

T-888-10
2013 FC 1112

T-888-10
2013 CF 1112

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (*Applicant*)

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General of Canada (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le procureur général du Canada (*défenderesse*)

and

et

Vale Inco Ltd., Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia (*Intervenors*)

Vale Inco Ltd., Association minière du Canada et Mining Association of British Columbia (*intervenantes*)

INDEXED AS: SANDY POND ALLIANCE TO PROTECT CANADIAN WATERS INC. v. CANADA

RÉPERTORIÉ : SANDY POND ALLIANCE TO PROTECT CANADIAN WATERS INC. c. CANADA

Federal Court, Heneghan J.—St. John’s, Newfoundland and Labrador, February 27, 28; Maniwaki, Quebec, October 31, 2013.

Cour fédérale, juge Heneghan—St. John’s (Terre-Neuve-et-Labrador), 27 et 28 février; Maniwaki (Québec), 31 octobre 2013.

Fisheries — Judicial review seeking declaration regulatory scheme set out in Metal Mining Effluent Regulations (2002 Regulations), ss. 5, 27.1, Sch. 2 as am. by Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations (2006 Regulations), ultra vires authority of Governor in Council to make regulations pursuant to Fisheries Act — Applicant submitting 2006 amendments to Regulations, as illustrated by ss. 5, 27.1, eliminating requirement to treat effluent prior to discharge into water bodies, now allowing discharge of effluent without prior treatment, thereby creating potential for destruction of fish, fish habitat, other life-forms contrary to conservation purposes anticipated by Act — Whether 2006 amendments to Regulations authorized by statute — Conservation not paramount purpose of Act — Many interests engaged in management of fisheries, including industrial interests — Impugned Regulations enacted pursuant Act, s. 36(5), allowing use of Sandy Pond as depository of residue — Such use not illegal but expressly authorized by Act, s. 36(5) — Application dismissed.

Pêches — Contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux art. 5 et 27.1 et à l’annexe 2 du Règlement sur les effluents des mines de métaux (le « Règlement de 2002 ») modifié par le Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux (le « Règlement de 2006 ») excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la Loi sur les pêches — La demanderesse soutient que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’art. 5 et l’art. 27.1, ont éliminé l’exigence du traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d’eau et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie, un mécanisme contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi — Il s’agissait de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 sont autorisées par la Loi — La conservation n’est pas l’objet primordial de la Loi — De nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels — Le Règlement contesté, adopté en vertu de l’art. 36(5) de la Loi, a pour effet de permettre l’utilisation de l’étang Sandy en tant que dépôt de résidus — Cette utilisation n’est pas illégale, mais est expressément autorisée par l’art. 36(5) de la Loi — Demande rejetée.

This was an application for judicial review seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations* (the “2002 Regulations”), as amended by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations* (the “2006 Regulations”), are *ultra vires* the authority of the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*.

The applicant is a not-for-profit corporation created and existing under the laws of Newfoundland and Labrador whose aims and objectives include, *inter alia*, the protection and conservation of Canadian waters and their ecosystems. The intervener Vale Inco Ltd. is a Canadian company with extensive and significant mining operations throughout Canada. It has a wholly owned subsidiary operating a plant at Long Harbour, Placentia Bay, Newfoundland and Labrador. These operations involve a nickel processing plant (the project) that will generate residue known as “tailings” requiring a tailings impoundment area (TIA).

The applicant submitted that the 2006 amendments to the Regulations, as illustrated by section 5 and section 27.1, eliminated the requirement to treat effluent prior to its discharge into water bodies, and now allows the discharge of effluent without prior treatment, thereby creating the potential for the destruction of fish, fish habitat and other life-forms contrary to the conservation purposes anticipated by the Act.

At issue was whether the 2006 amendments to the Regulations were authorized by statute.

Held, the application should be dismissed.

The applicant was mistaken in asserting that conservation is the paramount purpose of the Act. The Act does not include a “purpose” section. Also, the Supreme Court has recognized, in *Ward v. Canada (Attorney General)*, that many interests are engaged in the management of the fisheries, including industrial interests.

In considering the *vires* of the Regulations at issue herein, it was necessary, pursuant to *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*: (1) to identify the scope and purpose of the statutory authority pursuant to which the impugned order was made; and (2) to ask whether the grant of statutory authority permits this particular delegated legislation.

(1) The Act contains many provisions that authorize the enactment of regulations, including subsection 36(5) pertaining to regulations for authorizing certain deposits. To determine the scope and operation of the statutory authority

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l’annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2002 »), modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux* (le « Règlement de 2006 ») excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*.

