8).

[254] In September 2002, the Government of Canada served its submissions on the AEUB and the participants in the provincial hearings.

[255] DFO consulted with other federal authorities before determining the scope of the project, pursuant to section 8 of the *Regulations Respecting the Coordination by Federal Authorities of Environmental Assessment Procedures and Requirements*, SOR/97-181. Responses were received from Health Canada, Parks Canada, NRCan and Environment Canada. Of all of these federal authorities, only Environment Canada recommended that the scope of the project be expanded beyond that proposed in DFO's letter. Specifically, it recommended that the scope of the project be expanded "to include the entire project as defined by TrueNorth Energy Ltd. in its combined application to the Alberta Energy Utilities Board and Alberta Environment."

de la portée du projet, indiquant que la portée du projet à l'égard duquel une évaluation environnementale devait être effectuée était la destruction du lit et du canal du Fort Creek et d'autres activités connexes :

1. la destruction du lit et du canal du Fort Creek;
2. la construction de dérivations temporaires ou permanentes du Fort Creek;
3. la construction d'ouvrages d'assèchement et de drainage;
4. la construction et l'exploitation d'ouvrages connexes propres à empêcher la sédimentation et l'érosion;
5. la construction de passages sur le Fort Creek, ainsi que les approches nécessaires;
6. la construction et l'exploitation d'ouvrages de préservation de l'habitat du poisson, selon les directives du MPO;
7. la construction des camps et des zones d'entreposage reliés aux points 1) à 7);
8. les travaux de défrichage et d'enlèvement de la végétation des rives, reliés aux points 1) à 8).

[254] En septembre 2002, le gouvernement du Canada a fait part de ses observations à l'AEUB ainsi qu'aux participants aux audiences provinciales.

[255] Le MPO a consulté d'autres autorités fédérales avant de déterminer la portée du projet, conformément à l'article 8 du *Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d'évaluation environnementale*, DORS/97-181. Il a ainsi obtenu des réponses de Santé Canada, de Parcs Canada, de RNCan et d'Environnement Canada. Parmi toutes ces autorités fédérales, seul Environnement Canada a recommandé que la portée du projet aille au-delà de celle qui était proposée dans la lettre du MPO. Plus précisément, il a recommandé que la portée du projet soit élargie de manière à [TRADUCTION] « englober le projet tout entier défini par TrueNorth Energy Ltd. dans sa demande combinée adressée à

Furthermore, in October 2002, three non-profit organizations also submitted a letter through their counsel arguing that the proposed scoping was too narrow and that a comprehensive study was required.

[256] In December 2002, DFO issued its final scoping decision with scoping unchanged from its August 2002 preliminary decision. With regard to this decision, Justice Russell writes [at paragraphs 20-22]:

In arriving at the final scoping Decision, Ms. Majewski [Area Chief, Habitat with the DFO] was guided by the principles that the determination must be reasonable and made on a case-by case basis. Ms. Majewski determined the scope of the project to be that which includes the undertakings and activities that require authorization under s. 35(2) of the *Fisheries Act* and give rise to the application of CEAA and the ancillary works and activities. Accordingly, she scoped in the destruction of the bed channel of Fort Creek because it entails physical activities prescribed to be a “project” for the purpose of CEAA pursuant to Part VII of the Schedule of the Inclusion List Regulations. The remaining elements of her scoping Decision entail the ancillary works and activities, including a Fort Creek diversion channel.

Had the water flows of Fort Creek into a diversion channel exceeded limits shown in s. 9 of the *Comprehensive Study List Regulations*, a comprehensive study would have been required. Since this was not the case, Ms. Majewski concluded that the environmental assessment under CEAA should be conducted at a screening level.

In reaching her final Decision on scoping Ms. Majewski took into consideration all comments, including those made by the Applicants’ counsel, as well as the findings of the provincial hearing.

(b) Judicial review application

[257] The non-profit organizations who had earlier made representations to DFO applied to this Court for judicial review of DFO’s December 2002 scoping decision. They submitted that DFO had wrongly limited

l’Alberta Energy Utilities Board et à Alberta Environment ». De plus, en octobre 2002, trois organismes à but non lucratif ont eux aussi présenté une lettre par l’entremise de leur avocat, alléguant que la portée proposée était trop restreinte et qu’il était nécessaire de procéder à une étude approfondie.

[256] En décembre 2002, le MPO a rendu sa décision finale sur la détermination de la portée du projet, une décision inchangée par rapport à sa décision préliminaire d’août 2002. En ce qui concerne cette décision, le juge Russell écrit ce qui suit [aux paragraphes 20 à 22] :

Pour arriver à la décision finale, M^{me} Majewski [chef régionale pour l’habitat auprès du MPO] s’était fondée sur les principes suivants : les décisions de cette nature doivent être raisonnables et elles reposent sur les circonstances propres à chaque cas. M^{me} Majewski a estimé que la portée du projet devait englober d’une part les entreprises et activités qui requièrent une autorisation selon le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et qui donnent lieu à l’application de la LCEE, et d’autre part les ouvrages et activités accessoires. Elle a donc défini la portée du projet comme la destruction du lit du Fort Creek parce que cette destruction comporte, selon la partie VII de l’annexe du *Règlement sur la liste d’inclusion*, des activités concrètes requises pour l’existence d’un « projet » aux fins de la LCEE. Les éléments restants de la décision de M^{me} Majewski sur la portée du projet concernent les ouvrages et activités accessoires, notamment un canal de dérivation du Fort Creek.

Si le déversement des eaux du Fort Creek dans un canal de dérivation avait dépassé les limites prévues par l’article 9 du *Règlement sur la liste d’étude approfondie*, une étude approfondie aurait été nécessaire. Puisque tel n’était pas le cas, M^{me} Majewski a conclu que l’évaluation environnementale requise par la LCEE devait se faire selon la formule de l’examen préalable.

Pour arriver à sa décision finale sur la portée du projet, M^{me} Majewski a pris en compte toutes les observations, notamment celles de l’avocat des demandeurs, ainsi que les conclusions de l’enquête provinciale.

b) La demande de contrôle judiciaire

[257] Les organismes à but non lucratif qui avaient soumis plus tôt des observations au MPO ont demandé à la présente Cour de soumettre à un contrôle judiciaire la décision prise par le MPO en décembre 2002 à

the scope of the project to the destruction of the Fort Creek and should instead have scoped the entire oil sands undertaking. They argued that DFO had erred in its interpretation of the scope of the federal assessment power under the CEAA and of the definition of “project”, and had unreasonably exercised its discretion in determining the scope of the project to be assessed. Specifically, the applicants submitted that the destruction of Fort Creek was an impact of the project and not a separate project in and of itself. Because the oil sands project exceeded two separate thresholds set out in Part IV of the CSL Regulations, a comprehensive study of the project was required.

[258] The applicants stressed that Ms. Majewski had wrongly assumed that where an EA was triggered, “the scope of the project should be limited to those elements over which the federal government can validly assert authority, either directly or indirectly. The EA scope of project should correspond to the federally regulated undertaking involved in the application.” The applicants argued that this demonstrated that DFO mistakenly believed that a federal authority could only look at what it could validly regulate. However, according to the applicants, in *Friends of the Oldman River Society*, above, the Supreme Court of Canada had established that the scope of assessment was not confined to the particular head of power under which the federal authority had decision-making responsibility and once the initiating department had been given authority to embark on the assessment, its review must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction.

(c) Decision in first instance

[259] On September 16, 2004, Justice Russell dismissed the application. In coming to his conclusion, he noted, at paragraphs 234-235:

propos de la détermination de la portée du projet. Ils ont fait valoir que le MPO avait limité à tort la portée du projet à la destruction du Fort Creek et qu’il aurait plutôt dû englober toute l’entreprise d’extraction de sables bitumineux. Ils ont fait valoir que le MPO avait commis une erreur dans son interprétation de la portée du pouvoir d’évaluation fédéral que confère la LCEE ainsi que de la définition d’un « projet », et qu’il avait exercé de manière déraisonnable son pouvoir discrétionnaire en déterminant la portée du projet à évaluer. Plus précisément, les demandeurs ont fait valoir que la destruction du Fort Creek était un impact du projet et ne constituait pas en soi un projet distinct. Étant donné que le projet relatif aux sables bitumineux excédait deux seuils distincts indiqués à la partie IV du Règlement LEA, il était nécessaire de procéder à une étude approfondie du projet.

[258] Les demandeurs ont souligné que M^{me} Majewski avait présumé à tort que lorsqu’une EE est déclenchée, [TRADUCTION] « la portée du projet devrait se limiter aux éléments sur lesquels le gouvernement fédéral peut valablement revendiquer un pouvoir, directement ou indirectement. La portée du projet soumis à l’évaluation environnementale devrait s’accorder avec l’entreprise de droit fédéral dont il est question dans la demande ». Les demandeurs ont fait valoir que cela montrait que le MPO croyait à tort qu’une autorité fédérale ne peut considérer que ce qu’elle peut valablement réglementer. Cependant, d’après les demandeurs, dans l’arrêt *Friends of the Oldman River Society*, précité, la Cour suprême du Canada a établi que la portée d’une évaluation ne se limite pas au chef de compétence particulier en vertu duquel l’autorité fédérale assume une responsabilité décisionnelle et qu’une fois que le ministère d’origine obtient l’autorisation de mettre en marche l’évaluation, l’examen qu’il effectue doit prendre en compte l’effet environnemental sur tous les domaines de compétence fédérale.

c) La décision en première instance

[259] Le 16 septembre 2004, le juge Russell a rejeté la demande. Pour arriver à cette conclusion, il a fait remarquer ce qui suit, aux paragraphes 234 et 235 :

In my view, then, the *Oldman River* case, although directing that assessment, once appropriately initiated, can consider the impact of a project on all areas of federal jurisdiction, does not suggest that the scope of an assessment does not have to be connected to the relevant head of federal power that is engaged by an application. In fact, I am of the view that there was behind the judgment of La Forest J. in *Oldman River* an assumption that the exercise of legislative power can only give a mandate to examine matters that are related to the heads of federal responsibility affected.

In any event, I am of the view that the scoping mandate of DFO is to be found in CEAA itself and not by reference to a decision such as that in *Oldman River*, that dealt specifically with the constitutionality of a particular Guidelines Order. [Emphasis added.]

[260] Justice Russell further observed, at paragraph 243:

I agree with the Applicants that, once CEAA has been triggered, there is nothing in s. 15 or any provision related to the scope of an assessment which specifically limits a scoping decision to the relevant head of federal jurisdiction occupied by the responsible authority. But, in my view, no such words of limitation are necessary because it could not have been Parliament's intent to authorize a Responsible Authority to environmentally assess aspects of a project unrelated to those heads of federal jurisdiction called into play by the project in question. [Emphasis added.]

[261] Moreover, Justice Russell held that nothing in the definition of "project" in the CEAA prevented the destruction of Fort Creek from being a project in its own right.

[262] Although former section 21 of the CEAA was mentioned in Justice Russell's summary of the parties' submissions, it was not explicitly mentioned in his analysis. That being said, it is clear that Justice Russell's comments above are directed exclusively to the "scope of an assessment" under section 5 of the CEAA, which in this case "specifically limits a scoping decision to the relevant head of federal jurisdiction occupied by the responsible authority."

(d) Decision in appeal

À mon avis par conséquent, même si l'arrêt *Oldman River* prescrit que l'évaluation, une fois valablement entreprise, peut considérer l'incidence d'un projet sur tous les domaines de compétence fédérale, il ne dit pas que le champ d'une évaluation n'a pas à être rattaché au chef de compétence fédérale qui est mis en cause par une demande. En réalité, il m'apparaît que l'avis rendu par le juge La Forest dans l'arrêt *Oldman River* renferme le postulat selon lequel l'exercice d'un pouvoir législatif ne peut conférer qu'un mandat d'examiner des questions qui se rapportent aux domaines de compétence fédérale concernés.

Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que le pouvoir du MPO de définir la portée d'un projet se trouve dans la LCEE elle-même et ne peut résulter d'une décision judiciaire telle que l'arrêt *Oldman River*, qui traitait expressément de la constitutionnalité d'un certain Décret sur les lignes directrices. [Non souligné dans l'original.]

[260] Le juge Russell a déclaré de plus, au paragraphe 243 :

Je reconnais avec les demandeurs que, une fois qu'est déclenchée l'application de la LCEE, l'article 15 ni aucune disposition liée au champ d'une évaluation ne limitent en rien une décision concernant la portée d'un projet au domaine de compétence fédérale qui est occupée par l'autorité responsable. Mais, à mon avis, aucune limite semblable n'est nécessaire parce qu'il est impossible que le législateur ait voulu permettre à une autorité responsable de procéder à l'évaluation environnementale des aspects d'un projet qui ne sont pas rattachés au chef de compétence fédérale mis en cause par le projet en question. [Non souligné dans l'original.]

[261] Par ailleurs, le juge Russell a décrété que rien dans la définition d'un « projet » que donne la LCEE n'empêchait la destruction du Fort Creek d'être par elle-même un projet.

[262] Même si l'ancien article 21 de la LCEE a été mentionné dans le sommaire qu'a fait le juge Russell des observations des parties, ce dernier ne l'a pas mentionné explicitement dans son analyse. Cela étant dit, il est clair que les commentaires du juge Russell qui précèdent visent exclusivement la « portée d'une évaluation » au sens de l'article 5 de la LCEE, qui, dans ce cas-ci, « limite en rien une décision concernant la portée d'un projet au domaine de compétence fédérale qui est occupé par l'autorité responsable ».

d) La décision en appel

[263] The applicants appealed the decision rendered by the Court. On January 27, 2006, the Federal Court of Appeal dismissed the appeal [[2006] 3 F.C.R. 610].

[264] First, with regard to the applicants' argument that the words "in whole or in part" in paragraph 5(1)(d) implied that a project must consist of an entire physical work or physical activity, Justice Rothstein who wrote the reasons of the Federal Court of Appeal stated [at paragraph 20]:

The appellants have misconstrued paragraph 5(1)(d). The project referred to in paragraph 5(1)(d) is the project as scoped by the responsible authority under subsection 15(1). The words "in whole or in part" recognize that within a project as scoped by a responsible authority, the power to be exercised by a federal authority under subsection 5(1)(d) may relate only to a part of that project. In this case, TrueNorth requires authorization from the Minister of Fisheries and Oceans of Canada under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* for the destruction of the Fort Creek fish habitat. However, the project, as scoped, involves more than the destruction of Fort Creek: for example, construction of camps and storage areas required to carry out the destruction of Fort Creek. Although the construction camps and storage areas are scoped as part of the destruction of the Fort Creek project, TrueNorth will not require permits under paragraph 5(1)(d) for them. [Emphasis added.]

[265] It is interesting to note that in these passages, no direct mention is made by Justice Rothstein to former section 21. Justice Rothstein's reasoning in *TrueNorth* suggests that the word "project" which is broadly defined at section 2 of the CEEA must have a more restrictive meaning when it is used in paragraph 5(1)(d) of the CEEA: "[t]he project referred to in paragraph 5(1)(d) is the project as scoped by the responsible authority under subsection 15(1)" (emphasis added). However, this leaves the question whether the word "project" used elsewhere in other provisions of the Act should be read as the project scoped by the RA or as the project proposed by the proponent. In other words, does the scope of the project proposed by the proponent or determined by the RA have an effect on the level of assessment itself?

[263] Les demandeurs ont interjeté appel de la décision de la Cour. Le 27 janvier 2006, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel [[2006] 3 R.C.F. 610].

[264] Premièrement, en ce qui concerne l'argument des demandeurs selon lequel les mots « en tout ou en partie », à l'alinéa 5(1)d), sous-entendaient qu'un projet doit être constitué par la totalité d'un ouvrage ou d'une activité concrète, le juge Rothstein, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel fédérale, a déclaré ce qui suit [au paragraphe 20] :

Les appelants ont mal interprété l'alinéa 5(1)d). Le projet visé à l'alinéa 5(1)d) est le projet dont la portée est définie par l'autorité responsable en vertu du paragraphe 15(1). Les mots « en tout ou en partie » reconnaissent que dans le cadre du projet dont la portée est définie par l'autorité responsable, le pouvoir qu'exerce une autorité fédérale en vertu de l'alinéa 5(1)d) peut concerner une partie seulement du projet. En l'espèce, TrueNorth doit obtenir du ministre des Pêches et des Océans du Canada l'autorisation visée au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* pour la destruction de l'habitat du poisson du Fort Creek. Toutefois, la portée du projet est plus large que la destruction du Fort Creek : par exemple, elle comprend la construction des camps et des zones d'entreposage nécessitées par la destruction du Fort Creek. Bien que la construction des camps et des zones d'entreposage entrent dans la portée du projet défini comme la destruction du Fort Creek, TrueNorth n'a pas besoin de permis pour cet élément en vertu de l'alinéa 5(1)d). [Non souligné dans l'original.]

[265] Il est intéressant de signaler que, dans ces passages, le juge Rothstein ne mentionne pas directement l'ancien article 21. Son raisonnement dans *TrueNorth* laisse entendre que le mot « projet », qui est défini de manière large à l'article 2 de la LCEE, doit avoir un sens plus restreint lorsqu'il est employé à l'alinéa 5(1)d) de la LCEE : « [l]e projet visé à l'alinéa 5(1)d) est le projet dont la portée est définie par l'autorité responsable en vertu du paragraphe 15(1) » (non souligné dans l'original). Cependant, il reste la question de savoir si le mot « projet », employé ailleurs dans d'autres dispositions de la Loi, devrait être interprété comme étant le projet dont la portée a été déterminée par l'AR, ou le projet que le promoteur a proposé. Autrement dit, la portée du projet proposé par le promoteur ou déterminée par l'AR a-t-elle un effet sur le niveau d'évaluation lui-même?

[266] Without directly answering this question, Justice Rothstein rejected the applicants' argument that projects listed in the CSL must be subject to an EA under the CEAA, stating at paragraphs 23, 24 and 26:

The appellants' next argument is based on the *Comprehensive Study List Regulations*, SOR/94-438. Many of the projects listed in these Regulations are under provincial jurisdiction with a limited federal role. Nonetheless, they argue that projects listed in these Regulations must be subject to an environmental assessment under the CEAA.

The purpose of the Regulations appears to be that when a listed project is scoped under subsection 15(1), a comprehensive study, rather than a screening, will be required in respect of that project. But it does not purport to impose on a responsible authority exercising its discretion under subsection 15(1) of the CEAA the requirement to scope a work or activity as a project merely because it is listed in the Regulations. In this case, the oil sands undertaking is subject to provincial jurisdiction. The *Comprehensive Study List Regulations* do not purport to sweep under a federal environmental assessment undertakings that are not subject to federal jurisdiction. Nor are the Regulations engaged because of some narrow ground of federal jurisdiction, in this case, subsection 35(2) of the *Fisheries Act*. See *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 71-72.

...

The appellants may not be satisfied with a province conducting an environmental assessment, but the subject of the environment is not one within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada. Constitutional limitations must be respected and that is what has occurred in this case. [Emphasis added.]

[267] Indeed, in *TrueNorth*, Justice Rothstein stated [at paragraph 47]:

In this case the Alberta provincial authorities were conducting an environmental assessment. It would be inefficient for two assessments to be performed. It was both legally appropriate and efficient from a policy perspective for the DFO to rely on Alberta's performance of an environmental assessment.

[266] Sans répondre directement à cette question, le juge Rothstein a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel les projets inscrits dans la LEA doivent être soumis à une EE en vertu de la LCEE; voici ce qu'il a déclaré aux paragraphes 23, 24 et 26 :

L'argument suivant que font valoir les appelants s'appuie sur le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-438. Un grand nombre des projets énumérés dans ce Règlement relèvent de la compétence provinciale, le rôle du gouvernement fédéral étant limité. Néanmoins, les appelants plaident que les projets énumérés dans ce Règlement doivent être assujettis à une évaluation environnementale en vertu de la LCEE.

L'objet de ce Règlement, semble-t-il, est d'établir que dans les cas d'un projet figurant sur la liste dont la portée est définie en vertu du paragraphe 15(1), une étude approfondie est exigée à l'égard du projet plutôt qu'un examen préalable. Mais le Règlement ne vise pas à imposer à une autorité responsable qui exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 15(1) de la LCEE l'obligation de définir la portée d'un ouvrage ou d'une activité du seul fait qu'ils figurent sur la liste du Règlement. En l'espèce, l'entreprise de sables bitumineux relève de la compétence provinciale. Le *Règlement sur la liste d'étude approfondie* n'a pas pour objet d'assujettir à une évaluation environnementale fédérale des entreprises non assujetties à la compétence fédérale. Le Règlement n'est pas non plus mis en jeu en raison d'un motif étroit de compétence fédérale, en l'occurrence le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Voir l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 71 et 72.

[. . .]

Les appelants peuvent déplorer qu'une province effectue une évaluation environnementale, mais le domaine de l'environnement ne tombe pas sous la compétence législative exclusive du Parlement du Canada. Les limitations constitutionnelles doivent être respectées et c'est ce qui est arrivé en l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[267] En fait, dans *TrueNorth*, le juge Rothstein a déclaré ce qui suit [au paragraphe 47] :

En l'espèce, les autorités de la province de l'Alberta effectuaient une évaluation environnementale. Il serait inefficace de réaliser deux évaluations. Il était donc à la fois approprié sur le plan de la loi et efficace sur le plan de la politique pour le MPO de s'en remettre à l'évaluation environnementale réalisée par l'Alberta.

[268] I read these passages to mean that the mere fact that a particular undertaking appears to be covered by the CSL, does not mean that an EA must be conducted under section 5 of the CEEA. There must always be a federal trigger present. However, I am not sure that Justice Rothstein meant by this that an RA could use section 15 to discard the application of former section 21 where it has already been decided that a joint assessment of the project proposed by a proponent, as in this case, would be conducted by the provincial and federal authorities. In the case at bar, it was initially announced by the RA in spring 2004 and subsequently recognized by the BCEAO that the Project would be jointly assessed at the level of a comprehensive study, and in this regard, a draft working plan was jointly developed during the autumn of 2004 in accordance with the Agreement (see paragraph 58 above).

[269] Leave for appeal to the Supreme Court of Canada of the judgment of the Court of Appeal in *TrueNorth* was dismissed without reasons on July 20, 2006 [[2006] S.C.C.A. No. 197 (QL)].

D. Course of Action Decision Reviewable

[270] In May 2004, based on the information provided by RCDC, the notice of commencement posted on the Registry announced that a comprehensive study commencing on May 19, 2004 would be conducted with respect to the Project. It is apparent in the correspondence and various documents emanating from DFO and the Agency that while DFO “had not yet formally identified the scope of the project for the purposes of the comprehensive study”, the RAs would consult the public on the proposed scope of the project and other aspects mentioned at section 21 of the CEEA (see DFO’s notice to federal authorities, the briefing book and the draft work plan).

[271] As stated in the briefing book addressed to the Minister of the Environment in July 2004, the tracking decision taken by DFO in May 2004 was consistent both with the scheme of the CEEA and Bill C-9 amendments which now oblige the RAs to consult the public on their

[268] Selon moi, ces passages signifient que le simple fait qu’une entreprise particulière semble tomber sous le coup de la LEA ne veut pas dire qu’il est nécessaire de procéder à une EE en vertu de l’article 5 de la LCEE. Il faut toujours qu’il y ait un déclencheur fédéral. Cependant, je ne suis pas sûr que le juge Rothstein voulait dire par cela qu’une AR pouvait invoquer l’article 15 pour rejeter l’application de l’ancien article 21 quand il avait déjà été décidé qu’une évaluation conjointe du projet proposé par un promoteur, comme c’est le cas en l’espèce, serait effectuée par les autorités provinciales et fédérales. En l’espèce, il a d’abord été annoncé par l’AR au printemps 2004 et, par la suite, reconnu par le BCEAO que le projet serait évalué conjointement sous la forme d’une étude approfondie et, à cet égard, une ébauche de plan de travail a été établie conjointement au cours de l’automne de 2004, conformément à l’Entente (voir le paragraphe 58 qui précède).

[269] L’autorisation d’interjeter appel devant la Cour suprême du Canada du jugement de la Cour d’appel dans l’affaire *TrueNorth* a été rejetée sans motif le 20 juillet 2006 [[2006] S.C.C.A. n° 197 (QL)].

D. La décision prise sur la voie à suivre est susceptible de contrôle

[270] En mai 2004, au vu des renseignements que RCDC avait fournis, l’avis de lancement inscrit au registre a annoncé qu’une étude approfondie débutant le 19 mai 2004 serait menée en rapport avec le projet. Il ressort clairement de la correspondance et de divers documents émanant du MPO et de l’Agence que même si le MPO n’avait pas encore officiellement déterminé la portée du projet pour les besoins de l’étude approfondie, les AR consulteraient le public sur la portée proposée du projet ainsi que sur d’autres aspects mentionnés à l’article 21 de la LCEE (voir l’avis du MPO aux autorités fédérales, le dossier d’information et l’ébauche de plan de travail).

[271] Comme il est indiqué dans le dossier d’information adressé au ministre de l’Environnement en juillet 2004, la décision au sujet du processus que le MPO a prise en mai 2004 concordait à la fois avec le régime de la LCEE et avec les modifications apportées

proposed approach, report on this consultation to the Minister of the Environment, and recommend to the latter whether the EA be continued by means of a comprehensive study, or the project be referred to a mediator or a review panel.

[272] The decision taken in December 2004 to suddenly re-track the project appears to have been based on non-existent “new” fisheries data. This contrasts sharply with the decision made in January 2005 to conduct a comprehensive study commencing on January 22, 2005, of the Galore Creek gold-silver-copper mine, where the Agency has established a \$50,000 participant funding program to assist groups and/or individuals to take part in the federal EA of the proposed project, which exceeds threshold production listed under paragraphs 16(a), (b) and (c) [of the schedule] to the CSL Regulations. Indeed, the general public was subsequently invited to comment on the scope of the project and on the scope of the factors contained in the document entitled “Comprehensive Study Scoping Document for the NovaGold Canada Inc. Proposed Galore-Creek Gold-Silver-Copper Mine Project in North-Western British Columbia” dated November 30, 2005.

[273] What is really at issue in this case is whether the RAs may legally refuse to conduct a comprehensive study on the grounds that the Project as rescoped by them does not include a mine and milling facility anymore.

[274] Overall, sections 2, 5, 13, 14, 15, 16 and 18 and the new section 21 of the CEAA, as I read them together, and having in mind the purpose of the CEAA and the intention of Parliament, support the applicant’s principal proposition that where a project is described in the CSL, the RA must now ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the EA, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project.

par le projet de loi C-9, qui obligent maintenant les AR à consulter le public sur l’approche qu’elles se proposent de suivre, à rendre compte de cette consultation au ministre de l’Environnement et à recommander à ce dernier s’il faut poursuivre l’EE au moyen d’une étude approfondie ou si le projet doit être renvoyé à un médiateur ou à une commission.

[272] La décision prise en décembre 2004 de changer subitement de processus semble avoir été basée sur de « nouvelles » données halieutiques inexistantes. Cela contraste nettement avec la décision prise en janvier 2005 de procéder à une étude approfondie, débutant le 22 janvier 2005, sur la mine d’or-argent-cuivre de Galore Creek, pour laquelle l’Agence avait établi à l’intention des participants un programme de financement de 50 000 \$ afin d’aider des groupes ou des particuliers à prendre part à l’EE fédérale du projet proposé, qui excédait les seuils de production indiqués aux alinéas 16(a), (b) et (c) de [l’annexe] du Règlement. LEA. En fait, le grand public avait été invité par la suite à commenter la portée du projet ainsi que celle des éléments contenus dans le document intitulé « Comprehensive Study Scoping Document for the NovaGold Canada Inc. Proposed Galore-Creek Gold-Silver-Copper Mine Project in North-Western British Columbia », daté du 30 novembre 2005.

[273] La question qui est véritablement en litige en l’espèce est celle de savoir si les AR peuvent légalement refuser de procéder à une étude approfondie parce que le projet, tel qu’elles l’ont redéfini, n’englobe plus une mine et une installation de concentration.

[274] Dans l’ensemble, les articles 2, 5, 13, 14, 15, 16 et 18, ainsi que le nouvel article 21 de la LCEE, pris comme un tout et gardant à l’esprit l’objet de la LCEE et l’intention du législateur, étaient la thèse principale de la demanderesse : quand un projet est décrit dans la LEA, l’AR doit maintenant veiller à la tenue d’une consultation sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d’évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l’évaluation, et à la portée de ces éléments ainsi que la question de savoir si l’étude approfondie permet l’examen des questions soulevées par le projet.

[275] Subsection 21(1) of the CEAA is of particular importance for this case. It reads as follows:

21. (1) Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project. [Emphasis added.]

[276] In comparison, the former version of section 21, which has been repealed by Bill C-9, read as follows:

21. Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall

(a) ensure that a comprehensive study is conducted, and a comprehensive study report is prepared and provided to the Minister and the Agency; or

(b) refer the project to the Minister for a referral to a mediator or a review panel in accordance with section 29. [Emphasis added.]

[277] While I do not need to resort to the guidelines, I am comforted by the fact that my interpretation is in accord with same. I note that according to the guidelines, large-scale projects with potentially significant environmental effects identified on the CSL, such as marine terminals; highways; airstrips; electrical generating stations; dams and reservoirs; artificial islands for oil and gas production; oil sands processing plants and mines; oil refineries; oil and gas pipelines; metal and uranium mines; pulp and paper mills; and certain military constructions will usually undergo the rigorous assessment of a “comprehensive study”.

[278] While these guidelines are not legally binding—what counts are the actual applicable legislative and regulatory provisions—they provide a strong indication that the present project is one of

[275] Le paragraphe 21(1) de la LCEE revêt, en l'espèce, une importance particulière. Son texte est le suivant :

21. (1) Dans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie, l'autorité responsable veille à la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d'évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation et à la portée de ces éléments ainsi que sur la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet. [Non souligné dans l'original.]

[276] Par comparaison, l'ancienne version de l'article 21, que le projet de loi C-9 a abrogé, était libellée comme suit :

21. Dans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie, l'autorité responsable a le choix :

a) de veiller à ce que soit effectuée une étude approfondie et à ce que soit présenté au ministre et à l'Agence un rapport de cette étude;

b) de s'adresser au ministre afin qu'il fasse effectuer, aux termes de l'article 29, une médiation ou un examen par une commission. [Non souligné dans l'original.]

[277] Bien que je n'aie pas à recourir aux lignes directrices, je suis conforté par le fait que mon interprétation est compatible avec ces dernières. Je signale que, selon les lignes directrices, les projets de grande envergure qui sont susceptibles d'avoir des effets environnementaux importants indiqués dans la LEA, comme les terminaux maritimes, les routes, les pistes d'atterrissage, les centrales électriques, les barrages et les réservoirs, les îles artificielles servant à la production de pétrole et de gaz, les installations de traitement des sables bitumineux et les mines d'extraction connexes, les raffineries de pétrole, les oléoducs et les gazoducs, les mines de métal et d'uranium, les usines de pâte à papiers et papiers, de même que certaines constructions militaires, seront habituellement soumis à une évaluation rigoureuse d'une « étude approfondie ».

[278] Bien que ces lignes directrices ne soient pas légalement exécutoires—ce qui compte ce sont les dispositions législatives et réglementaires existantes applicables—elles dénotent fortement que le projet dont

these large-scale projects which Cabinet wanted to undergo the rigorous assessment of a comprehensive study. I doubt very much that Cabinet's intention in adding to the CSL mining projects exceeding any of the thresholds mentioned at sections 16, 17 and 18 [of the schedule] to the CSL Regulation, was to restrain the scope of an assessment by way of a comprehensive study to mines located on Crown lands or operated by a federal authority.

[279] According to the original wording of paragraph 59(d) of the CEAA, which section came into force on January 19, 1995, Parliament wholly reserved to Cabinet the discretion to decide what projects to describe in the CSL. It must be assumed that this was not meant to be the project "as scoped" by the RA, otherwise the exercise of Cabinet's plenary discretion would be futile and useless. Cabinet has exercised the discretion by promulgating and amending the CSL Regulations from time to time. As I read the CSL, the EL and the IL, projects mentioned in these regulations, refer to the project described by a proponent.

[280] Moreover, since the amendments brought by Bill C-9 in October 2003, the power to add a project in the CSL has been transferred by Parliament from Cabinet to the Minister of the Environment (the Bill C-9 amendments, above, at subsection 29(2.1)). Paragraph 58(1)(i) [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 28] of the amended CEAA, (the version, it bears reiterating, that is applicable to the case at bar), now provides that the Minister of the Environment may "make regulations prescribing any project or class of projects for which a comprehensive study is required where the Minister is satisfied that the project or any project within that class is likely to have significant adverse environmental effects."

[281] The corollary to this is also true: if the Minister does not wish to have mining projects, such as the present Project, to be "tracked" for the purpose of an EA as one requiring a comprehensive study, the Minister may simply suppress the same from the current CSL. In my opinion, this legislative amendment is significant since, in the event that the government determines projects have been either omitted from or wrongly

il est question en l'espèce est l'un de ces projets à grande échelle auxquels le Cabinet voulait faire subir l'évaluation rigoureuse d'une étude approfondie. Je doute fort que l'intention du Cabinet, en ajoutant à la LEA les projets miniers excédant l'un quelconque des seuils mentionnés aux articles 16, 17 et 18 [de l'annexe] du Règlement LEA, était de limiter la portée d'une évaluation dite « par étude approfondie » aux mines situées sur des terres de la Couronne ou exploitées par une autorité fédérale.

[279] Selon le libellé original de l'alinéa 59d) de la LCEE, entré en vigueur le 19 janvier 1995, le Parlement réservait entièrement au Cabinet le pouvoir discrétionnaire de décider quels projets décrire dans la LEA. Il faut présumer que cela ne voulait pas dire le projet « défini » par l'AR, sans quoi l'exercice du pouvoir discrétionnaire absolu du Cabinet serait futile et inutile. Le Cabinet a exercé ce pouvoir discrétionnaire en édictant et en modifiant à l'occasion le Règlement LEA. Selon mon interprétation de la LEA, de la LE et de la LI, les projets mentionnés dans ces règlements font référence au projet décrit par un promoteur.

[280] En outre, depuis les modifications apportées par le projet de loi C-9 en octobre 2003, le Parlement a transféré le pouvoir d'ajouter un projet à la LEA, du Cabinet au ministre de l'Environnement (les modifications apportées au projet de loi C-9, précitées, au paragraphe 29(2.1)). L'alinéa 58(1)i) [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 28] de la version modifiée de la LCEE (la version, il est utile de le répéter, qui s'applique à la présente espèce), prescrit maintenant que le ministre de l'Environnement peut « prendre des règlements désignant des projets ou des catégories de projets pour lesquels une étude approfondie est obligatoire, s'il est convaincu que ceux-ci sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants ».

[281] La corollaire est également vraie : si le ministre ne souhaite pas que des projets miniers, comme celui dont il est question en l'espèce, soient considérés, pour les besoins d'une EE, comme exigeant la tenue d'une étude approfondie, il peut simplement supprimer ces derniers de la LEA actuelle. À mon avis, cette modification législative est importante car, advenant que le gouvernement décide que des projets ont été soit

included in the CSL, it makes for an even easier process to rectify such an oversight.

[282] As stated in the preamble of the CEAA, an EA is a tool used to help achieve the goal of sustainable development by providing “an effective means of integrating environmental factors into planning and decision-making processes”.

[283] I am not persuaded that once public consultation is required under section 21 of the CEAA, it is possible to avoid the entire public consultation process by narrowing the scope of the project in order to reduce it to the level of a screening. Once a project has been included in the CSL, section 21.1 grants the Minister of the Environment the discretion to either continue with the comprehensive study or to refer the project to a mediator or review panel in accordance with section 29 [as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 14]. The legislative scheme, thus, only allows the Minister of the Environment to maintain a comprehensive study or to upgrade it to a more in-depth process. No provision in the CEAA empowers the Minister of the Environment to downgrade a comprehensive study to a screening. Likewise and more significantly to the case at bar, no provision in the CEAA empowers a responsible authority to downgrade a comprehensive study to a screening.

[284] Once a tracking decision had been made requiring the project to undergo a comprehensive study, it is my view that the RAs did not have the discretion to rescop the project in such a manner as to avoid the public consultation implications of section 21. To allow them to do so would violate not only the plain meaning of the legislation in question, but also the spirit of the entire legislative scheme, as amended, which is designed to foster public participation for projects with significant potential environmental repercussions.

[285] Counsel for the proponent asserts that the current case is virtually on all fours with *TrueNorth* in that:

omis soit inclus à tort dans la LEA, elle offre un moyen encore plus facile de rectifier cet oubli.

[282] Comme il est indiqué dans le préambule de la LCEE, une EE est un instrument utile pour atteindre l’objectif du développement durable en offrant « un outil efficace pour la prise en compte des facteurs environnementaux dans les processus de planification et de décision ».

[283] Je ne suis pas convaincu qu’une fois qu’une consultation publique est exigée par l’article 21 de la LCEE, il soit possible d’éviter entièrement ce processus en restreignant la portée du projet de façon à le ramener au niveau d’un examen préalable. Une fois qu’un projet a été inclus dans la LEA, l’article 21.1 accorde au ministre de l’Environnement le pouvoir discrétionnaire de poursuivre l’étude approfondie ou alors de renvoyer le projet à un médiateur ou à une commission, conformément à l’article 29 [mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 14]. Le régime législatif permet donc seulement au ministre de l’Environnement de maintenir une étude approfondie ou de la faire passer à un processus plus approfondi. Aucune disposition de la LCEE n’habilite le ministre de l’Environnement à déclasser une étude approfondie en la transformant en un examen préalable. De la même façon et surtout pour la présente espèce, aucune disposition de la LCEE n’habilite une autorité responsable à déclasser une étude approfondie en la transformant en un examen préalable.

[284] Je suis d’avis qu’une fois qu’une décision sur le processus a été prise, soumettant le projet à une étude approfondie, les AR n’avaient pas le pouvoir discrétionnaire de changer la portée du projet de façon à éviter ce qu’implique l’article 21 sur le plan de la consultation publique. Leur permettre de le faire reviendrait à violer non seulement le sens ordinaire de la législation en question, mais aussi l’esprit du régime législatif tout entier, tel que modifié, qui est conçu pour favoriser la participation du public aux projets qui peuvent comporter d’importantes repercussions environnementales.

[285] L’avocat du promoteur affirme que la présente affaire est quasi identique à *TrueNorth*, en ce sens que :

- TrueNorth proposed to develop an oil sands extraction mine;
 - The entire mining project was the subject of a full provincial environmental assessment;
 - Viewed as a whole, the mine included a processing facility with a capacity of 30 000 m³/d and a mine with a capacity of 15 000 m³/d, which meant that it was described on the comprehensive study list;
 - The only federal authorization for the project was the *Fisheries Act* authorization for harm to the fish habitat; and
 - The RA (DFO) determined pursuant to subsection 15(1) of the CEAA that the scope of the project that was to be subject to a federal environmental assessment was the destruction of Fort Creek and ancillary works and activities.
- TrueNorth proposait d'exploiter une mine d'extraction de sables bitumineux;
 - le projet tout entier a été l'objet d'une évaluation environnementale provinciale complète;
 - considérée globalement, la mine comprenait une installation de transformation dotée d'une capacité de 30 000 m³/jour et une mine d'une capacité de 15 000 m³/jour, ce qui signifiait qu'elle était décrite dans la liste d'étude approfondie;
 - la seule autorisation fédérale qui concernait le projet était celle accordée en vertu de la *Loi sur les pêches* pour éviter la détérioration de l'habitat du poisson;
 - l'AR (le MPO) a décidé en vertu du paragraphe 15(1) de la LCEE que la portée du projet qui était assujettie à une évaluation environnementale fédérale était la destruction du Fort Creek ainsi que les ouvrages et les activités auxiliaires.

[286] First, it is trite law that this Court is bound by the judgment of the Federal Court of Appeal in *TrueNorth*. While I agree with the proponent that there are some similarities between the two cases, the proponent fails to note a few factual differences which, in my opinion, limit its applicability to this case:

- In *TrueNorth*, the applicants were seeking the judicial review of a scoping decision made pursuant to section 15 of the CEAA. In this case, the applicant alleges an ongoing breach of the duty to ensure public consultation in accordance with section 21 of the CEAA, which breach culminated in the communication of the course of action decision report, and whose legality must be examined in light of the factual context of the case.