La demanderesse est une société sans but lucratif créée et régie par les lois de Terre-Neuve-et-Labrador, dont les buts et objectifs comprennent entre autres la protection et la conservation des eaux canadiennes et leurs écosystèmes. L’intervenante, Vale Inco Ltd., est une société canadienne exerçant des activités minières importantes sur l’ensemble du territoire canadien. Elle détient une filiale en propriété exclusive qui exploite une usine à Long Harbour, sur la baie Placentia, à Terre-Neuve-et-Labrador. Cette exploitation comprend une usine de traitement du nickel (le projet), qui produira des « résidus miniers » et exigera un dépôt de résidus miniers (DRM).

La demanderesse a fait valoir que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’article 5 et l’article 27.1, ont éliminé l’exigence du traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d’eau et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie, ce mécanisme étant contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi.

La question en l’espèce était de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 étaient autorisées par la loi.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demanderesse s’est trompée lorsqu’elle a affirmé que la conservation est l’objet primordial de la Loi. La Loi ne contient pas d’article « objet ». Dans l’arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)* la Cour suprême du Canada a reconnu que de nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels.

Pour analyser la validité du Règlement en cause en l’espèce, il était nécessaire, en vertu de l’arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)* : 1) d’identifier la portée et l’objet du pouvoir conféré par la loi en vertu duquel le décret contesté a été publié; et 2) de déterminer si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière.

1) La Loi contient de nombreuses dispositions qui autorisent l’adoption de règlements, y compris le paragraphe 36(5), qui a trait aux règlements permettant l’immersion. Pour déterminer la portée et l’application du pouvoir prévu au

given by subsection 36(5), it is necessary to read that provision in conjunction with subsection 36(3) (prohibiting the deposit of deleterious substances) and paragraph 36(4)(b) (authorizing certain deposits by regulation) of the Act. The challenged Regulations in this case were enacted pursuant to subsection 36(5) and allow the use of Sandy Pond as a depository of residue. The use of Sandy Pond in this manner is not illegal but expressly authorized by the above-referenced provisions of the Act, which are sufficiently broad to authorize the enactment of the 2006 Regulations.

(2) Section 5 of the 2002 Regulations, as amended by section 2 of the 2006 Regulations, authorizes the deposit of deleterious materials into a TIA. This conduct is specifically authorized by paragraphs 36(5)(a) to (d) of the Act. Section 27.1 of the 2002 Regulations, as amended by section 14 of the 2006 Regulations, requires that a mine owner or operator submit a compensation plan for approval by the Minister prior to the deposit of deleterious substances. Such a compensation plan was developed in the case at bar. The compensation plan scheme is authorized by paragraph 36(5)(e) of the Act. Schedule 2 sets out a list of TIAs authorized under the Regulations. The validity of this Schedule depended on the validity of section 5 of the 2002 Regulations (as amended). Given that section 5 was found to be valid, so to was Schedule 2. In any event, paragraph 36(5)(b) of the Act clearly authorizes the creation of TIAs.

In conclusion, the fact that regulations enacted pursuant to the Act may have negative environmental consequences does not, *per se*, render those regulations invalid. The provisions of the 2006 Regulations challenged herein were lawfully enacted by the Governor in Council pursuant to the authority conferred by subsection 36(5) of the Act.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the Fisheries Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 2, 6.
An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures, S.C. 2012, c. 19.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37 (repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66).
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], s. 91(12).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 34(2), 35(2), 36(3), (4)(b), (5), 38(9).
Fisheries Act, The, S.C. 1868, c. 60.

paragraphe 36(5), cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 36(3) (Dépôt de substances nocives prohibé) et l'alinéa 36(4)(b) (Immersion permise par règlement) de la Loi. Le Règlement contesté en l'espèce a été adopté en vertu du paragraphe 36(5) et permet l'utilisation de l'étang Sandy en tant que dépôt de résidus. L'utilisation de l'étang Sandy de cette manière n'est pas illégale; elle est expressément autorisée par les dispositions précitées de la Loi, lesquelles ont une portée suffisamment large pour autoriser l'adoption du Règlement de 2006.