- There is no evidence in *TrueNorth* to indicate the responsible authorities originally decided the project ought to be tracked as a comprehensive study, only to modify the decision at a later date. Indeed, in *TrueNorth*, the evidence before this Court and the Federal Court of Appeal was that the project was always

[286] Tout d'abord, il est de droit constant que la présente Cour est liée par le jugement de la Cour d'appel fédérale dans *TrueNorth*. Je suis d'accord avec le promoteur qu'il y a des similitudes entre les deux causes, mais il omet de signaler quelques différences de fait qui, selon moi, limitent l'applicabilité de ce jugement à la présente affaire :

- Dans *TrueNorth*, les demandeurs sollicitaient le contrôle judiciaire d'une décision relative à la détermination de la portée d'un projet, prise en vertu de l'article 15 de la LCEE. En l'espèce, la demanderesse allègue un manquement à l'obligation de veiller à tenir une consultation publique, conformément à l'article 21 de la LCEE, lequel manquement s'est soldé par la communication du rapport relatif à la décision sur la voie à suivre, et dont la légalité doit être examinée à la lumière du contexte factuel de l'espèce.

- Dans *TrueNorth*, aucune preuve n'indique que les autorités responsables ont initialement décidé que le projet devait être soumis au processus d'une étude approfondie, pour ensuite modifier la décision à une date ultérieure. En fait, dans *TrueNorth*, la preuve soumise à la présente Cour ainsi qu'à la Cour d'appel

intended to undergo a screening and not a comprehensive study. Again, this suggests to me that the *TrueNorth* decision should be applied cautiously and only to the extent that the facts of this case are directly on point with the facts in that case.

- There was no TIA to be constructed by the proponent in *TrueNorth*.

- There was no explosives factory and magazine involved in *TrueNorth*. Not only does a federal licence under the *Explosives Act* need to be issued by the Minister of Natural Resources, but the explosives factory and magazine will be constructed on the mine site. Indeed, the facilities are to be located approximately 400-450 m apart and 450-500 m north of the ultimate toe of the waste rock storage area.

- Physical activities in relation to the carrying of the Project go beyond the harmful alteration, disruption, or destruction of fish habitat (HADD) but contemplates the deposit of a deleterious substance (tailings) into a TIA which is also included in the Project “as scoped” by the RAs.

- The tailings in question are produced by physical activities carried on the mine site. The metals will come from milling operations and from precipitation runoff and ground water draining through the north waste dump and across and through the exposed rock in the open pit walls.

[287] Second, given that the vast majority of the analysis of the Federal Court of Appeal in *TrueNorth* focused on section 15 of the CEAA, I find that it is of limited applicability to a case, such as this one, where an analysis of section 21 as it now reads since the coming into force of Bill C-9 amendments, is of central importance to the resolution of the issues raised by the applicant. Upon a careful reading of the Federal Court of Appeal decision, I note that it does not once reference the former section 21 expressly in its reasons, although

fédérale était qu’il avait toujours été entendu que le projet serait soumis à un examen préalable et non à une étude approfondie. Là encore, cela m’indique qu’il faudrait appliquer avec prudence la décision *TrueNorth*, et uniquement dans la mesure où les faits de la présente espèce coïncident directement avec ceux de cette affaire.

- Dans *TrueNorth*, le promoteur ne prévoyait pas construire un DRM.

- Dans *TrueNorth*, il n’y avait pas de fabrique d’explosifs ou de poudrière. Non seulement faut-il que le ministre des Ressources naturelles délivre un permis fédéral en vertu de la *Loi sur les explosifs*, mais la fabrique d’explosifs et la poudrière seront bâties sur le site de la mine. En fait, les installations doivent être situées à environ 400 ou 450 mètres de distance et à 450 ou 500 mètres au nord de l’extrémité de la zone de stockage des déchets de roche.

- Les activités concrètes qui se rapportent à l’exécution du projet vont au-delà de la détérioration, de la destruction ou de la perturbation (DDP) de l’habitat du poisson, mais envisagent le rejet d’une substance nocive (des résidus) dans un DRM qui est également inclus dans le projet « défini » par les AR.

- Les résidus en question sont produits par les activités concrètes menées sur le site de la mine. Les métaux proviendront des opérations de concentration ainsi que des eaux de ruissellement et des eaux souterraines qui s’écoulent par la zone de déchets nord ainsi qu’à travers la roche exposée dans les parois de la mine à ciel ouvert.

[287] Deuxièmement, étant donné que la majeure partie de l’analyse que la Cour d’appel fédérale a faite dans l’arrêt *TrueNorth* était axée sur l’article 15 de la LCEE, je conclus qu’elle est d’une applicabilité restreinte à une affaire, telle que la présente, où une analyse de l’article 21, dans son libellé depuis l’entrée en vigueur des modifications apportées par le projet de loi C-9, revêt une importance cruciale pour le règlement des questions que la demanderesse a soulevées. À la suite d’une lecture attentive de l’arrêt de la Cour

at paragraphs 23 and 24 of the same cited above, it dismisses the argument made by the appellants that the projects listed in the CSL must be subject to an EA under section 5 of the CEAA.

[288] Third, and perhaps most significantly, although the *TrueNorth* decision was rendered by this Court in September 2004, it was issued in consideration of the former section 21, which did not refer to the “proposed scope” of a project. As aforementioned, the CEAA was amended in October 2003. All parties agree and I support their view that only the new version of the CEAA applies in this situation. Even in the decision of this Court in *TrueNorth*, I do not find that former section 21 is rigorously scrutinized. Indeed, former section 21 seems to refer to the project as “listed” in the CSL and not to the project as “scoped” under section 15. I, therefore, do not believe I am bound by the *TrueNorth* decision to the extent that it was deciding issues outside the particular context of sections 5 and 15.

[289] It is worthwhile to briefly highlight a few of the differences between the former and the amended versions of section 21 in order to emphasize why I am of the view that the *TrueNorth* decision is of limited applicability to the case at bar. Firstly, while the former section 21 of the CEAA did not make public consultation mandatory, the current version does. Furthermore, it is clear that the language of “proposed scope”, as added to the new section 21, mandates that public consultation must take place prior to the actual scoping decision. Finally, under the new CEAA, once a “project” that has been proposed is set out in the CSL, the environmental assessment must be carried out by means of a comprehensive study.

[290] Accordingly, I am of the opinion that the *TrueNorth* decision of the Federal Court of Appeal remains the law with respect to a scoping decision made

d’appel fédérale, je signale que pas une seule fois il n’y est fait expressément mention de l’ancien article 21, encore qu’aux paragraphes 23 et 24 de cet arrêt, la Cour rejette l’argument des appelantes selon lequel les projets énumérés dans la LEA doivent être soumis à une EE en vertu de l’article 5 de la LCEE.

[288] Troisièmement, et fait peut-être encore plus révélateur, même si la décision *TrueNorth* a été rendue par la présente Cour en septembre 2004, elle était fondée sur l’ancien article 21, où il n’était pas question de « propositions relatives à la portée » d’un projet. Comme il a été mentionné plus tôt, la LCEE a été modifiée en octobre 2003. Toutes les parties conviennent, et je souscris à leur opinion, que seule la nouvelle version de la LCEE s’applique dans le cas présent. Même dans la décision que la présente Cour a rendue dans *TrueNorth*, je ne trouve pas que l’on a analysé de manière rigoureuse l’ancien article 21. En fait, l’ancien article 21 semble faire référence au projet « inscrit » dans la LEA et non au projet « défini » en vertu de l’article 15. Je ne crois donc pas être lié par la décision *TrueNorth*, dans la mesure où celle-ci tranchait des questions qui se situaient en dehors du contexte particulier des articles 5 et 15.

[289] Il vaut la peine de souligner brièvement quelques-unes des différences qui existent entre l’ancienne version et la version modifiée de l’article 21 afin de faire ressortir pourquoi je suis d’avis que la décision *TrueNorth* s’applique de manière restreinte à la présente espèce. Premièrement, l’ancien article 21 de la LCEE ne faisait pas en sorte que la consultation publique soit obligatoire, contrairement à la version actuellement en vigueur. En outre, il est clair que les mots « propositions relatives à la portée », qui ont été ajoutés au nouvel article 21, prescrivent que la consultation publique doit avoir lieu avant la décision relative à la détermination de la portée du projet. Enfin, en vertu de la nouvelle LCEE, une fois qu’un « projet » qui a été proposé est inscrit dans la LEA, l’évaluation environnementale doit se faire par la voie d’une étude approfondie.

[290] Je suis donc d’avis que l’arrêt *TrueNorth* de la Cour d’appel fédérale dit le droit pour ce qui est des décisions relatives à la portée d’un projet qui sont prises

pursuant section 15, if such an EA were commenced prior to October 2003. However, I am not of the view that it applies to assessments commenced after October 2003 pursuant to section 21 of the CEAA.

[291] Therefore, I do not view the discretion to scope a project under section 15 of the CEAA as the “full discretion” alleged by the respondents. Instead, the RAs are bound procedurally by the requirements of new section 21 of the CEAA, such that if the project proposed by a proponent is on the comprehensive study list, there is a duty to consult the public, assuming that there is a section 5 trigger. After public consultations, the scoping exercise shall set the parameters for the comprehensive study and provide a rationale for the design of the studies which may be required, on a case-by-case basis.

[292] It is not entirely clear to the Court why, once it had been determined the Project, as described by the RCDC, was included in the CSL, the decision was subsequently made to downgrade the extent of the assessment required to that of a screening. To this effect, the only affiant to submit an affidavit on behalf of the Crown was an individual who was employed by DFO as the acting manager of the Major Projects Review Unit for the Pacific Region from February to August 2005.

[293] This affiant was only involved in the Project for approximately six months out of an approximately 24-month environmental assessment, and interestingly, was not involved in the Project during the time in question when the retracking decision of December 2004 was made. Nevertheless, according to the cross-examination of the affiant on his affidavit, he was aware the Project would no longer be addressed as a comprehensive study within the initial weeks of his tenure as acting manager.

[294] The Project is currently based on the mill production rate of 30 000 tonnes of ore per day for sale

en vertu de l’article 15, si une telle EE a été entreprise avant le mois d’octobre 2003. Je ne suis toutefois pas d’avis que cette décision s’applique aux évaluations commencées après octobre 2003, sous le régime de l’article 21 de la LCEE.

[291] Je ne considère donc pas que le pouvoir discrétionnaire d’établir la portée d’un projet en vertu de l’article 15 de la LCEE est le « pouvoir discrétionnaire entier » qu’allèguent les défendeurs. En fait, les AR sont liées procéduralement par les exigences du nouvel article 21 de la LCEE, de sorte que si le projet proposé par un promoteur figure sur la liste d’étude approfondie, il est obligatoire de consulter le public, en présumant qu’il y a un déclencheur visé à l’article 5. Après les consultations publiques, l’exercice de détermination de la portée du projet fixera les paramètres de l’étude approfondie et servira de fondement à la conception des études qui pourront être nécessaires, au cas par cas.

[292] La Cour ne saisit pas tout à fait pourquoi, une fois qu’il a été décidé que le projet, décrit par RCDC était inclus dans la LEA, il a plus tard été décidé de déclasser au niveau d’un examen préalable le degré d’évaluation requis. À cet effet, la seule personne à présenter un affidavit pour le compte de la Couronne était au service du MPO à titre de gestionnaire intérimaire de l’Unité d’examen des grands projets, pour la région du Pacifique, entre les mois de février et d’août 2005.

[293] L’auteur de cet affidavit n’a participé au projet que pendant une période de six mois, sur une période approximative de 24 mois d’évaluation environnementale et, fait intéressant, il n’a pas participé au projet pendant la période en question, lorsque la décision de changer de niveau d’évaluation a été prise, en décembre 2004. Néanmoins, selon le contre-interrogatoire de cette personne sur son affidavit, celle-ci était au courant que le projet ne serait plus évalué par la voie d’une étude approfondie dès les premières semaines qui ont suivi son entrée en fonction à titre de gestionnaire intérimaire.

[294] Le projet est actuellement fondé sur le taux de production de 30 000 tonnes de minerai par jour en vue

to the export market, over a projected mine life of 25 years. I do not need to rest my decision on the fact that the rescoping of the Project has all the characteristics of a capricious and arbitrary decision which was taken for an improper purpose. It is sufficient to declare that DFO correctly determined in the initial tracking decision of May 2004 that the Project would require a comprehensive study level review based on a proposed ore production capacity of up to 50 000 tonnes/day which exceeds the threshold of 600 tonnes/day under paragraph 16(c) [of the schedule] to the CSL Regulations. In view of this conclusion, I do not need to determine whether the proposed construction, decommissioning or abandonment of the Red Chris porphyry copper-gold mine also falls under paragraph 16(a) [of the schedule] to the CSL Regulations as it is a metal mine, other than a gold mine, with an ore production capacity of 3 000 tonnes or more per day.

[295] Therefore, in sidestepping statutory requisites mentioned in section 21 of the CEAA as amended in 2003, in the guise of a decision to rescope the Project, the RAs acted beyond the ambit of their statutory powers. Thus, in my opinion the RAs committed a reviewable error, which error culminated in the communication of the course of action decision, by deciding to forego the public consultation process that the Project was statutorily mandated to undergo under subsection 21(1) of the CEAA. This is not to suggest that the RAs do not have the discretion to amend the scope of projects. To the contrary, such a ruling would be absurd, given the language of subsection 15(1) which clearly imparts discretion to the responsible authority. Further, such a ruling would violate the case law (see section C. Case law, above) which emphasizes that section 15 of the CEAA grants RAs wide latitude to scope projects in the manner they deem appropriate on a case-by-case basis.

[296] The consequences of downgrading the Project from a comprehensive study to a screening were known and understood by the RAs at all relevant times. According to the evidence on record, the RAs were well

de la vente sur le marché d'exportation, pendant une durée prévue de 25 ans. Il n'est pas nécessaire que je fonde ma décision sur le fait que la nouvelle détermination de la portée du projet présente tous les signes d'une décision arbitraire et abusive, prise à une fin irrégulière. Il suffit de déclarer que le MPO a décidé avec raison, dans la décision initiale de mai 2004 au sujet du processus, que le projet aurait besoin d'un examen de niveau « étude approfondie » sur la base d'une capacité proposée de production de minerai pouvant atteindre 50 000 tonnes par jour, ce qui excède le seuil de 600 tonnes par jour fixé à l'alinéa 16c) [de l'annexe] du Règlement LEA. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de décider si la construction, la désaffectation ou la fermeture proposées de la mine d'or-cuivre porphyrique Red Chris tombe également sous le coup de l'alinéa 16a) [de l'annexe] du Règlement LEA car il s'agit d'une mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 tonnes par jour ou plus.

[295] Par conséquent, en ne tenant pas compte des conditions mentionnées à l'article 21 de la LCEE, tel que modifié en 2003, sous le couvert de la décision de reformuler la portée du projet, les AR ont excédé les pouvoirs que leur confère la loi. Selon moi, les AR ont donc commis une erreur susceptible de contrôle, erreur qui s'est soldée par la communication de la décision sur la voie à suivre, en décidant de renoncer au processus de consultation publique auquel le projet devait, de par la loi, être soumis en vertu du paragraphe 21(1) de la LCEE. Cela ne veut pas dire que les AR n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de modifier la portée des projets. Au contraire, une telle décision serait absurde, compte tenu du libellé du paragraphe 15(1), qui confère clairement ce pouvoir discrétionnaire à l'autorité responsable. En outre, une telle décision irait à l'encontre de la jurisprudence (voir la section C. La jurisprudence, ci-haut), qui souligne que l'article 15 de la LCEE accorde aux AR le vaste pouvoir de délimiter la portée des projets de la manière qu'elles jugent appropriée, au cas par cas.

[296] Les AR étaient au courant, pendant toute la période en cause, des conséquences qu'il y avait à déclasser le projet du niveau « étude approfondie » au niveau « examen préalable ». Selon la preuve au

aware that environmental groups, including the applicant, would be unhappy with the retracking decision. Likewise, the RAs understood that the Minister of the Environment would no longer have any decision-making power with respect to the Project and that, as a consequence of the decision to retrack the Project, the general public would not have the opportunity to submit comments with respect to the proposed scope of the Project, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of a comprehensive study to address issues relating to the Project.

[297] Setting aside the course of action decision will therefore endorse a fundamental purpose of the CEAA, which premises that public participation is meant to improve the quality and influence the outcome of an EA. Public consultation on the parameters mentioned in section 21 of the CEAA as it now reads since the Bill C-9 amendments, undoubtedly improves the EA and decision-making process.

[298] I must take into account the fact that there was no public consultation whatsoever by the RAs prior to the taking of the course of action decision with respect to the draft screening report. While I recognize that the public was invited to make comments in the 65-day period mentioned in the provincial notice, this concerned exclusively the provincial EA process. Again, considering the particular and very unusual circumstances of this case which have been set out in great detail above (IV—Factual Background), I find that judicial intervention is necessary and in the public interest.

[299] In *Friends of the Oldman River Society*, above, by the time the application was heard, the dam at issue was 40% completed. By the time the appeal got to the Supreme Court, the dam was almost entirely completed. Despite these facts, the Supreme Court rejected the respondents' arguments that granting prerogative relief would be futile.

dossier, les AR étaient bien au fait que des groupes environnementaux, dont la demanderesse, seraient mécontents de la décision de déclasser le projet. Dans le même ordre d'idées, les AR savaient que le ministre de l'Environnement n'aurait plus aucun pouvoir décisionnel sur le projet et que, par suite de la décision de déclasser ce dernier, le grand public n'aurait pas la possibilité de présenter des observations sur les propositions relatives à la portée du projet, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation de ce dernier, à la portée de ces éléments ainsi qu'à la question de savoir si l'étude approfondie permettait l'examen des questions soulevées par le projet.

[297] L'annulation de la décision sur la voie à suivre respecte donc un objet fondamental de la LCEE, à savoir que la participation du public est conçue pour améliorer la qualité d'une EE et en influencer l'issue. La consultation publique sur les paramètres mentionnés à l'article 21 de la LCEE, dans sa forme actuelle depuis les modifications apportées par le projet de loi C-9, améliore sans nul doute le processus d'EE et le processus décisionnel.

[298] Il me faut prendre en compte que les AR n'ont tenu aucune consultation publique avant de se prononcer sur l'ébauche de rapport d'examen préalable. Je suis conscient que le public a été invité à présenter des observations au cours de la période de 65 jours mentionnée dans l'avis provincial, mais cela concernait exclusivement le processus provincial d'EE. Là encore, compte tenu des circonstances particulières et fort inusitées de la présente affaire, lesquelles ont été exposées plus tôt de manière très détaillée (IV—Le contexte factuel), je conclus qu'une intervention judiciaire est à la fois nécessaire et dans l'intérêt du public.

[299] Dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society*, précité, à l'époque où la demande a été instruite le barrage en litige était terminé à 40 pour cent. Au moment où l'appel a été entendu en Cour suprême, il était presque entièrement terminé. Malgré ces faits, la Cour suprême a rejeté les arguments des défendeurs selon lesquels il serait vain d'accorder une réparation extraordinaire.

[300] The facts in the case at bar are more favourable to relief, as construction has not started on the Project. A comprehensive study will involve public participation, additional section 16 [of the CEAA] considerations, and mandatory follow-up, and thus cannot be said to be futile.

IX—CONCLUSION

[301] Having considered the particular circumstances of this case, the conduct of the parties and the representations made by counsel, I am satisfied that relief should be granted in the exercise of the Court's remedial powers under sections 18 and 18.1 of the FCA.

[302] Accordingly, the present application shall be allowed and an order be made by the Court:

(a) declaring that DFO correctly determined in the initial tracking decision of May 2004 that the Project would require a comprehensive study level review based on a proposed ore production capacity of up to 50 000 tonnes/day which exceeds the threshold of 600 tonnes/day threshold under paragraph 16(c) [of the schedule] to the CSL Regulations. Therefore, in sidestepping statutory requisites mentioned in section 21 of the CEAA as amended in 2003, in the guise of a decision to rescope the Project, the RAs acted beyond the ambit of their statutory powers;

(b) quashing and setting aside the course of action decision;

(c) declaring that the RAs are under a legal duty pursuant to subsection 21(1) of the CEAA as amended in 2003, to ensure public consultation with respect to the proposed scope of the Project, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of a comprehensive study to address issues relating to the Project;

(d) prohibiting the exercise of any powers under paragraph 5(1)(d) or subsection 5(2) of the CEAA that

[300] Les faits dont il est question en l'espèce sont plus propices à une réparation, car les travaux de construction relatifs au projet n'ont pas encore commencé. Une étude approfondie comportera une participation du public, d'autres questions visées à l'article 16 [de la LCEE] ainsi qu'un suivi obligatoire, et l'on ne peut pas dire que cela soit vain.

IX—DISPOSITIF

[301] Ayant pris en considération les circonstances particulières de l'espèce, la conduite des parties et les observations des avocats, je suis convaincu qu'il convient d'accorder un redressement dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de réparation que les articles 18 et 18.1 de la LCF accordent à la Cour.

[302] Par conséquent, la présente demande sera accueillie et la Cour rendra une ordonnance :

a) déclarant que le MPO a décidé avec raison, dans la décision initiale sur le processus, datée de mai 2004, que le projet nécessiterait un examen de niveau « étude approfondie », sur la base d'une capacité de production de minerai proposée pouvant atteindre 50 000 tonnes par jour, ce qui excède le seuil de 600 tonnes par jour fixé à l'alinéa 16c) [de l'annexe] du Règlement LEA. Par conséquent, en ne tenant pas compte des exigences mentionnées à l'article 21 de la LCEE, tel que modifié en 2003, sous le couvert d'une décision visant à modifier la portée du projet, les AR ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère;

b) annulant la décision sur la voie à suivre;

c) déclarant que les AR sont légalement tenues, par le paragraphe 21(1) de la LCEE, tel que modifié en 2003, de veiller à la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation et à la portée de ces éléments, ainsi que sur la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet;

d) interdisant l'exercice de tout pouvoir prévu à l'alinéa 5(1)d) ou au paragraphe 5(2) de la LCEE qui

would permit the Project to be carried out in whole or in part until a course of action has been taken by the RAs in accordance with section 37 of the CEAA, in performance of their duty to conduct an EA of the Project under section 13 of the CEAA;

(e) reserving the Court's full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid, pending receipt and consideration of parties' submissions with respect to costs.

[303] Moreover, unless the Court directs otherwise, submissions with respect to costs shall be made in writing and addressed to the Registrar of the Court within the following timeframe:

(a) applicant's submissions: October 9, 2007;

(b) respondents' submissions: October 23, 2007; and

(c) applicant's reply: October 30, 2007.

ORDER

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that

1. The present application is allowed;
2. DFO correctly determined in the initial tracking decision of May 2004 that the Project would require a comprehensive study level review based on a proposed ore production capacity of up to 50 000 tonnes/day which exceeds the threshold of 600 tonnes/day threshold under paragraph 16(c) [of the schedule] to the CSL Regulations. Therefore, in sidestepping statutory requisites mentioned in section 21 of the CEAA as amended in 2003, in the guise of a decision to rescope the project, the RAs acted beyond the ambit of their statutory powers;
3. The course of action decision is quashed and set aside;
4. The RAs are under a legal duty pursuant to subsection 21(1) of the CEAA as amended in 2003, to ensure

permettrait de mettre en œuvre le projet en tout ou en partie, et ce, jusqu'à ce que les AR aient pris une mesure conformément à l'article 37 de la LCEE, dans le cadre de leur obligation de soumettre le projet à une EE prévue à l'article 13 de la LCEE;

e) réservant le plein pouvoir discrétionnaire de la Cour d'établir le montant, d'adjudger les dépens et de décider qui les acquittera, en attendant d'avoir reçu et examiné les arguments des parties quant aux dépens.

[303] En outre, à moins d'une indication contraire de la Cour, les arguments relatifs aux dépens seront présentés par écrit et adressés au greffier de la Cour selon l'échéancier suivant :

a) les arguments de la demanderesse : le 9 octobre 2007;

b) les arguments des défendeurs : le 23 octobre 2007;

c) la réponse de la demanderesse : le 30 octobre 2007.

ORDONNANCE

LA PRÉSENTE COUR ORDONNE ET DÉCLARE ce qui suit :

1. La présente demande est accueillie;
2. Le MPO a décidé avec raison, dans la décision initiale sur le processus datée de mai 2004, que le projet nécessiterait un examen de niveau « étude approfondie », sur la base d'une capacité de production de minerai proposée pouvant atteindre 50 000 tonnes par jour, ce qui excède le seuil de 600 tonnes par jour qui est fixé à l'alinéa 16c) [de l'annexe] du Règlement LEA. Par conséquent, en ne tenant pas compte des exigences mentionnées à l'article 21 de la LCEE, tel que modifié en 2003, sous le couvert d'une décision visant à reformuler la portée du projet, les AR ont excédé les pouvoirs que la loi leur confère;
3. La décision sur la voie à suivre est annulée;
4. Les AR sont légalement tenues, par le paragraphe 21(1) de la LCEE, tel que modifié en 2003, de veiller à

public consultation with respect to the proposed scope of the Project, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of a comprehensive study to address issues relating to the Project;

5. The exercise of any powers under paragraph 5(1)(d) or subsection 5(2) of the CEAA that would permit the Project to be carried out in whole or in part is prohibited until a course of action has been taken by the RAs in accordance with section 37 of the CEAA, in performance of their duty to conduct an EA of the Project under section 13 of the CEAA;

6. The Court is reserving full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid, pending receipt and consideration of parties' submissions with respect to costs.

7. Unless the Court directs otherwise, submissions with respect to costs shall be made in writing and addressed to the Registrar of the Court within the following timeframe:

(a) applicant's submissions: October 9, 2007;

(b) respondents' submissions: October 23, 2007; and

(c) applicant's reply: October 30, 2007.

APPENDIX "A"

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, as amended [ss. 2(1) "comprehensive study" (as am. by S.C. 2003, c. 9, s. 1), "exclusion list" (as am. *idem*), "federal authority" (as am. *idem*), 4(1) (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1; 2003, c. 9, s. 2), 16.1 (as enacted by S.C. 2003, c. 9, s. 8), 16.3 (as enacted *idem*)].

2. (1) In this Act,

la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation et à la portée de ces éléments, ainsi que sur la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet;

5. L'exercice de tout pouvoir prévu à l'alinéa 5(1)d) ou au paragraphe 5(2) de la LCEE qui permettrait de mettre en œuvre le projet en tout ou en partie est interdit jusqu'à ce que les AR aient pris une mesure conformément à l'article 37 de la LCEE, dans le cadre de leur obligation de soumettre le projet à une EE prévue à l'article 13 de la LCEE;

6. La Cour se réserve le plein pouvoir discrétionnaire d'établir le montant, et d'adjuger les dépens et de décider qui les acquittera, en attendant d'avoir reçu et examiné les arguments des parties quant aux dépens.

7. À moins d'une indication contraire de la Cour, les arguments relatifs aux dépens seront présentés par écrit et adressés au greffier de la Cour selon l'échéancier suivant :

a) les arguments de la demanderesse : le 9 octobre 2007;

b) les arguments des défendeurs : le 23 octobre 2007;

c) la réponse de la demanderesse : le 30 octobre 2007.

ANNEXE « A »

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, et modifications [art. 2(1) « autorité fédérale » (mod. par L.C. 2003, ch. 9, art. 1), « étude approfondie » (mod., *idem*), « liste d'exclusion » (mod., *idem*), 4(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 1; 2003, ch. 9, art. 2), 16.1 (édicte par L.C. 2003, ch. 9, art. 8), 16.2 (édicte, *idem*), 16.3 (édicte, *idem*) L.C. 2003, ch. 9.

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

<p>...</p> <p>“comprehensive study” means an environmental assessment that is conducted pursuant to sections 21 and 21.1, and that includes a consideration of the factors required to be considered pursuant to subsections 16(1) and (2);</p> <p>...</p> <p>“comprehensive study list” means a list of all projects or classes of projects that have been prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(d);</p> <p>...</p> <p>“exclusion list” means a list of projects or classes of projects that have been exempted from the requirement to conduct an assessment by regulations made under paragraph 59(c) or (c.1);</p> <p>...</p> <p>“federal authority” means</p> <p>(a) a Minister of the Crown in right of Canada,</p> <p>(b) an agency of the Government of Canada, a parent Crown corporation, as defined in subsection 83(1) of the <i>Financial Administration Act</i>, or any other body established by or pursuant to an Act of Parliament that is ultimately accountable through a Minister of the Crown in right of Canada to Parliament for the conduct of its affairs,</p> <p>(c) any department or departmental corporation set out in Schedule I or II to the <i>Financial Administration Act</i>, and</p> <p>(d) any other body that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(e),</p> <p>but does not include the Executive Council of—or a minister, department, agency or body of the government of—Yukon, the Northwest Territories or Nunavut, a council of the band within the meaning of the <i>Indian Act</i>, Export Development Canada, the Canada Pension Plan Investment Board, a Crown corporation that is a wholly-owned subsidiary, as defined in subsection 83(1) of the <i>Financial Administration Act</i>, The Hamilton Harbour Commissioners as constituted pursuant to <i>The Hamilton Harbour Commissioners’ Act</i>, a harbour commission established pursuant to the <i>Harbour Commissions Act</i>, a not-for-profit corporation that enters into an agreement under subsection 80(5) of the <i>Canada Marine Act</i> or a port authority established under that Act;</p> <p>“interested party” means, in respect of an environmental assessment, any person or body having an interest in the outcome of the environmental assessment for a purpose that is neither frivolous nor vexatious;</p>	<p>[. . .]</p> <p>« autorité fédérale »</p> <p>a) Ministre fédéral;</p> <p>b) agence fédérale, société d’État mère au sens du paragraphe 83(1) de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i> ou autre organisme constitué sous le régime d’une loi fédérale et tenu de rendre compte au Parlement de ses activités par l’intermédiaire d’un ministre fédéral;</p> <p>c) ministère ou établissement public mentionnés aux annexes I et II de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i>;</p> <p>d) tout autre organisme désigné par les règlements d’application de l’alinéa 59e).</p> <p>Sont exclus le conseil exécutif et les ministres du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut, ainsi que les ministères et les organismes de l’administration publique de ces territoires, tout conseil de bande au sens donné à « conseil de la bande » dans la <i>Loi sur les Indiens</i>, Exportation et développement Canada, l’Office d’investissement du régime de pensions du Canada, les sociétés d’État qui sont des filiales à cent pour cent au sens du paragraphe 83(1) de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i>, les commissions portuaires constituées par la <i>Loi sur les commissions portuaires</i>, les commissaires nommés en vertu de la <i>Loi des commissaires du havre de Hamilton</i>, la société sans but lucratif qui a conclu une entente en vertu du paragraphe 80(5) de la <i>Loi maritime du Canada</i> et les administrations portuaires constituées sous le régime de cette loi.</p> <p>[. . .]</p> <p>« autorité responsable » L’autorité fédérale qui, en conformité avec le paragraphe 11(1), est tenue de veiller à ce qu’il soit procédé à l’évaluation environnementale d’un projet.</p> <p>[. . .]</p> <p>« étude approfondie » Évaluation environnementale d’un projet effectuée aux termes des articles 21 et 21.1 et qui comprend la prise en compte des éléments énumérés aux paragraphes 16(1) et (2).</p> <p>« examen préalable » Évaluation environnementale qui, à la fois :</p> <p>a) est effectuée de la façon prévue à l’article 18;</p> <p>b) prend en compte les éléments énumérés au paragraphe 16(1).</p>
---	--

<p>...</p> <p>“project” means</p> <p>(a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work, or</p> <p>(b) any proposed physical activity not relating to a physical work that is prescribed or is within a class of physical activities that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(b);</p> <p>“responsible authority”, in relation to a project, means a federal authority that is required pursuant to subsection 11(1) to ensure that an environmental assessment of the project is conducted;</p> <p>“screening” means an environmental assessment that is conducted pursuant to section 18 and that includes a consideration of the factors set out in subsection 16(1);</p> <p>“screening report” means a report that summarizes the results of a screening;</p> <p>...</p>	<p>« liste d’étude approfondie » Liste des projets ou catégories de projets désignés par règlement aux termes de l’alinéa 59d).</p> <p>« liste d’exclusion » Liste des projets ou catégories de projets soustraits à l’évaluation par règlement pris en vertu des alinéas 59c) ou c.1).</p> <p>[. . .]</p> <p>« partie intéressée » Toute personne ou tout organisme pour qui le résultat de l’évaluation environnementale revêt un intérêt qui ne soit ni frivole ni vexatoire.</p> <p>[. . .]</p> <p>« projet » Réalisation—y compris l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture—d’un ouvrage ou proposition d’exercice d’une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d’une catégorie d’activités concrètes désignée par règlement aux termes de l’alinéa 59b).</p> <p>[. . .]</p> <p>« rapport d’examen préalable » Rapport des résultats d’un examen préalable.</p> <p>[. . .]</p>
<p>4. (1) The purposes of this Act are</p> <p>(a) to ensure that projects are considered in a careful and precautionary manner before federal authorities take action in connection with them, in order to ensure that such projects do not cause significant adverse environmental effects;</p> <p>(b) to encourage responsible authorities to take actions that promote sustainable development and thereby achieve or maintain a healthy environment and a healthy economy;</p> <p>(b.1) to ensure that responsible authorities carry out their responsibilities in a coordinated manner with a view to eliminating unnecessary duplication in the environmental assessment process;</p> <p>(b.2) to promote cooperation and coordinated action between federal and provincial governments with respect to environmental assessment processes for projects;</p> <p>(b.3) to promote communication and cooperation between</p>	<p>4. (1) La présente loi a pour objet :</p> <p>a) de veiller à ce que les projets soient étudiés avec soin et prudence avant que les autorités fédérales prennent des mesures à leur égard, afin qu’ils n’entraînent pas d’effets environnementaux négatifs importants;</p> <p>b) d’inciter ces autorités à favoriser un développement durable propice à la salubrité de l’environnement et à la santé de l’économie;</p> <p>b.1) de faire en sorte que les autorités responsables s’acquittent de leurs obligations afin d’éviter tout double emploi dans le processus d’évaluation environnementale;</p> <p>b.2) de promouvoir la collaboration des gouvernements fédéral et provinciaux, et la coordination de leurs activités, dans le cadre du processus d’évaluation environnementale de projets;</p> <p>b.3) de promouvoir la communication et la collaboration</p>

responsible authorities and Aboriginal peoples with respect to environmental assessment;

(c) to ensure that projects that are to be carried out in Canada or on federal lands do not cause significant adverse environmental effects outside the jurisdictions in which the projects are carried out; and

(d) to ensure that there be opportunities for timely and meaningful public participation throughout the environmental assessment process.

...

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

(a) is the proponent of the project and does any act or thing that commits the federal authority to carrying out the project in whole or in part;

(b) makes or authorizes payments or provides a guarantee for a loan or any other form of financial assistance to the proponent for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part, except where the financial assistance is in the form of any reduction, avoidance, deferral, removal, refund, remission or other form of relief from the payment of any tax, duty or impost imposed under any Act of Parliament, unless that financial assistance is provided for the purpose of enabling an individual project specifically named in the Act, regulation or order that provides the relief to be carried out;

(c) has the administration of federal lands and sells, leases or otherwise disposes of those lands or any interests in those lands, or transfers the administration and control of those lands or interests to Her Majesty in right of a province, for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part; or

(d) under a provision prescribed pursuant to paragraph 59(f), issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

(2) Notwithstanding any other provision of this Act,

(a) an environmental assessment of a project is required before the Governor in Council, under a provision prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(g), issues a permit or licence, grants an approval or

entre les autorités responsables et les peuples autochtones en matière d'évaluation environnementale;

c) de faire en sorte que les éventuels effets environnementaux négatifs importants des projets devant être réalisés dans les limites du Canada ou du territoire domanial ne débordent pas ces limites;

d) de veiller à ce que le public ait la possibilité de participer de façon significative et en temps opportun au processus de l'évaluation environnementale.

[. . .]

5. (1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes :

a) une autorité fédérale en est le promoteur et le met en œuvre en tout ou en partie;

b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d'emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l'aide financière est accordée sous forme d'allègement—notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise—d'une taxe ou d'un impôt qui est prévu sous le régime d'une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d'un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l'allègement;

c) une autorité fédérale administre le territoire domanial et en autorise la cession, notamment par vente ou cession à bail, ou celle de tout droit foncier relatif à celui-ci ou en transfère à Sa Majesté du chef d'une province l'administration et le contrôle, en vue de la mise en œuvre du projet en tout ou en partie;

d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

(2) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi :

a) l'évaluation environnementale d'un projet est obligatoire, avant que le gouverneur en conseil, en vertu d'une disposition désignée par règlement aux termes de l'alinéa 59g), prenne une mesure, notamment délivre un

takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part; and

(b) the federal authority that, directly or through a Minister of the Crown in right of Canada, recommends that the Governor in Council take an action referred to in paragraph (a) in relation to that project

(i) shall ensure that an environmental assessment of the project is conducted as early as is practicable in the planning stages of the project and before irrevocable decisions are made,

(ii) is, for the purposes of this Act and the regulations, except subsection 11(2) and sections 20 and 37, the responsible authority in relation to the project,

(iii) shall consider the applicable reports and comments referred to in sections 20 and 37, and

(iv) where applicable, shall perform the duties of the responsible authority in relation to the project under section 38 as if it were the responsible authority in relation to the project for the purposes of paragraphs 20(1)(a) and 37(1)(a).

...

13. Where a project is described in the comprehensive study list or is referred to a mediator or a review panel, notwithstanding any other Act of Parliament, no power, duty or function conferred by or under that Act or any regulation made thereunder shall be exercised or performed that would permit the project to be carried out in whole or in part unless an environmental assessment of the project has been completed and a course of action has been taken in relation to the project in accordance with paragraph 37(1)(a).

14. The environmental assessment process includes, where applicable,

(a) a screening or comprehensive study and the preparation of a screening report or a comprehensive study report;

(b) a mediation or assessment by a review panel as provided in section 29 and the preparation of a report; and

(c) the design and implementation of a follow-up program.

15. (1) The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

(a) the responsible authority; or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority.

permis ou une licence ou accorde une approbation, autorisant la réalisation du projet en tout ou en partie;

b) l'autorité fédérale qui, directement ou par l'intermédiaire d'un ministre fédéral, recommande au gouverneur en conseil la prise d'une mesure visée à l'alinéa a) à l'égard du projet :

(i) est tenue de veiller à ce que l'évaluation environnementale du projet soit effectuée le plus tôt possible au stade de la planification de celui-ci, avant la prise d'une décision irrévocable,

(ii) est l'autorité responsable à l'égard du projet pour l'application de la présente loi—à l'exception du paragraphe 11(2) et des articles 20 et 37—et de ses règlements,

(iii) est tenue de prendre en compte les rapports et observations pertinents visés aux articles 20 et 37,

(iv) le cas échéant, est tenue d'exercer à l'égard du projet les attributions de l'autorité responsable prévues à l'article 38 comme si celle-ci était l'autorité responsable à l'égard du projet pour l'application des alinéas 20(1)a) et 37(1)a).

[. . .]

13. Dans le cas où un projet appartient à une catégorie visée dans la liste d'étude approfondie, ou si un examen par une commission ou un médiateur doit être effectué, malgré toute autre loi fédérale, l'exercice d'une attribution qui est prévu par cette loi ou ses règlements pour mettre en œuvre le projet en tout ou en partie est subordonné à l'achèvement de l'évaluation environnementale de celui-ci et à la prise d'une décision à son égard aux termes de l'alinéa 37(1)a).

14. Le processus d'évaluation environnementale d'un projet comporte, selon le cas :

a) un examen préalable ou une étude approfondie et l'établissement d'un rapport d'examen préalable ou d'un rapport d'étude approfondie;

b) une médiation ou un examen par une commission prévu à l'article 29 et l'établissement d'un rapport;

c) l'élaboration et l'application d'un programme de suivi.

15. (1) L'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, détermine la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée.

(2) For the purposes of conducting an environmental assessment in respect of two or more projects,

(a) the responsible authority, or

(b) where at least one of the projects is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

may determine that the projects are so closely related that they can be considered to form a single project.

(3) Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

(a) the responsible authority, or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority, likely to be carried out in relation to that physical work.

16. (1) Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

(c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;

(d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and

(e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

(2) In addition to the factors set out in subsection (1), every comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

(2) Dans le cadre d'une évaluation environnementale de deux ou plusieurs projets, l'autorité responsable ou, au moins un des projets est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, peut décider que deux projets sont liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet.

(3) Est effectuée, dans l'un ou l'autre des cas suivants, l'évaluation environnementale de toute opération—construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre—constituant un projet lié à un ouvrage :

a) l'opération est proposée par le promoteur;

b) l'autorité responsable ou, dans le cadre d'une médiation ou de l'examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l'opération susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage.

16. (1) L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants :

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;

e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange,—dont l'autorité responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

(2) L'étude approfondie d'un projet et l'évaluation environnementale qui fait l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission portent également sur les éléments suivants :

- (a) the purpose of the project;
- (b) alternative means of carrying out the project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;
- (c) the need for, and the requirements of, any follow-up program in respect of the project; and
- (d) the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the needs of the present and those of the future.

(3) The scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraphs (1)(a), (b) and (d) and (2)(b), (c) and (d) shall be determined

- (a) by the responsible authority; or
- (b) where a project is referred to a mediator or a review panel, by the Minister, after consulting the responsible authority, when fixing the terms of reference of the mediation or review panel.

(4) An environmental assessment of a project is not required to include a consideration of the environmental effects that could result from carrying out the project in response to a national emergency for which special temporary measures are taken under the *Emergencies Act*.

16.1 Community knowledge and aboriginal traditional knowledge may be considered in conducting an environmental assessment.

16.2 The results of a study of the environmental effects of possible future projects in a region, in which a federal authority participates, outside the scope of this Act, with other jurisdictions referred to in paragraph 12(5)(a), (c) or (d), may be taken into account in conducting an environmental assessment of a project in the region, particularly in considering any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out.

16.3 The responsible authority shall document and make available to the public, pursuant to subsection 55(1), its determinations pursuant to section 20.

...

18.(1) Where a project is not described in the comprehensive study list or the exclusion list made under paragraph 59(c), the responsible authority shall ensure that

- (a) a screening of the project is conducted; and
- (b) a screening report is prepared.

- a) les raisons d'être du projet;
- b) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
- c) la nécessité d'un programme de suivi du projet, ainsi que ses modalités;
- d) la capacité des ressources renouvelables, risquant d'être touchées de façon importante par le projet, de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures.

(3) L'évaluation de la portée des éléments visés aux alinéas (1)a), b) et d) et (2)b), c) et d) incombe :

- a) à l'autorité responsable;
- b) au ministre, après consultation de l'autorité responsable, lors de la détermination du mandat du médiateur ou de la commission d'examen.

(4) L'évaluation environnementale d'un projet n'a pas à porter sur les effets environnementaux que sa réalisation peut entraîner en réaction à des situations de crise nationale pour lesquelles des mesures d'intervention sont prises aux termes de la *Loi sur les mesures d'urgence*.

16.1 Les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l'évaluation environnementale d'un projet.

16.2 Les résultats d'une étude des effets environnementaux de projets éventuels dans une région, faite hors du champ d'application de la présente loi et à laquelle une autorité fédérale a collaboré avec des instances, au sens des alinéas 12(5)a),c) ou d), peuvent être pris en compte dans l'évaluation environnementale d'un projet à réaliser dans cette région, notamment dans l'évaluation des effets cumulatifs que la réalisation du projet, combinée à celle d'autres projets ou activités déjà complétés ou à venir, est susceptible de produire sur l'environnement.

16.3 L'autorité responsable consigne et rend accessibles au public, conformément au paragraphe 55(1), les décisions qu'elle prend aux termes de l'article 20.

[. . .]

18. (1) Dans le cas où le projet n'est pas visé dans la liste d'étude approfondie ou dans la liste d'exclusion établie par règlement pris en vertu de l'alinéa 59c), l'autorité responsable veille :

- a) à ce qu'en soit effectué l'examen préalable;
- b) à ce que soit établi un rapport d'examen préalable.

(2) Any available information may be used in conducting the screening of a project, but where a responsible authority is of the opinion that the information available is not adequate to enable it to take a course of action pursuant to subsection 20(1), it shall ensure that any studies and information that it considers necessary for that purpose are undertaken or collected.

(3) Where the responsible authority is of the opinion that public participation in the screening of a project is appropriate in the circumstances—or where required by regulation—the responsible authority

(a) shall, before providing the public with an opportunity to examine and comment on the screening report, include in the Internet site a description of the scope of the project, the factors to be taken into consideration in the screening and the scope of those factors or an indication of how such a description may be obtained;

(b) shall give the public an opportunity to examine and comment on the screening report and on any record relating to the project that has been included in the Registry before taking a course of action under section 20 and shall give adequate notice of that opportunity; and

(c) may, at any stage of the screening that it determines, give the public any other opportunity to participate.

(4) The responsible authority's discretion under subsection (3) with respect to the timing of public participation is subject to a decision made by the federal environmental assessment coordinator under paragraph 12.3(c).

...

20. (1) The responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the screening report and any comments filed pursuant to subsection 18(3):

(a) subject to subparagraph (c)(iii), where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is not likely to cause significant adverse environmental effects, the responsible authority may exercise any power or perform any duty or function that would permit the project to be carried out in whole or in part;

(b) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be

(2) Dans le cadre de l'examen préalable qu'elle effectue, l'autorité responsable peut utiliser tous les renseignements disponibles; toutefois, si elle est d'avis qu'il n'existe pas suffisamment de renseignements pour lui permettre de prendre une décision en vertu du paragraphe 20(1), elle fait procéder aux études et à la collecte de renseignements nécessaires à cette fin.

(3) Dans les cas où elle estime que la participation du public à l'examen préalable est indiquée ou dans les cas prévus par règlement, l'autorité responsable :

a) verse au site Internet, avant de donner au public la possibilité d'examiner le rapport d'examen préalable et de faire des observations à son égard, une description de la portée du projet, des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'examen préalable et de la portée de ceux-ci ou une indication de la façon d'obtenir copie de cette description;

b) avant de prendre sa décision aux termes de l'article 20, donne au public la possibilité d'examiner le rapport d'examen préalable et tout document relatif au projet et de faire ses observations à leur égard et un avis suffisant de cette possibilité;

c) peut donner au public la possibilité de prendre part à toute étape de l'examen préalable qu'elle choisit.

(4) L'exercice du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité responsable, dans le cadre du paragraphe (3), de déterminer à quel moment peut se faire la participation du public est assujéti à toute décision pouvant être prise par le coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 12.3c).

[. . .]

20. (1) L'autorité responsable prend l'une des mesures suivantes, après avoir pris en compte le rapport d'examen préalable et les observations reçues aux termes du paragraphe 18(3) :

a) sous réserve du sous-alinéa c)(iii), si la réalisation du projet n'est pas susceptible, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, exercer ses attributions afin de permettre la mise en œuvre totale ou partielle du projet;

b) si, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants qui ne peuvent être

justified in the circumstances, the responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function conferred on it by or under any Act of Parliament that would permit the project to be carried out in whole or in part; or

(c) where

(i) it is uncertain whether the project, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, is likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) the project, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, is likely to cause significant adverse environmental effects and paragraph (b) does not apply, or

(iii) public concerns warrant a reference to a mediator or a review panel,

the responsible authority shall refer the project to the Minister for a referral to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

(1.1) Mitigation measures that may be taken into account under subsection (1) by a responsible authority are not limited to measures within the legislative authority of Parliament and include

(a) any mitigation measures whose implementation the responsible authority can ensure; and

(b) any other mitigation measures that it is satisfied will be implemented by another person or body.

(2) When a responsible authority takes a course of action referred to in paragraph (1)(a), it shall, with respect to any mitigation measures it has taken into account and that are described in paragraph (1.1)(a), ensure their implementation in any manner that it considers necessary and, in doing so, it is not limited to its duties or powers under any other Act of Parliament.

(2.1) A federal authority shall provide any assistance requested by a responsible authority in ensuring the implementation of a mitigation measure on which the federal authority and the responsible authority have agreed.

(3) Where the responsible authority takes a course of action pursuant to paragraph (1)(b) in relation to a project, the responsible authority shall publish a notice of that course of action in the Registry and, notwithstanding any other Act of Parliament, no power, duty or function conferred by or under that Act or any regulation made under it shall be exercised or

justifiés dans les circonstances, ne pas exercer les attributions qui lui sont conférées sous le régime d'une loi fédérale et qui pourraient lui permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie;

c) s'adresser au ministre pour une médiation ou un examen par une commission prévu à l'article 29 :

(i) s'il n'est pas clair, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, que la réalisation du projet soit susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants,

(ii) si la réalisation du projet, compte tenu de l'application de mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants et si l'alinéa b) ne s'applique pas,

(iii) si les préoccupations du public le justifient.

(1.1) Les mesures d'atténuation que l'autorité responsable peut prendre en compte dans le cadre du paragraphe (1) ne se limitent pas à celles qui relèvent de la compétence législative du Parlement; elles comprennent :

a) les mesures d'atténuation dont elle peut assurer l'application;

b) toute autre mesure d'atténuation dont elle est convaincue qu'elle sera appliquée par une autre personne ou un autre organisme.

(2) Si elle prend une décision dans le cadre de l'alinéa (1)a), l'autorité responsable veille à l'application des mesures d'atténuation qu'elle a prises en compte et qui sont visées à l'alinéa (1.1)a) de la façon qu'elle estime nécessaire, même si aucune autre loi fédérale ne lui confère de tels pouvoirs d'application.

(2.1) Il incombe à l'autorité fédérale qui convient avec l'autorité responsable de mesures d'atténuation d'appuyer celle-ci, sur demande, dans l'application de ces mesures.

(3) L'autorité responsable qui prend la décision visée à l'alinéa (1)b) à l'égard d'un projet est tenue de publier un avis de cette décision dans le registre, et aucune attribution conférée sous le régime de toute autre loi fédérale ou de ses règlements ne peut être exercée de façon à permettre la mise en œuvre, en tout ou en partie, du projet.

performed that would permit that project to be carried out in whole or in part.

(4) A responsible authority shall not take any course of action under subsection (1) before the 15th day after the inclusion on the Internet site of

- (a) notice of the commencement of the environmental assessment;
- (b) a description of the scope of the project; and
- (c) where the responsible authority, in accordance with subsection 18(3), gives the public an opportunity to participate in the screening of a project, a description of the factors to be taken into consideration in the environmental assessment and of the scope of those factors or an indication of how such a description may be obtained.

21. (1) Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall ensure public consultation with respect to the proposed scope of the project for the purposes of the environmental assessment, the factors proposed to be considered in its assessment, the proposed scope of those factors and the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project.

(2) After the public consultation, as soon as it is of the opinion that it has sufficient information to do so, the responsible authority shall

- (a) report to the Minister regarding
 - (i) the scope of the project, the factors to be considered in its assessment and the scope of those factors,
 - (ii) public concerns in relation to the project,
 - (iii) the potential of the project to cause adverse environmental effects, and
 - (iv) the ability of the comprehensive study to address issues relating to the project; and
- (b) recommend to the Minister to continue with the environmental assessment by means of a comprehensive study, or to refer the project to a mediator or review panel in accordance with section 29.

21.1 (1) The Minister, taking into account the things with regard to which the responsible authority must report under paragraph 21(2)(a) and the recommendation of the responsible authority under paragraph 21(2)(b), shall, as the Minister considers appropriate,

- (a) refer the project to the responsible authority so that it may continue the comprehensive study and ensure that a

(4) L'autorité responsable ne peut prendre une décision dans le cadre du paragraphe (1) avant le quinzième jour suivant le versement au site Internet des documents suivants :

- a) l'avis du début de l'évaluation environnementale;
- b) la description de la portée du projet;
- c) dans le cas où l'autorité responsable donne, au titre du paragraphe 18(3), la possibilité au public de participer à l'examen préalable, la description des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation environnementale et de la portée de ceux-ci ou une indication de la façon d'obtenir copie de cette description.

21. (1) Dans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie, l'autorité responsable veille à la tenue d'une consultation publique sur les propositions relatives à la portée du projet en matière d'évaluation environnementale, aux éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation et à la portée de ces éléments ainsi que sur la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet.

(2) L'autorité responsable, dès qu'elle estime disposer de suffisamment de renseignements et après avoir tenu la consultation publique :

- a) fait rapport au ministre de la portée du projet, des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'évaluation, de la portée de ceux-ci, des préoccupations du public, de la possibilité d'effets environnementaux négatifs et de la question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet;
- b) lui recommande de poursuivre l'évaluation environnementale par étude approfondie ou de la renvoyer à un médiateur ou à une commission conformément à l'article 29.

21.1 (1) Le ministre, prenant en compte tous les éléments qui doivent lui être signalés dans le cadre de l'alinéa 21(2)a) et les recommandations de l'autorité responsable et selon ce qu'il estime indiqué dans les circonstances :

- a) renvoie le projet à l'autorité responsable pour qu'elle poursuive l'étude approfondie et qu'elle veille à ce qu'un

comprehensive study report is prepared and provided to the Minister and to the Agency; or

(b) refer the project to a mediator or review panel in accordance with section 29.

(2) Despite any other provision of this Act, if the Minister refers the project to a responsible authority under paragraph (1)(a), it may not be referred to a mediator or review panel in accordance with section 29.

21.2 Where a project has been referred to a responsible authority under paragraph 21.1(1)(a), the responsible authority shall ensure that the public is provided with an opportunity, in addition to those provided under subsection 21(1) and section 22, to participate in the comprehensive study, subject to a decision with respect to the timing of the participation made by the federal environmental assessment coordinator under paragraph 12.3(c).

...

28. (1) Where at any time the Minister is of the opinion that

(a) a project for which an environmental assessment may be required under section 5, taking into account the implementation of any appropriate mitigation measures, may cause significant adverse environmental effects, or

(b) public concerns warrant a reference to a mediator or a review panel,

the Minister may, after offering to consult with the jurisdiction, within the meaning of subsection 12(5), where the project is to be carried out and after consulting with the responsible authority or, where there is no responsible authority in relation to the project, the appropriate federal authority, refer the project to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

...

37. (1) Subject to subsections (1.1) to (1.3), the responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the report submitted by a mediator or a review panel or, in the case of a project referred back to the responsible authority pursuant to subsection 23(1), the comprehensive study report:

(a) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate,

(i) the project is not likely to cause significant adverse environmental effects, or

rapport de cette étude lui soit présenté, de même qu'à l'Agence;

b) renvoie le projet à la médiation ou à l'examen par une commission conformément à l'article 29.

(2) Malgré toute autre disposition de la présente loi, le projet que le ministre renvoie à l'autorité responsable au titre de l'alinéa (1)a) ne peut faire l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission conformément à l'article 29.

21.2 En plus des consultations publiques prévues au paragraphe 21(1) et à l'article 22, l'autorité responsable à laquelle le projet est renvoyé en vertu de l'alinéa 21.1(1)a) est tenue de veiller à ce que le public ait la possibilité de prendre part à l'étude approfondie. Elle est toutefois assujettie à toute décision éventuellement prise par le coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 12.3c) quant au moment de la participation.

[. . .]

28. (1) À tout moment, le ministre, après avoir offert de consulter l'instance, au sens du paragraphe 12(5), responsable du lieu où le projet doit être réalisé et après consultation de l'autorité responsable, ou, à défaut, de toute autorité fédérale compétente, s'il estime soit qu'un projet assujéti à l'évaluation environnementale aux termes de l'article 5 peut, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation indiquées, entraîner des effets environnementaux négatifs importants, soit que les préoccupations du public le justifient, peut faire procéder à une médiation ou à un examen par une commission conformément à l'article 29.

[. . .]

37. (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) à (1.3), l'autorité responsable, après avoir pris en compte le rapport du médiateur ou de la commission ou, si le projet lui est renvoyé aux termes du paragraphe 23(1), le rapport d'étude approfondie, prend l'une des décisions suivantes :

a) si, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, la réalisation du projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants ou est susceptible d'en entraîner qui sont justifiables dans les circonstances, exercer ses attributions afin de permettre la mise en œuvre totale ou partielle du projet;

(ii) the project is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances,

the responsible authority may exercise any power or perform any duty or function that would permit the project to be carried out in whole or in part; or

(b) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances, the responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function conferred on it by or under any Act of Parliament that would permit the project to be carried out in whole or in part.

...

58. (1) For the purposes of this Act, the Minister may

...

(i) make regulations prescribing any project or class of projects for which a comprehensive study is required where the Minister is satisfied that the project or any project within that class is likely to have significant adverse environmental effects.

...

59. The Governor in Council may make regulations

(a) respecting the procedures and requirements of, and the time periods relating to, environmental assessment and follow-up programs, including the conduct of assessments by review panels established pursuant to section 40 and the timing of taking a course of action pursuant to section 20 or 37 where two or more federal authorities are likely to exercise a power or perform a duty or function referred to in section 5 with respect to the same project;

...

(b) prescribing, for the purpose of the definition “project” in subsection 2(1), any physical activity or class of physical activities;

(c) exempting any projects or classes of projects from the requirement to conduct an assessment under this Act that

(i) in the opinion of the Governor in Council, ought not to be assessed for reasons of national security,

(ii) in the case of projects in relation to physical works, in the opinion of the Governor in Council, have insignificant environmental effects, or

(iii) have a total cost below a prescribed amount and meet prescribed environmental conditions;

b) si, compte tenu de l’application des mesures d’atténuation qu’elle estime indiquées, la réalisation du projet est susceptible d’entraîner des effets environnementaux qui ne sont pas justifiables dans les circonstances, ne pas exercer les attributions qui lui sont conférées sous le régime d’une loi fédérale et qui pourraient permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

[. . .]

58. (1) Pour l’application de la présente loi, le ministre peut :

[. . .]

(i) prendre des règlements désignant des projets ou des catégories de projets pour lesquels une étude approfondie est obligatoire, s’il est convaincu que ceux-ci sont susceptibles d’entraîner des effets environnementaux négatifs importants.

[. . .]

59. Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) régir les procédures, les délais applicables et les exigences relatives à l’évaluation environnementale et au programme de suivi, notamment le moment de la prise de mesures au titre des articles 20 ou 37 quand plusieurs autorités fédérales sont susceptibles d’exercer les attributions visées à l’article 5, ainsi que les évaluations effectuées par une commission aux termes de l’article 40;

[. . .]

b) désigner une activité concrète ou une catégorie d’activités concrètes pour l’application de la définition de « projet » au paragraphe 2(1);

c) soustraire à l’évaluation exigée par la présente loi des projets ou des catégories de projets :

(i) dont, à son avis, l’évaluation ne serait pas indiquée pour des raisons de sécurité nationale,

(ii) qui sont liés à un ouvrage et dont, à son avis, les effets environnementaux ne sont pas importants,

(iii) qui remplissent les conditions de nature environnementale prévues par règlement et dont le coût

. . .

(f) prescribing, for the purposes of paragraph 5(1)(d), the provisions of any Act of Parliament or any instrument made under an Act of Parliament;

(g) prescribing the provisions of any Act of Parliament or any regulation made pursuant to any such Act that confer powers, duties or functions on the Governor in Council, the exercise or performance of which require an environmental assessment under subsection 5(2);

Section 21 of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 before it was amended in 2003.

21. Where a project is described in the comprehensive study list, the responsible authority shall

(a) ensure that a comprehensive study is conducted, and a comprehensive study report is prepared and provided to the Minister and the Agency; or

(b) refer the project to the Minister for a referral to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

Explosives Act, R.S.C., 1985, c. E-17, as amended.

7. (1) The Minister may issue

(a) licences for factories and magazines;

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, as amended.

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

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

36. . . .

(3) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where the deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of the deleterious

total est en-deçà du seuil réglementaire

[. . .]

f) déterminer, pour l'application de l'alinéa 5(1)d), des dispositions de toute loi fédérale ou de textes pris sous son régime;

g) désigner les dispositions législatives ou réglementaires fédérales conférant des attributions au gouverneur en conseil pour l'exercice desquelles le paragraphe 5(2) exige une évaluation environnementale;

Article 21 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, avant sa modification en 2003.

21. Dans le cas où le projet est visé dans la liste d'étude approfondie, l'autorité responsable a le choix :

a) de veiller à ce que soit effectuée une étude approfondie et à ce que soit présenté au ministre et à l'Agence un rapport de cette étude;

b) de s'adresser au ministre afin qu'il fasse effectuer, aux termes de l'article 29, une médiation ou un examen par une commission.

Loi sur les explosifs, L.R.C. (1985), ch. E-17, et modifications.

7. (1) Le ministre peut délivrer :

a) des licences pour des fabriques et poudrières;

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, et modifications.

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

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

36. [. . .]

(3) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d'immerger ou de rejeter une substance nocive—ou d'en permettre l'immersion ou le rejet—dans des eaux où vivent des poissons, ou en quelque autre lieu si le risque existe que la substance ou toute autre substance nocive provenant de son

substance may enter any such water.

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, as amended.

79. (1) Every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted must, without delay, notify the competent minister or ministers in writing of the project if it is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.

...

(3) The definitions in this subsection apply in this section.

...

“project” means a project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act*.

REGULATIONS

Comprehensive Study List Regulations, SOR/94-638, as amended.

General

3. The projects and classes of projects that are set out in the schedule are prescribed projects and classes of projects for which a comprehensive study is required.

SCHEDULE

(Section 3)

...

PART V

MINERALS AND MINERAL PROCESSING

16. The proposed construction, decommissioning or abandonment of

- (a) a metal mine, other than a gold mine, with an ore production capacity of 3 000 t/d or more;
- (b) a metal mill with an ore input capacity of 4 000 t/d or more;
- (c) a gold mine, other than a placer mine, with an ore production capacity of 600 t/d or more;
- (d) a coal mine with a coal production capacity of 3 000 t/d or more; or

immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.

Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29, et modifications.

79. (1) Toute personne tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet notifié sans tarder à tout ministre compétent tout projet susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel.

[...]

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

[...]

« projet » S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

RÈGLEMENTS

Règlement sur la liste d'étude approfondie, DORS/94-638, et modifications.

Dispositions générales

3. Les projets et les catégories de projets figurant à l'annexe sont ceux pour lesquels une étude approfondie est obligatoire.

ANNEXE

(article 3)

[...]

PARTIE V

MINÉRAIS ET TRAITEMENT DES MINÉRAIS

16. Projet de construction, de désaffectation ou de fermeture :

- a) d'une mine métallifère, autre qu'une mine d'or, d'une capacité de production de minerai de 3 000 t/d ou plus;
- b) d'une usine métallurgique d'une capacité d'admission de minerai de 4 000 t/d ou plus;
- c) d'une mine d'or, autre qu'un placer, d'une capacité de production de minerai de 600 t/d ou plus;
- d) d'une mine de charbon d'une capacité de production de charbon de 3 000 t/d ou plus;

(e) a potash mine with a potassium chloride production capacity of 1 000 000 t/a or more.

e) d'une mine de potasse d'une capacité de production de chlorure de potassium de 1 000 000 t/a ou plus.

Inclusion List Regulations, SOR/94-637, as amended.

Règlement sur la liste d'inclusion, DORS/94-637, et modifications.

SCHEDULE

ANNEXE

(Section 3)

(article 3)

...

[...]

PART VII

PARTIE VII

FISHERIES

PÊCHES

42. The destruction of fish by any means other than fishing, where the destruction requires the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under section 32 of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

42. La destruction de poissons par d'autres moyens que la pêche, qui nécessite l'autorisation émanant du ministre des Pêches et des Océans prévue à l'article 32 de la *Loi sur les pêches* ou l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

43. The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat by means of physical activities carried out in a water body, including dredge or fill operations, that require the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

43. La détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson par des activités concrètes exercées dans un plan d'eau, notamment des opérations de dragage ou de remblayage, qui nécessitent l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

44. The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat by means of draining or altering the water levels of a water body that require the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

44. La détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson par le vidage d'un plan d'eau ou la modification de son niveau d'eau, qui nécessitent l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

45. The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat by means of erosion control measures adjacent to a water body that require the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

45. La détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson par des mesures de contrôle de l'érosion le long d'un plan d'eau, qui nécessitent l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

46. The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat by means of the removal of vegetation in or adjacent to a water body that requires the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

46. La détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson par l'enlèvement de la végétation dans un plan d'eau ou le long de celui-ci, qui nécessitent l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou l'autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

46.1 The harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat by means of physical activities intended to establish or modify more than 500 m of continuous natural shoreline and that require the authorization of the Minister of Fisheries and Oceans under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* or authorization under regulations made by the Governor in Council under that Act.

47. The deposit of a deleterious substance that requires authorization under regulations made by the Governor in Council pursuant to subsection 36(5) of the *Fisheries Act*.

Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2002-222, as amended [s. 1(1) “effluent” (as am. by SOR/2006-239, s. 1), 5 (as am. *idem*, s. 2), 27.1 (as enacted *idem*, s. 14)].

Interpretation

1. (1) The following definitions apply in these Regulations.

“Act” means the *Fisheries Act*.

...

“deleterious substance” means a substance prescribed under section 3 except as otherwise prescribed by these Regulations.

“effluent” means an effluent—mine water effluent, milling facility effluent, tailings impoundment area effluent, treatment pond effluent, treatment facility effluent other than effluent from a sewage treatment facility, seepage and surface drainage—that contains a deleterious substance.

...

Application

2. (1) These Regulations apply in respect of mines and recognized closed mines that

(a) at any time after these Regulations are registered, exceed an effluent flow rate of 50 m³ per day, based on

46.1 La détérioration, la perturbation ou la destruction de l’habitat du poisson par suite d’activités concrètes visant à mettre en valeur ou à modifier plus de 500 m d’un rivage naturel continu, qui nécessitent l’autorisation du ministre des Pêches et des Océans prévue au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* ou l’autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application de cette loi.

47. L’immersion ou le rejet d’une substance nocive qui nécessitent l’autorisation prévue dans tout règlement pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches*.

Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2002-222, et modifications [art. 1(1) « effluent » (mod. par DORS/2006-239, art. 1), 5 (mod., *idem*, art. 2), 27.1 (édicte, *idem*, art. 14)].

Définitions et interprétation

1. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

« effluent » Effluent—effluent d’eau de mine, effluent d’installations de préparation du minerai, effluent de dépôts de résidus miniers, effluent de bassins de traitement, effluent d’installations de traitement, à l’exclusion de l’effluent d’installations de traitement d’eaux résiduaires, eaux d’exfiltration et eaux de drainage superficiel—qui contient une substance nocive.

[. . .]

« Loi » La *Loi sur les pêches*.

[. . .]

« substance nocive » Toute substance désignée aux termes de l’article 3, sauf disposition contraire du présent règlement.

[. . .]

Champ d’application

2. (1) Le présent règlement s’applique aux mines et aux mines fermées reconnues qui présentent les caractéristiques suivantes :

a) après l’enregistrement du présent règlement, elles ont, à un moment quelconque, un débit d’effluent supérieur à

effluent deposited from all the final discharge points of the mine; and

(b) deposit a deleterious substance in any water or place referred to in subsection 36(3) of the Act.

...

Authority to Deposit

4. (1) Subject to subsection (2), the owner or operator of a mine may deposit, or permit the deposit of, an effluent that contains a deleterious substance in any water or place referred to in subsection 36(3) of the Act if a transitional authorization permits the deposit or if

(a) the concentration of the deleterious substance in the effluent does not exceed the authorized limits set out in Schedule 4;

(b) the pH of the effluent is equal to or greater than 6.0 but is not greater than 9.5; and

(c) the deleterious substance is not an acutely lethal effluent

(2) The authority in subsection (1) is conditional

(a) in the case of a transitional authorization that permits the deposit, on the owner or operator complying with section 36; and

(b) in the other case, on the owner or operator complying with sections 6 to 27.

Authority to Deposit in Tailings Impoundment Areas

5. (1) Despite section 4, the owner or operator of a mine may deposit or permit the deposit of waste rock or an effluent that contains any concentration of a deleterious substance and that is of any pH into a tailings impoundment area that is either

(a) a water or place set out in Schedule 2; or

(b) a disposal area that is confined by anthropogenic or natural structures or by both, other than a disposal area that is, or is part of, a natural water body that is frequented by fish.

(2) The authority in subsection (1) is conditional on the owner or operator complying with sections 7 to 28.

...

50 m³ par jour, déterminé d'après les rejets d'effluent à partir de tous leurs points de rejet final;

b) elles rejettent une substance nocive dans les eaux ou les lieux visés au paragraphe 36(3) de la Loi.

[. . .]

Rejet autorisé

4. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le propriétaire ou l'exploitant d'une mine peut rejeter—ou permettre que soit rejeté—un effluent contenant des substances nocives dans les eaux ou les lieux visés au paragraphe 36(3) de la Loi si une autorisation transitoire le permet ou si les conditions suivantes sont réunies :

a) la concentration des substances nocives dans l'effluent ne dépasse pas les limites permises prévues à l'annexe 4;

b) le pH de l'effluent est égal ou supérieur à 6,0 mais ne dépasse pas 9,5;

c) la substance nocive n'est pas un effluent à létalité aiguë.

(2) Le propriétaire ou l'exploitant ne peut se prévaloir du droit que lui confère le paragraphe (1) que s'il satisfait aux exigences prévues :

a) à l'article 36, dans le cas où une autorisation transitoire permet le rejet;

b) aux articles 6 à 27, dans l'autre cas.

Autorisation de rejeter dans un dépôt de résidus miniers

5. (1) Malgré l'article 4, le propriétaire ou l'exploitant d'une mine peut rejeter—ou permettre que soient rejetés—des stériles ou un effluent, quel que soit le pH de l'effluent ou sa concentration en substances nocives, dans l'un ou l'autre des dépôts de résidus miniers suivants :

a) les eaux et lieux mentionnés à l'annexe 2;

b) toute aire de décharge circonscrite par une formation naturelle ou un ouvrage artificiel, ou les deux, à l'exclusion d'une aire de décharge qui est un plan d'eau naturel où vivent des poissons ou qui en fait partie.

(2) Le propriétaire ou l'exploitant ne peut se prévaloir du droit que lui confère le paragraphe (1) que s'il satisfait aux exigences prévues aux articles 7 à 28.

[. . .]

Prohibition on Diluting Effluent

6. The owner or operator of a mine shall not combine effluent with water or any other effluent for the purpose of diluting effluent before it is deposited.

...

Compensation Plan

27.1 (1) The owner or operator of a mine shall submit to the Minister for approval a compensation plan and obtain the Minister's approval of that plan before depositing a deleterious substance into a tailings impoundment area that is added to Schedule 2 after the coming into force of this section.

(2) The purpose of the compensation plan is to offset for the loss of fish habitat resulting from the deposit of a deleterious substance into the tailings impoundment area.

(3) The compensation plan shall contain the following elements:

(a) a description of the location of the tailings impoundment area and the fish habitat affected by the deposit;

(b) a quantitative impact assessment of the deposit on the fish habitat;

(c) a description of the measures to be taken to offset the loss of fish habitat caused by the deposit;

(d) a description of the measures to be taken during the planning and implementation of the compensation plan to mitigate any potential adverse effect on the fish habitat that could result from the plan's implementation;

(e) a description of measures to be taken to monitor the plan's implementation;

(f) a description of the measures to be taken to verify the extent to which the plan's purpose has been achieved;

(g) a description of the time schedule for the plan's implementation, which time schedule shall provide for achievement of the plan's purpose within a reasonable time; and

(h) an estimate of the cost of implementing each element of the plan.

(4) The owner or operator shall submit with the compensation plan an irrevocable letter of credit to cover the

Interdiction de diluer

6. Il est interdit au propriétaire ou à l'exploitant d'une mine de combiner un effluent avec de l'eau ou avec tout autre effluent dans le but de le diluer avant son rejet.

[...]

Plan compensatoire

27.1 (1) Le propriétaire ou l'exploitant d'une mine présente au ministre un plan compensatoire pour approbation et doit obtenir celle-ci avant de rejeter des substances nocives dans tout dépôt de résidus miniers qui est ajouté à l'annexe 2 après l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Le plan compensatoire a pour objectif de contrebalancer la perte d'habitat du poisson consécutive au rejet de substances nocives dans le dépôt de résidus miniers.

(3) Le plan compensatoire comporte des dispositions portant sur les éléments suivants :

a) une description de l'emplacement du dépôt de résidus miniers et de l'habitat du poisson atteint par le rejet de substances nocives;

b) l'analyse quantitative de l'incidence du rejet sur l'habitat du poisson;

c) les mesures visant à contrebalancer la perte d'habitat du poisson;

d) les mesures envisagées durant la planification et la mise en œuvre du plan pour atténuer les effets défavorables sur l'habitat du poisson qui pourraient résulter de la mise en œuvre du plan;

e) les mesures de surveillance de la mise en œuvre du plan;

f) les mécanismes visant à établir dans quelle mesure les objectifs du plan ont été atteints;

g) le délai pour la mise en œuvre du plan, lequel délai permet l'atteinte des objectifs prévus dans un délai raisonnable;

h) l'estimation du coût de mise en œuvre de chacun des éléments du plan.

(4) Le propriétaire ou l'exploitant présente, avec le plan compensatoire, une lettre de crédit irrévocable couvrant les

plan's implementation costs, which letter of credit shall be payable upon demand on the declining balance of the implementation costs.

(5) The Minister shall approve the compensation plan if it meets the requirements of subsections (2) and (3) and the owner or operator has complied with subsection (4).

(6) The owner or operator shall ensure that the compensation plan approved by the Minister is implemented.

(7) If the measures referred to in paragraph (3)(f) reveal that the compensation plan's purpose is not being achieved, the owner or operator shall inform the Minister and, as soon as possible in the circumstances, identify and implement all necessary remedial measures.

Deposits from Tailings Impoundment Areas

28. (1) The owner or operator of a mine shall deposit effluent from a tailings impoundment area only through a final discharge point that is monitored and reported on in accordance with the requirements of these Regulations.

(2) The owner or operator of a mine shall comply with section 6 and the conditions prescribed in paragraphs 4(1)(a) to (c) for all effluent that exits a tailing impoundment area.

coûts de mise en œuvre du plan et payable sur demande à l'égard du coût des éléments du plan qui n'ont pas été mis en œuvre.

(5) Le ministre approuve le plan compensatoire si les exigences des paragraphes (2) et (3) ont été remplies et si le propriétaire ou l'exploitant s'est conformé aux exigences du paragraphe (4).

(6) Le propriétaire ou l'exploitant veille à ce que le plan compensatoire soit mis en œuvre.

(7) Si les mécanismes visés à l'alinéa (3)f) révèlent que les objectifs n'ont pas été atteints, le propriétaire ou l'exploitant en informe le ministre et, le plus tôt possible dans les circonstances, détermine et prend les mesures correctives nécessaires à l'atteinte des objectifs.

Rejets à partir de dépôts de résidus miniers

28. (1) Le propriétaire ou l'exploitant d'une mine ne rejette l'effluent provenant d'un dépôt de résidus miniers qu'à un point de rejet final faisant l'objet d'un suivi et de rapports conformément aux exigences du présent règlement.

(2) Il remplit les conditions prévues aux alinéas 4(1)a) à c) et se conforme à l'article 6 lorsqu'il rejette un tel effluent.

IMM-940-07
2007 FC 1069

IMM-940-07
2007 CF 1069

Ikejiani Ebele Okoloubu (*Applicant*)

Ikejiani Ebele Okoloubu (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: OKOLOUBU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : OKOLOUBU c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Harrington J.—Montréal, October 3; Ottawa, October 17, November 9, 2007.

Cour fédérale, juge Harrington—Montréal, 3 octobre; Ottawa, 17 octobre, 9 novembre 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision not having jurisdiction to deal with international law, constitutional issues in application for exemption from permanent resident visa requirements pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 25 — Applicant married to Canadian permanent resident, having Canadian-born child but because of criminal record, disqualified from inclusion as spouse, common-law partner in Canada class — Applicant denied fair hearing when officer failed to consider applicant's arguments — PRRA officer obliged to consider questions of law, constitutional issues since exercising Minister's discretion under IRPA, s. 25 — Also failed to appreciate significance of Supreme Court of Canada's decision in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) which emphasized importance of considering children's interests in H&C application — Ramifications of R. v. Hape, dealing with extra-territorial application of Charter in immigration context — PRRA officer should have asked whether applicant's removal would violate Canadian law, which should be interpreted consistently with international law — Question certified as to immigration officer's jurisdiction to consider whether removal would breach International Covenant on Civil and Political Rights — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent en vertu de l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le demandeur est marié à une résidente permanente au Canada et il est père d'un enfant né au Canada, mais son casier judiciaire l'empêchait de faire partie de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada — Le demandeur n'a pas eu une audience équitable étant donné que l'agente a refusé d'examiner certains arguments qu'il avait avancés — L'agente d'ERAR était tenue d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles puisqu'elle exerçait le pouvoir discrétionnaire du ministre au titre de l'art. 25 de la LIPR — En outre, elle n'a pas apprécié l'importance de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), qui soulignait l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire — Incidences de l'arrêt R. c. Hape, qui portait sur l'application extraterritoriale de la Charte dans le contexte de l'immigration — L'agente d'ERAR aurait dû se demander si le fait de renvoyer le demandeur serait contraire au droit canadien, droit qui doit être interprété conformément au droit international — Certification de la question de savoir si la compétence de l'agente d'immigration de se pencher sur la question de savoir si le renvoi serait contraire au Pacte international relatif aux droits civils et politiques — Demande accueillie.

International Law — Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision not having jurisdiction

Droit international — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR)

to deal with international law, constitutional issues in application for exemption from permanent resident visa requirements pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 25 — Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) stating international conventions having no direct application within Canadian law unless implemented by Parliament, but values reflected therein serving as aid in interpreting domestic law — Federal Court of Appeal interpreting IRPA, s. 3(3)(f) as not giving priority to international human rights instruments inconsistent with IRPA provisions and noting expanding role of international law in interpretation of domestic law — Ramifications of Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Hape*, that prohibitive rules of international custom incorporated directly into Canadian domestic law through common law, without need for legislative action to continued applicability of principles regarding international law stated in *Baker* — Question certified as to immigration officer's jurisdiction to consider whether removal would breach International Covenant on Civil and Political Rights.

a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent en vertu de l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Dans l'arrêt *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), la Cour suprême du Canada a déclaré que les conventions internationales n'avaient pas d'application directe en droit canadien à moins d'avoir été mises en œuvre par le Parlement, mais les valeurs qui y sont illustrées peuvent néanmoins servir pour l'interprétation du droit interne — La Cour d'appel fédérale a interprété l'art. 3(3)f) de la LIPR comme ne donnant pas aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme priorité d'application sur les dispositions incompatibles de la LIPR et elle a décrit le rôle accru donné au droit international dans l'interprétation du droit interne — Incidences de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *R. c. Hape*, portant que les règles prohibitives du droit international coutumier sont incorporées directement au droit canadien interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir quant à l'applicabilité continue des principes de droit international posés dans l'arrêt *Baker* — Certification de la question de savoir si la compétence de l'agente d'immigration de se pencher sur la question de savoir si le renvoi serait contraire au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- American Declaration of the Rights and Duties of Man*, approved by the Ninth International Conference of American States, 1948, Bogotá, Colombia.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Art. 3.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 72(2) (as am. by SOR/2004-167, s. 26).
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Preamble, Arts. 17, 23.
- Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 25.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 3.
- Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine, Bogotá, Colombie, 1948.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AGNU, 10 décembre 1948, art. 25.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 25.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, préambule, art. 17, 23.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 72(2) (mod. par DORS/2004-167, art. 26).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 161; 47 C.R. (6th) 96; 363 N.R. 1; 227 O.A.C. 191; 2007 SCC 26.

DISTINGUISHED:

Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 3 F.C.R. 169; (2006), 148 C.R.R. (2d) 45; 56 Imm. L.R. (3d) 178; 354 N.R. 367; 2006 FCA 365.

CONSIDERED:

Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 4 F.C. 358; (2002), 212 D.L.R. (4th) 139; 20 Imm. L.R. (3d) 119; 288 N.R. 174; 2002 FCA 125; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655; (2005), 262 D.L.R. (4th) 13; 42 Admin. L.R. (4th) 234; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; leave to appeal to S.C.C. refused [2006] S.C.C.A. No. 70 (QL); *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.).

REFERRED TO:

Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2003] 2 F.C. 555; (2002), 222 D.L.R. (4th) 265; 24 Imm. L.R. (3d) 34; 297 N.R. 187; 2002 FCA 475; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of a pre-removal risk assessment officer's decision that she did not have jurisdiction to deal with international law and constitutional issues in an application for exemption

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292; 2007 CSC 26.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 3 R.C.F. 169; 2006 CAF 365.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 4 C.F. 358; 2002 CAF 125; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] S.C.C.A. n° 70 (QL); *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] 2 C.F. 555; 2002 CAF 475; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 403 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions

from permanent resident visa requirements pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

constitutionnelles soulevées dans le cadre d'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Stewart Istvanffy for applicant.
Patricia Nobl for respondent.

ONT COMPARU :

Stewart Istvanffy pour le demandeur.
Patricia Nobl pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Stewart Istvanffy, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Stewart Istvanffy, Montréal, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] HARRINGTON J.: The normal rule is that an application for permanent resident status must be made from outside Canada. However, taking into account humanitarian and compassionate considerations, including the best interests of children, section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] [IRPA] authorizes the Minister to waive that requirement. The Minister rarely makes such decisions personally. Rather, he delegates others to make the decision in his stead. Mr. Okoloubu sought such an exemption. The factors raised included marriage to a Canadian permanent resident, who had health issues, and a young Canadian-born child. This is a judicial review of a negative decision.

[1] LE JUGE HARRINGTON : Généralement, une demande de résidence permanente doit être présentée de l'extérieur du Canada. Cependant, si des motifs d'ordre humanitaire le justifient, y compris l'intérêt supérieur des enfants, l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR) autorise le ministre à exempter une personne de cette condition. Le ministre ne prend pas souvent une telle décision personnellement. Il délègue plutôt cette responsabilité à quelqu'un d'autre. M. Okoloubu a demandé à être dispensé d'une telle condition. Les facteurs invoqués étaient les suivants : il est marié à une résidente permanente au Canada, qui a des problèmes de santé, et il est père d'un jeune enfant né au Canada. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision défavorable.

[2] Were it not for a criminal conviction, he would have been entitled to remain in Canada while his application for a permanent resident visa was being considered. However, his conviction disqualified him from being a member of the spouse or common-law partner in Canada class. Through counsel he raised our *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II,

[2] N'eût été sa déclaration de culpabilité au criminel, le demandeur aurait pu rester au Canada pendant l'évaluation de sa demande de visa de résident permanent. Cependant, cette déclaration de culpabilité l'empêchait de faire partie de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada. Par l'intermédiaire d'un avocat, il a invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le*

No. 44]], the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] [hereinafter *Covenant*] and the Organization of American States *Declaration on the Rights and Duties of Man* [approved by the Ninth International Conference of American States, 1948, Bogotá, Colombia]. He argued that protection of the family and the rights of his wife and child had to be properly considered. The decision maker, whose title is that of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer, said she did not have jurisdiction to deal with international law and constitutional issues, and that a request for exemption from permanent resident visa requirements was not the proper venue “for resolving such complex legal issues including questions of constitutional interpretation” and “whether his removal will constitute a breach of international law will not be addressed in this decision.”

[3] The PRRA officer acknowledged that the interests of children must be well identified and defined in accordance with the legislation: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358 (F.C.A.); and *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555 (F.C.A.). She correctly stated that the best interests of the child are an important factor and must be given significant weight, but that those interests do not outweigh all other factors. They are not conclusive. She also noted that *Baker* referred to Article 3 of the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3].

[4] As noted by the Court of Appeal in *Legault*, at paragraph 12:

It is not because the interests of the children favour the fact that a parent residing illegally in Canada should remain in Canada... that the Minister must exercise his discretion in favour of said parent.

It is up to the Minister, in this case a PRRA officer, to

Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] et la *Déclaration des droits et devoirs de l'homme* [adoptée à la Neuvième Conférence Internationale Américaine, Bogotá, Colombie, 1948] de l'Organisation des États américains. Il a fait valoir que la protection de sa famille et que les droits de sa femme et de son enfant devaient être examinés adéquatement. La décideure, qui avait le titre d'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR), a affirmé ne pas avoir compétence pour trancher des questions de droit international et des questions constitutionnelles. Elle a également soutenu qu'une demande de dispense d'application des conditions d'obtention d'un visa de résident permanent n'était pas le recours qui convenait [TRADUCTION] « pour résoudre de telles questions juridiques complexes touchant l'interprétation de la Constitution » et [TRADUCTION] que « la question de savoir si le renvoi du demandeur constitue un manquement au droit international ne sera pas traitée dans la présente décision ».

[3] L'agente d'ERAR a admis que l'intérêt des enfants doit être bien cerné et défini conformément à la loi (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.F.); *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555 (C.A.F.)). Elle a affirmé à juste titre que l'intérêt supérieur des enfants est un facteur important auquel il faut accorder une attention considérable, mais que cet intérêt ne l'emporte pas sur les autres facteurs; il n'est pas déterminant. Elle a également fait remarquer que l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] est invoqué dans la décision *Baker*.

[4] Dans *Legault*, la Cour d'appel a noté ce qui suit au paragraphe 12 :

Ce n'est pas parce que l'intérêt des enfants voudra qu'un parent qui se trouve illégalement au Canada puisse demeurer au Canada [...] que le ministre devra exercer sa discrétion en faveur de ce parent.

Il appartient au ministre et, en l'espèce, à l'agente

determine the appropriate weight to be given to the different factors asserted. It is not the role of the courts.

[5] That being said, by refusing to consider some of the arguments advanced, Mr. Okoloubu was not given a fair hearing. It is not that the consideration of those submissions would dictate a particular result, but as stated by the Supreme Court in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643 [at page 661], denial of a right to a fair hearing renders a decision invalid. “It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.” The decision was discretionary in nature, but was based on the exercise of a wrong principle (*Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2). This is not a case where there could only have been one result (*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada—Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202).

INTERNATIONAL LAW

[6] Articles 17 and 23 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, which Canada has ratified but not legislated upon, provide that the family is a natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by the state. A child has [Article 24] “the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and State.” The *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, which actually precedes the Covenant, is not in fact a treaty. It is no broader in scope than the Covenant or the *Convention on the Rights of a Child*. Canada is a member of the OAS [Organization of American States].

[7] Mr. Okoloubu’s submission that “the expulsion of a father living with a Canadian mother constitutes an arbitrary interference with... family life and is not compatible with the notion of a democratic society” is wrong in law. However it must be said that Baker and Hawthorne were single mothers and Legault was divorced from his first wife and separated from his second. The PRRA officer has taken the position that she did not have jurisdiction to deal with international

d’ERAR, de décider du poids à accorder aux différents facteurs invoqués. Ce n’est pas le rôle des tribunaux.

[5] M. Okoloubu n’a donc pas eu une audience équitable étant donné que l’agente a refusé d’examiner certains arguments qu’il avait avancés. Cela ne veut pas dire que l’examen de ces arguments aboutirait nécessairement à un résultat précis, mais comme la Cour suprême l’a affirmé dans *Cardinal et autre c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643 [à la page 661], la négation du droit à une audience équitable rend une décision invalide. « Il n’appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d’hypothèses sur ce qu’aurait pu être le résultat de l’audition. » La décision était de nature discrétionnaire, mais fondée sur l’application d’un principe erroné (*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2). Il ne s’agit pas d’une affaire pour laquelle un seul résultat était possible (*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202).

LE DROIT INTERNATIONAL

[6] Les articles 17 et 23 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, que le Canada a ratifié mais sur lequel il ne s’est pas fondé pour légiférer, prévoient que la famille est l’élément naturel et fondamental de la société et qu’elle a droit à la protection de l’État. Un enfant [article 24] « a droit, de la part de sa famille, de la société et de l’État, aux mesures de protection qu’exige sa condition de mineur ». La *Déclaration des droits et devoirs de l’homme* de l’Organisation des États américains, qui en fait précède le Pacte, n’est pas réellement un traité. Sa portée n’est pas plus vaste que celle du Pacte ou de la *Convention relative aux droits de l’enfant*. Le Canada est membre de l’Organisation des États américains.

[7] L’observation de M. Okoloubu selon laquelle [TRADUCTION] « le fait d’expulser le père d’un enfant, qui habite avec la mère canadienne de cet enfant, constitue une atteinte arbitraire à la vie familiale et n’est pas en harmonie avec la notion de société démocratique » est mal fondée en droit. Cependant, il faut souligner que M^{me} Baker et M^{me} Hawthorne étaient des mères seules et que M. Legault était divorcé de sa première épouse et séparé de sa deuxième conjointe.

law and that a request for exemption from permanent resident visa requirements was not the proper venue for resolving complex legal issues. Yet, by referring to *Baker*, she appears to take the position that the Court may take these issues into consideration on judicial review and then refer the matter back to the Minister for reconsideration in accordance with the reasons given.

[8] However, in *Baker* the Court noted that the decision maker was the Minister or his delegate: “[t]he Minister has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply” (paragraph 59).

[9] In my opinion the PRRA officer failed to appreciate the significance of *Baker*. Madam Justice L’Heureux-Dubé, who also spoke for Justices Gonthier, McLachlin, as she then was, Bastarache and Binnie, dealt with international law at paragraphs 69 through 71 of her reasons. She said that an “indicator of the importance of considering the interests of children when making a compassionate and humanitarian decision [was] the ratification by Canada of the *Convention on the Rights of the Child*” which reflects the *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948] which recognizes that “childhood [is] entitled to special care and assistance.” Although a convention not implemented by Parliament had no direct application within Canadian law, nevertheless the values reflected there serve as an aid in interpreting domestic law.

[10] As with the *Convention on the Rights of the Child*, Canada is also signatory to the *International Covenant on Civil and Political Rights*. Section 25 of IRPA is clearly the proper venue for taking that treaty into consideration.

[11] The current *Immigration and Refugee Protection Act* was enacted post-*Baker*. Paragraph 3(3)(f) provides the Act “is to be construed and applied in a manner

L’agente d’ERAR a estimé qu’elle n’avait pas compétence pour trancher des questions de droit international et qu’une demande de dispense d’application des conditions d’obtention d’un visa de résident permanent n’était pas le recours qui convenait pour régler des questions juridiques complexes. Toutefois, en se référant à *Baker*, elle semble estimer que la Cour pourrait prendre ces questions en considération lors du contrôle judiciaire et ensuite renvoyer l’affaire au ministre pour qu’il procède à un nouvel examen conformément aux motifs exposés.

[8] Cependant, dans l’arrêt *Baker*, la Cour a noté que le décideur était le ministre ou son délégué et que « [l]e ministre a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d’immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d’application des exigences habituelles » (paragraphe 59).

[9] À mon avis, l’agente d’ERAR n’a pas apprécié l’importance de l’arrêt *Baker*. Dans ses motifs, la juge L’Heureux-Dubé, qui parlait également au nom des juges Gonthier, McLachlin (maintenant juge en chef), Bastarache et Binnie, a traité du droit international aux paragraphes 69, 70 et 71. Elle a affirmé qu’un « indice de l’importance de tenir compte de l’intérêt des enfants dans une décision d’ordre humanitaire [était] la ratification par le Canada de la *Convention relative aux droits de l’enfant* », qui reflète la *Déclaration universelle des droits de l’homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AGNU, 10 décembre 1948], qui à son tour reconnaît que [article 25] « l’enfance [a] droit à une aide et à une assistance spéciales ». Bien qu’une convention non mise en œuvre par le Parlement n’avait pas d’application directe en droit canadien, les valeurs qui y étaient illustrées pouvaient néanmoins servir pour l’interprétation du droit interne.

[10] Comme pour la *Convention relative aux droits de l’enfant*, le Canada est également un pays signataire du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Il est évident que l’article 25 de la Loi peut donner lieu à la prise en compte de ce traité.

[11] La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* actuelle fut adoptée à la suite de l’arrêt *Baker*. L’alinéa 3(3)f) prévoit que « [l’]interprétation et la mise

that... complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.” This section was considered by the Federal Court of Appeal in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655, leave to appeal to the Supreme Court refused [[2006] S.C.C.A. No. 70 (QL)]. Speaking for the Court, Mr. Justice Evans held that that section does not give priority to international human rights instruments over inconsistent IRPA provisions. However, at paragraph 62 and following, he described the evolution of the common law and the expanding role given to international law in the interpretation of domestic law.

[12] What then are the ramifications of the recent decision of the Supreme Court in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, which dealt with the extraterritorial application of the Charter, in the immigration context? Mr. Justice LeBel followed the adoptionist approach to the reception of customary international law, by which [at paragraph 36] “[p]rohibitive rules of international custom [are] incorporated directly into domestic law through the common law, without the need for legislative action.”

[13] He said at paragraph 39:

Despite the Court’s silence in some recent cases, the doctrine of adoption has never been rejected in Canada. Indeed, there is a long line of cases in which the Court has either formally accepted it or at least applied it. In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law.

en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire ». Cet alinéa a été examiné par la Cour d’appel fédérale dans *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; l’autorisation d’appel à la Cour suprême a été refusée [[2006] S.C.C.A. n° 70 (QL)]. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Evans a conclu que cet alinéa ne donnait pas aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme priorité d’application sur les dispositions incompatibles de la LIPR. Cependant, aux paragraphes 62 et suivants, il décrit l’évolution de la common law et le rôle accru donné au droit international dans l’interprétation du droit interne.

[12] Quelles sont donc les incidences de l’arrêt récemment rendu par la Cour suprême dans l’affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, qui portait sur l’application extraterritoriale de la Charte dans le contexte de l’immigration? Le juge LeBel recourt à la méthode de l’adoption pour la réception du droit international coutumier, par laquelle [au paragraphe 36] « [l]es règles prohibitives du droit international coutumier [sont] incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n’ait à intervenir ».

[13] Il a affirmé ce qui suit au paragraphe 39 :

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine de l’adoption n’a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou, du moins, l’applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l’adoption s’applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L’incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l’exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n’est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law.

[14] He also referred to the reasons for judgment given by Lord Denning in *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.). Mr. Justice LeBel said at paragraph 36:

Lord Denning considered both the doctrine of adoption and the doctrine of transformation, according to which international law rules must be implemented by Parliament before they can be applied by domestic courts. In his opinion, the doctrine of adoption represents the correct approach in English law. Rules of international law are incorporated automatically, as they evolve, unless they conflict with legislation. He wrote, at p. 554:

It is certain that international law does change. I would use of international law the words which Galileo used of the earth: "But it does move." International law does change and the courts have applied the changes without the aid of any Act of Parliament

...Seeing that the rules of international law have changed—and do change—and that the courts have given effect to the changes without any Act of Parliament, it follows to my mind inexorably that the rules of international law, as existing from time to time, do form part of our English law. It follows, too, that a decision of this court—as to what was the ruling of international law 50 or 60 years ago—is not binding on this court today. International law knows no rule of stare decisis. If this court today is satisfied that the rule of international law on a subject has changed from what it was 50 or 60 years ago, it can give effect to that change—and apply the change in our English law—without waiting for the House of Lords to do it.

[15] Must *Baker* be reassessed in the light of *Hape*? Should family integration be reassessed, not withstanding that removal of one family member is nearly always accompanied by disruption and heartbreak? (*Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.)).

[16] As Mr. Justice LeBel noted, and as was held in *Baker*, not only is conformity with international law an interpretative principle of our domestic law, but our Courts have looked to international law to assist in interpreting our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[14] Il a également fait mention des motifs de jugement exposés par lord Denning dans *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.). Le juge LeBel affirme ce qui suit au paragraphe 36 :

Lord Denning y a examiné la doctrine de l'adoption et celle de la transformation, suivant laquelle le Parlement doit mettre en oeuvre une règle de droit international pour qu'un tribunal interne puisse l'appliquer. À son avis, la doctrine de l'adoption est celle qu'il convient d'appliquer en droit anglais. Les règles du droit international et leurs modifications sont automatiquement incorporées, à moins qu'elles n'entrent en conflit avec une loi. Je cite un extrait de ses motifs (p. 554):

[TRADUCTION] Il est certain que le droit international évolue. Tout comme la terre, selon l'expression employée par Galilée : « Et pourtant elle bouge ». Le droit international évolue et les tribunaux ont tenu compte de cette évolution sans que le Parlement n'ait à intervenir. . .

...Constatant que les règles du droit international ont changé — et continuent d'évoluer — et que les tribunaux ont donné effet à ces changements sans qu'une seule loi du Parlement n'ait dû être adoptée, il s'ensuit inexorablement, selon moi, que les règles du droit international applicables à un moment donné font partie de notre droit anglais. Il s'ensuit aussi qu'une décision de notre cour sur la règle de droit international applicable il y a 50 ou 60 ans ne lie plus notre cour aujourd'hui. Il n'y a pas de stare decisis en droit international. Si elle est aujourd'hui convaincue qu'une règle de droit international n'est plus la même qu'il y a 50 ou 60 ans, la cour peut prendre acte de la nouvelle règle — et l'incorporer au droit anglais — sans attendre que la Chambre des lords ne le fasse.

[15] L'arrêt *Baker* doit-il être réévalué en fonction de l'arrêt *Hape*? L'intégrité familiale devrait-elle être réévaluée même si l'expulsion d'un membre de la famille provoque presque toujours une rupture et un déchirement? (*Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 403 (1^{re} inst.) (QL)).

[16] Comme le juge LeBel l'a mentionné, et comme il ressort de l'arrêt *Baker*, non seulement la conformité au droit international est un principe d'interprétation de notre droit interne, mais encore nos tribunaux se sont appuyés sur le droit international pour interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[17] The Minister submits that a PRRA officer does not have jurisdiction to decide complex issues of law. He relies upon *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 169 where the Federal Court of Appeal said at paragraph 56:

This Court recognizes that PRRA officers make extremely important decisions, and for a significant number of people a PRRA assessment may be the final assessment of risk that they receive before being deported. However, based on the above considerations, and on the fact that the IRPA explicitly confers jurisdiction on its other decision makers to consider questions of law and constitutional issues, I agree with the applications Judge, and with Russell J. in *Singh*, that a PRRA officer does not have implied jurisdiction to consider questions of law, in particular, the implied jurisdiction to declare inoperative subsections of the IRPA when their operation would result in the violation of a person's rights under the Charter.

[18] That case is clearly distinguishable. The officer in this case was not carrying out a pre-removal risk assessment. She was exercising the Minister's discretion pursuant to section 25 of IRPA. As per *Baker*, the Minister had the obligation to consider questions of law and constitutional issues. So did she.

[19] To summarize, the officer mischaracterized the issue. The question which she should have asked herself was whether Mr. Okoloubu's removal would violate Canadian law, which law, if possible, is to be interpreted in a manner consistent with international law. Following *Hape*, a further question must be asked. Since the preamble of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, which entered into force in March 1976, speaks of "considering," "recognizing," and "realizing" so that the States Parties to the Convention "agree" on certain principles, are those principles prohibitive rules of customary international law which have been incorporated into domestic law, without the benefit of legislation?

[20] As discussed during the hearing, the ramifications of *Hape* should be thought through and at

[17] Le ministre soutient qu'un agent d'ERAR n'a pas compétence pour trancher des questions de droit complexes. Il s'est fondé sur l'arrêt *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 169 dans lequel la Cour d'appel fédérale affirme ce qui suit, au paragraphe 56 :

La Cour reconnaît que les agents d'ERAR rendent des décisions extrêmement importantes et que, pour un nombre appréciable de gens, l'évaluation qui est faite à l'étape de l'ERAR est susceptible de constituer le dernier examen des risques dont ils peuvent faire l'objet avant leur expulsion. Toutefois, compte tenu des considérations susmentionnées et du fait que la LIPR confère expressément à d'autres organes décisionnels le pouvoir d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles, je suis d'accord avec le juge de première instance et avec le juge Russell (voir le jugement *Singh*) pour dire qu'un agent d'ERAR n'a pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit et qu'il n'a notamment pas la compétence implicite pour déclarer inopérants des paragraphes de la LIPR dont l'application entraînerait une violation des droits garantis à une personne en vertu de la Charte.

[18] Cette affaire est nettement différente de l'espèce. Ici, l'agente ne procédait pas à un examen des risques avant renvoi. Elle exerçait le pouvoir discrétionnaire du ministre au titre de l'article 25 de la Loi. Comme dans l'arrêt *Baker*, le ministre était obligé d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles. Il en allait de même pour l'agente.

[19] Pour résumer, l'agente a mal caractérisé la question. Elle aurait dû se demander si le fait de renvoyer M. Okoloubu serait contraire au droit canadien, ce droit devant si possible être interprété conformément au droit international. Vu l'affaire *Hape*, une autre question se pose. Étant donné que dans le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui est entré en vigueur en mars 1976, on emploie les termes « considérant », « reconnaissant » et « prenant en considération le fait » pour indiquer que les États parties « conviennent » de certains principes, ces principes sont-ils alors des règles prohibitives du droit international coutumier qui ont été incorporées directement au droit interne, sans qu'il y ait eu intervention législative?

[20] Tel que discuté à l'audience, les incidences de l'arrêt *Hape* devraient être examinées avec soin par une

a higher level. The Minister has until October 27, 2007 to submit a question or questions of general importance which would support an appeal to the Federal Court of Appeal. The applicant shall have seven days to respond. Thereafter, an order shall issue. Nothing said herein shall be taken as an endorsement or rejection of the other parts of the decision. The referral back for redetermination shall be on a full *de novo* basis and shall include an update of Mr. Okoloubu's wife's health and financial issues.

instance supérieure. Le ministre a jusqu'au 27 octobre 2007 pour soumettre une question ou des questions de portée générale qui serviraient de fondement à un appel devant la Cour d'appel fédérale. Le demandeur aura sept jours pour y répondre. Par la suite, une ordonnance sera émise. Aucune des remarques qui sont faites dans la présente ordonnance ne doit être considérée comme une acceptation ou un rejet des autres parties de la décision. L'affaire sera renvoyée pour un tout nouvel examen sur la base *de novo*, qui fera le point sur l'état de santé de l'épouse de M. Okoloubu et sur sa situation financière.

ORDER

UPON THIS COURT'S REASONS issued October 17, 2007;

AND UPON the written submissions of the parties regarding the submission of a serious question for certification;

THIS COURT ORDERS that:

1. The application for judicial review is granted.
2. The matter is referred back to another immigration officer for a *de novo* redetermination in accordance with the reasons provided.
3. For the purposes of section 74 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the following serious question of general importance is certified and stated:

Does an immigration officer in charge of assessing an application under section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (for an exemption from the obligation to present an application for an immigrant visa from outside Canada) have jurisdiction to consider whether an applicant's removal would breach the *International Covenant on Civil and Political Rights*, more specifically Articles 17, 23 and 24?

ORDONNANCE

VU LES MOTIFS DE LA COUR rendus le 17 octobre 2007;

ET VU les observations écrites des parties concernant la présentation d'une question grave à certifier;

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. L'affaire est renvoyée à un autre agent d'immigration pour qu'il effectue un nouvel examen sur la base *de novo* conformément aux motifs exposés.
3. Aux fins de l'article 74 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la question grave de portée générale qui suit est certifiée et énoncée :

Est-ce qu'un agent d'immigration chargé de l'évaluation d'une demande présentée en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (pour une exemption de l'obligation de présenter une demande de visa d'immigrant de l'extérieur du Canada) a compétence pour décider si le renvoi d'un demandeur contrevient au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, plus particulièrement à ses articles 17, 23 et 24?

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of decision by Minister of National Revenue to issue Requests for Informations (RFIs) under *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 289(1)—In response to request from Canada Customs and Revenue Agency (CRA) applicants supplying certain information, but redacting tax lawyer Nesathurai's client information—Nesathurai, previously involved in *Canada (Minister of Revenue—M.N.R.) v. Welton Parent Inc.*, 2006 FC 67 wherein court finding information sought in respect of lawyers' clients covered by solicitor-client privilege—On main issue of solicitor-client privilege, principle of issue estoppel applicable—Only difference in information sought source, not contents—In event of doubt, Court should protect privilege—Information outstanding subject to solicitor-client privilege—Application allowed.

NESATHURAI V. M.N.R. (T-699-06, 2008 FC 177, Phelan J., judgment dated 12/2/08, 10 pp.)

Judicial review of Minister of Justice's refusal to release certain documents on basis of solicitor-client privilege—Exempt material consisting of communications between Department of Justice and National Capital Commission (NCC) lawyers during drafting and examination of regulations under *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 (SIA), s. 3(2) and between Justice and Clerk of the Privy Council lawyers in connection with examination of draft regulations—Solicitor-client privilege existing between Clerk, Justice lawyers when latter provided advice about whether regulations complied with SIA, and between NCC, Justice lawyers when latter advised NCC about compliance with SIA in context of drafting of regulations, but not between NCC and Clerk—Application dismissed.

QUINN V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-323-07, 2008 FC 376, Simpson J., judgment dated 25/3/08, 13 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Grounds of review

Judicial review of decision by Registrar of Lobbyists respondent Barry Campbell did not breach Lobbyists' Code of Conduct, Rule 8—Respondent organizing benefit dinner for re-election campaign for Secretary of State (International Financial Institutions) while registered to lobby Finance Ministry for financial institutions—Decision of Registrar neither biased nor unreasonable—Registrar assessing evidence about respondent's fundraising, finding not sufficient indicia of improper influence to support reasonable grounds of belief respondent's actions breached Rule 8—Application dismissed—Costs to respondents.

DEMOCRACY WATCH V. CAMPBELL (T-1942-06, 2008 FC 214, Frenette D.J., judgment dated 19/2/08, 21 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Refugees

Judicial review of decision by Canadian Border Services Agency (CBSA) officer applicant not qualifying for exemption under Canada-United States Safe Third Country Agreement (STCA)—Applicant relying on sister's refugee claim to ground request

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

for exemption—CBSA officer determining sister not qualifying as “anchor relative” because refugee claim rejected—In fact, sister’s appeal pending when matter came before Court, but subsequently dismissed—Whether sister’s claim must be finally rejected before claimant ineligible to rely on existence of claim in support of plea for exemption—Interpretation of “rejected” in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 159.5(c)(iii)—Not contemplating finality of all appeal processes—Term “rejected” should be given consistent meaning—Not meaning “finally rejected”—Sister no longer anchor relative once claim rejected—Application dismissed—Questions certified.

BARON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4534-06, 2008 FC 245, Phelan J., judgment dated 25/2/08, 9 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of decision by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board applicant neither Convention refugee nor person otherwise in need of protection of Canada—Applicant citizen of Iraq—Claiming protection from removal to Iraq based on nationality, religion, political opinion—Also claiming fear of removal to Australia because of abusive husband—RPD determining applicant resident of Australia, excluded under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can T.S. No. 6, Art. 1E—Effective date for determination of applicability of Art. 1E exclusion critical—If no right of return to Australia on date of RPD hearing or decision, effect of decision that applicant left with only right of return to Iraq, country against which claimed protection—Such claim never examined—RPD conducting flawed, incomplete analysis—Application allowed.

BINYAMIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2018-07, 2008 FC 263, Gibson J., order dated 28/2/08, 12 pp.)

Judicial review of dismissal by Refugee Protection Division (RPD) of application to vacate Convention refugee determination—Respondent misrepresenting dates of events on which based alleged fear of persecution—RPD making no distinction between requirements of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 109(1), (2); concluding Minister not satisfying requirements of s. 109(1), but sufficient untainted evidence under s. 109(2) to let decision stand—Application allowed—Decision must be made with respect to s. 109(1) before consideration given to s. 109(2)—Three elements in s. 109(1), including facts misrepresented or withheld must relate to relevant matter—New dates not relevant and cannot be considered—Also reasons provided not meeting duty of procedural fairness to provide written explanation for decision.

CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) V. GUNASINGAM (IMM-2283-07, 2008 FC 181, Harrington J., order dated 13/2/08, 9 pp.)

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant neither Convention refugee nor person in need of protection, excluded from protection under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b)—Applicant citizen of Sri Lanka—Pleaded guilty to drug charges in New York state, sentenced to 29 days in jail, five years’ probation—As accepted voluntary departure order one month after completing jail term, applicant not completing sentence (probation) in United States—Whether Art. 1F(b) inapplicable to persons serving sentence abroad before coming to Canada—*Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.) distinguished—Even if applicant deemed to have constructively served sentence, Board still correct to have excluded him under Art. 1F(b)—Application dismissed—Questions certified.

JAYASEKARA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1603-07, 2008 FC 238, Strayer D.J., judgment dated 21/2/08, 14 pp.)

ENERGY

Appeal under *National Energy Board Act* (NEB Act), R.S.C. 1985, c. N-7, s. 101 from Arbitration Committee’s dismissal of compensation claim under Part V of NEB Act for damages suffered from construction of natural gas processing plant, pipeline, related pipeline infrastructure by respondents—Respondents acquiring lands for Sable Offshore Energy Project within area

ENERGY—Concluded

covered by appellant's holding mineral exploration licence—Arbitration Committee appointed by Minister holding compensation claim beyond its jurisdiction to award damages under s. 97—Committee having authority, obligation to consider own jurisdiction—Under NEB Act, s. 90, “owner of lands” may serve notice of arbitration—Although “owner of lands” not defined, s. 85 stating “owner” used in ss. 86 to 107 meaning any person entitled to compensation under s. 75—“Lands” defined in NEB Act, s. 2—S. 87 notices served on appellant as holder of “mineral rights or claims on land” not as landowner—Appellant not “owner of lands” for purposes of negotiation, arbitration provisions of Act—Appeal dismissed.

HEARTLAND RESOURCES INC. v. SABLE OFFSHORE ENERGY INC. (T-955-05, 2007 FC 1044, Hansen J., judgment dated 10/10/07, 28 pp.)

INCOME TAX

Appeal from Tax Court of Canada judgment (2007 TCC 303) holding *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160 not engaged since consideration flowing from respondent to friend—Respondent's friend personally owing \$80,000 in taxes, potentially liable for over \$700,000—Respondent opening bank account in her name but account only used by friend—Respondent assessed for total amount of money deposited into account—Under s. 160(1), transferee of property liable to extent fair market value of consideration given for property falling short of fair market value thereof—S. 160 not applicable where fair market value given to transferor at time of transfer—No consideration herein as transaction between respondent, friend leaving respondent without anything equivalent to property transferred that could be collected—No legal forbearance (refraining from enforcing right) as no contract, merely moral obligation—Appeal allowed.

LIVINGSTON v. CANADA (A-213-07, 2008 FCA 89, Sexton J.A., judgment dated 7/3/08, 14 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal from Canadian Transportation Agency's decision, relying on *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 150(3)(b), decreasing revenue attributable to demurrage, thus increasing CN's Western Grain Revenues—Agency authorized to review level of charges or manner of imposing them to determine if any part of revenues arising from charges cannot reasonably be characterized as demurrage—Cannot interfere with CN's calculation of revenues related to demurrage unless finds charges levied as demurrage not aimed at promoting efficient release of cars or that charges otherwise outside accepted meaning of demurrage—To justify intervention Agency had to find charge not demurrage—Fell short of so finding, since evidence showed all elements of demurrage present—Agency exceeded mandate in disregarding revenues within four corners of accepted definition of demurrage based on assessment of effectiveness of charges.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (A-220-07, 2008 FCA 123, Noël J.A., judgment dated 3/4/09, 19 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national de présenter des demandes de renseignements en application de l'art. 289(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15—En réponse à la demande de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC), les demandeurs ont fourni certains renseignements, mais ont expurgé l'information sur les clients de Nesathurai, un avocat-fiscaliste—Auparavant, Nesathurai avait été en cause dans l'affaire *Canada (Ministre du Revenu—M.R.N.) c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67, où la Cour a statué que les renseignements demandés à l'égard des clients des avocats étaient visés par le secret professionnel de l'avocat—Le principe de l'irrecevabilité fondée sur la même question en litige s'appliquait à la question principale du secret professionnel de l'avocat—La seule différence avait trait à la source des renseignements plutôt qu'à leur contenu—En cas de doute, la Cour devrait protéger le secret professionnel—L'information en suspens était assujettie au secret professionnel de l'avocat—Demande accueillie.

NESATHURAI C. M.R.N. (T-699-06, 2008 CF 177, juge Phelan, jugement en date du 12-2-08, 10 p.)

Contrôle judiciaire du refus du ministre de la Justice de communiquer certains documents au motif qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat—Les documents visés par l'exception étaient des communications entre les avocats du ministère de la Justice et ceux de la Commission de la capitale nationale (CCN) pendant la rédaction et l'examen du règlement pris en application de l'art. 3(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22 (LTR), et entre les avocats du ministère de la Justice et ceux du greffier du Conseil privé relativement à l'examen du projet de règlement—Le secret professionnel de l'avocat existe entre les avocats du greffier et ceux du ministère de la Justice lorsque ces derniers ont transmis des conseils quant à la question de savoir si le règlement était conforme à la LTR et entre les avocats de la CCN et ceux du ministère de la Justice lorsque ces derniers ont conseillé la CCN relativement à l'observation de la LTR dans le cadre de la rédaction du règlement, mais pas entre la CCN et le greffier—Demande rejetée.

QUINN C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-323-07, 2008 CF 376, juge Simpson, jugement en date du 25-3-08, 13 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a déclaré que le demandeur n'était pas admissible aux exceptions prévues dans l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis—Le demandeur a invoqué la demande d'asile de sa sœur à l'appui de sa demande d'exception—L'agent de l'ASFC a conclu que la sœur n'était pas admissible à titre de « parent » parce que sa demande d'asile a été rejetée—En fait, l'appel de la sœur était en instance lorsque la Cour a été saisie de l'affaire, mais il a été rejeté par la suite—Il s'agissait de savoir si la demande de la sœur devait avoir été rejetée de façon définitive pour que le demandeur devienne inadmissible à invoquer l'existence de cette demande à l'appui de sa demande d'exception—Interprétation du terme « rejetée » paraissant à l'art. 159.5c(iii) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Cette disposition ne vise pas le caractère définitif de toutes les procédures d'appel—Le terme « rejetée » doit être interprété de manière uniforme—Il ne signifie pas « rejetée de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

façon définitive »—La sœur a cessé d'être un parent lorsque sa demande a été rejetée—Demande rejetée—Questions certifiées.

BARON C CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4534-06, 2008 CF 245, juge Phelan, jugement en date du 25-2-08, 9 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugiée au sens de la Convention ni de personne à protéger—La demanderesse est une citoyenne de l'Iraq—Elle a demandé de ne pas être renvoyée en Iraq du fait de son nationalité, de sa religion et de ses opinions politiques—Elle prétendait aussi craindre d'être renvoyée en Australie en raison de son conjoint violent—La SPR a conclu que la demanderesse est une résidente de l'Australie et qu'elle est exclue en vertu de l'art. 1E de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6—La date de la détermination de l'applicabilité de l'exclusion prévue à l'art. 1E est cruciale—S'il n'existait aucun droit de retourner en Australie à la date de l'audience devant la SPR ou du prononcé de sa décision la décision faisait en sorte que la demanderesse ne disposait que du droit de retourner en Iraq, le pays contre lequel elle demandait d'être protégée—Cette demande n'a jamais été examinée—La SPR s'est livrée à une analyse viciée et incomplète—Demande accueillie.

BINYAMIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2018-07, 2008 CF 263, juge Gibson, ordonnance en date du 28-2-08, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté la demande d'annulation du statut de réfugié au sens de la Convention—Le défendeur a fait des présentations erronées sur les dates des événements sur lesquels reposait sa crainte alléguée de persécution—La SPR n'a fait aucune distinction entre les exigences énoncées aux art. 109(1) et (2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27 et a conclu que le ministre ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 109(1), mais qu'il y avait assez d'éléments de preuve non viciés fondés sur l'art. 109(2) pour maintenir la décision—Demande accueillie—Il faut tenir compte de l'art. 109(1) avant d'envisager l'art. 109(2)—L'art. 109(1) prévoit trois éléments et précise notamment que les présentations erronées sur des faits ou que les réticences sur ces faits doivent avoir trait à l'objet pertinent—Les nouvelles dates ne sont pas pertinentes et elles ne peuvent pas être prises en considération—De même, les motifs rendus ne respectaient pas l'obligation d'équité procédurale de motiver la décision par écrit.

CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) C. GUNASINGAM (IMM-2283-07, 2008 CF 181, juge Harrington, ordonnance en date du 13-2-08, 9 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur n'avait la qualité ni de réfugié au sens de la Convention ni de personne à protéger et qu'il était exclu par l'art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6—Le demandeur est un citoyen du Sri Lanka—Il a plaidé coupable à des accusations de drogue dans l'État de New York et il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 29 jours et à cinq ans de probation—Comme il a accepté une mesure de départ volontaire un mois après avoir purgé sa peine d'emprisonnement, le demandeur n'a pas purgé la totalité de sa peine (probation) aux États-Unis—Il s'agissait de décider si l'art. 1Fb) est inapplicable aux personnes qui purgent une peine à l'étranger avant de venir au Canada—L'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.) a été différencié—Même si le demandeur était réputé avoir purgé sa peine implicitement, la Commission avait néanmoins raison de l'exclure en vertu de l'art. 1Fb)—Demande rejetée—Questions certifiées.

JAYASEKARA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1603-07, 2008 CF 238, juge suppléant Strayer, jugement en date du 21-2-08, 14 p.)

DROIT ADMINISTRATIF

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Motifs

Contrôle judiciaire de la décision du directeur des lobbyistes portant que le défendeur Barry Campbell n'a pas enfreint la règle 8 du Code de déontologie des lobbyistes—Le défendeur a organisé un souper-bénéfice dans le cadre de la campagne de réélection du secrétaire d'État (Institutions financières internationales) alors qu'il était enregistré comme lobbyiste auprès du ministère des Finances pour diverses institutions financières—La décision du directeur n'était ni partielle ni déraisonnable—Le directeur a pondéré la preuve relative à la cueillette de fonds du défendeur et n'a pas trouvé assez de facteurs d'influence répréhensible pour établir l'existence de motifs raisonnables de croire que les gestes du défendeur ont enfreint la règle 8—Demande rejetée—Dépens en faveur des défendeurs.

DEMOCRACY WATCH C. CAMPBELL (T-1942-06, 2008 CF 214, juge suppléant Frenette, jugement en date du 19-2-08, 21 p.)

ÉNERGIE

Appel interjeté en application de l'art. 101 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la Loi sur l'ONÉ), L.R.C. (1985), ch. N-7, de la décision par laquelle le comité d'arbitrage a rejeté la demande d'indemnisation présentée en vertu de la partie V de la Loi sur l'ONÉ au titre de dommages subis par suite de la construction, par les intimées, d'une installation de traitement du gaz naturel et de l'infrastructure pipelinière connexe—Les intimées ont acquis des terrains pour le Projet énergétique extracôtier Sable dans la région visée par le permis d'exploration minière de l'appelante—Le comité d'arbitrage nommé par le ministre a conclu que la demande d'indemnisation outrepassait sa compétence d'allouer des dommages en vertu de l'art. 97—Le comité a l'autorité et l'obligation de prendre en considération sa propre compétence—Suivant l'art. 90 de la Loi sur l'ONÉ, le « propriétaire de terrains » peut signifier un avis d'arbitrage—Bien que l'expression « propriétaire de terrains » ne soit pas définie, l'art. 85 précise que pour l'application des art. 86 à 107, « propriétaire » désigne tout personne qui a droit à une indemnité aux termes de l'art. 75—Le terme « terrains » est défini à l'art. 2 de la Loi sur l'ONÉ—L'avis prévu à l'art. 87 a été signifié à l'appelante en sa qualité de titulaire de droits miniers ou de concessions, pas à titre de propriétaire de terrains—L'appelante n'était pas le « propriétaire de terrains » pour l'application des dispositions de la Loi sur la négociation et l'arbitrage—Appel rejeté.

HEARTLAND RESOURCES INC. C. SABLE OFFSHORE ENERGY INC. (T-955-05, 2007 CF 1044, juge Hansen, jugement en date du 10-10-07, 28 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2007 CCI 303) portant que l'art. 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, ne trouve pas application parce que l'intimée avait donné une contrepartie à son amie—L'amie de l'intimée devait personnellement 80 000 \$ en taxes et était potentiellement redevable de plus de 700 000 \$—L'intimée a ouvert un compte bancaire en son nom, mais seule son amie se servait du compte—L'intimée a été imposée à l'égard de la somme totale déposée dans le compte—En vertu de l'art. 160(1), le bénéficiaire du transfert du bien est redevable dans la mesure où la juste valeur marchande de la contrepartie versée en échange du bien est inférieure à la juste valeur marchande de celui-ci—L'art. 160 est inapplicable lorsque la juste valeur marchande est remise à l'auteur du transfert au moment du transfert—Aucune contrepartie n'a été versée en l'espèce puisque la transaction entre l'intimée et son amie était telle que l'intimée ne détenait rien qui correspondait au bien transféré qui aurait pu être recouvré—Aucune abstention légale (non-exercice d'un droit) puisqu'il n'y avait pas de contrat, seulement une obligation morale—Appel accueilli.

LIVINGSTON C. CANADA (A-213-07, 2008 CAF 89, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 7-3-08, 14 p.)

TRANSPORTS

Appel de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada a réduit, en invoquant l'art. 150(3)b) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, le revenu attribuable aux droits de stationnement, haussant ainsi les revenus du CN générés par le transport du grain de l'Ouest—L'Office est habilité à évaluer le niveau des droits ou leur mode d'imposition pour établir si une tranche des revenus tirés des droits ne peut pas être raisonnablement caractérisée comme des droits de stationnement—L'Office ne peut s'interposer dans le mode de calcul des droits de stationnement du CN que s'il conclut que les droits imposés au titre du stationnement n'ont pas pour objet de favoriser la remise en circulation efficace des wagons ou que les droits excèdent le sens reconnu des droits de stationnement—Pour justifier son intervention, l'Office devait conclure qu'il ne s'agissait pas de droits de stationnement—Il n'a pas réussi à le faire parce que la preuve démontrait que tous les éléments des droits de stationnement étaient réunis—L'Office a outrepassé son mandat en ne tenant pas compte des revenus qui tombaient sous le coup du sens reconnu des droits de stationnement en fonction d'une évaluation de l'efficacité des droits.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-220-07, 2008 CAF 123, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 3-4-08, 19 p.)