2) L'article 5 du Règlement de 2002 modifié par l'article 2 du Règlement de 2006 autorise le rejet de substances nocives dans un DRM. Ce comportement est expressément autorisé par les alinéas 36(5)(a) à (d) de la Loi. L'article 27.1 du Règlement de 2002 modifié par l'article 14 du Règlement de 2006 exige que le propriétaire ou l'exploitant d'une mine soumette un plan de compensation à l'approbation du ministre avant de procéder au rejet de substances nocives. Un tel plan de compensation a été élaboré en l'espèce. Le mécanisme du plan de compensation est autorisé par l'alinéa 36(5)(e) de la Loi. L'annexe 2 énumère la liste des DRM autorisées en vertu du Règlement. La validité de l'annexe 2 dépendait de la validité de l'article 5 du Règlement de 2002 (modifié). Étant donné que l'article 5 a été jugé valide, il en allait de même pour l'article 2. En tout état de cause, l'alinéa 36(5)(b) de la Loi autorise clairement la création de DRM.

En conclusion, le fait que les règlements adoptés en vertu de la Loi peuvent avoir des répercussions négatives sur l'environnement n'est pas, en soi, un motif d'invalidité. Les dispositions du Règlement de 2006 contestées en l'espèce ont été légalement adoptées par le gouverneur en conseil en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 36(5) de la Loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37 (abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66).
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(12).
Loi modifiant la Loi sur les pêches, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 35, art. 2, 6.
Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures, L.C. 2012, ch. 19.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 34(2), 35(2), 36 (3), (4)(b), (5), 38(9).

Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2002-222, Preamble, ss. 5, 27.1, Sch. 2.
Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2006-239, Preamble, ss. 2, 14.
Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations, SOR/2009-156.

CASES CITED

APPLIED:

Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd. (1995), 37 C.P.C. (3d) 119, 95 F.T.R. 43 (F.C.T.D.); *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374.

CONSIDERED:

David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans), 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 144, 350 N.R. 101; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193.

REFERRED TO:

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. v. Canada, 2011 FC 158, revd in part *Vale Canada Limited v. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 FCA 129, 418 N.R. 55; *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-222, *C. Gaz.* 2002.II.1444.

APPLICATION for judicial review seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent*

Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2006-239, préambule, art. 2, 14.
Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2009-156.
Règlement sur les effluents des mines de métaux, DORS/2002-222, préambule, art. 5, 27.1, ann. 2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd., [1995] A.C.F. n° 436 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans), 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12.

DÉCISIONS CITÉES :

Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. c. Canada, 2011 CF 158, inf. en partie par *Vale Canada Limited c. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 CAF 129; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2002-222, *Gaz. C.* 2002.II.1444.

DEMANDE de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l'annexe 2 du *Règlement*

Regulations, as amended in 2006 by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, are *ultra vires* the authority of the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*. Application dismissed.

sur les effluents des mines de métaux, modifié en 2006 par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Owen Myers for applicant.
Lori Rasmussen for respondent.
Douglas Hamilton and *Christopher A. Wayland* for intervenor Vale Inco Ltd.
James L. Thistle, QC, for intervenors Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia.

ONT COMPARU

Owen Myers pour la demanderesse.
Lori Rasmussen pour la défenderesse.
Douglas Hamilton et *Christopher A. Wayland* pour l'intervenante Vale Inco Ltd.
James L. Thistle, c.r., pour les intervenantes Association minière canadienne et Mining Association of British Columbia.

SOLICITORS OF RECORD

Owen Myers Law, St. John's, Newfoundland and Labrador, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for intervenor Vale Inco Ltd.
McInnes Cooper, St. John's, Newfoundland and Labrador, for intervenors Mining Association of Canada and Mining Association of British Columbia.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Owen Myers Law, St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intervenante Vale Inco Ltd.
McInnes Cooper, St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador), pour les intervenantes Association minière du Canada et Mining Association of British Columbia.

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

HENEGHAN J.:

LA JUGE HENEGHAN :

I. INTRODUCTION

[1] Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (the applicant) commenced this application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules), seeking a declaration that the regulatory scheme set out in sections 5 and 27.1 and Schedule 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222 (the “2002 MMER” or the “2002 Regulations”), as amended by the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2006-239 (the “2006 MMER” or “2006 Regulations”) are *ultra vires* the regulation-making powers

I. INTRODUCTION

[1] Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. (la demanderesse) a introduit la présente demande de contrôle judiciaire conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Elle sollicite un jugement déclarant que le mécanisme de réglementation prévu aux articles 5 et 27.1 et à l'annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222 (le « REMM 2002 » ou le « Règlement de 2002 »), modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2006-239 (le « REMM 2006 » ou le

granted to the Governor in Council pursuant to the provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (the “Fisheries Act” or the “Act”).

[2] In its application for judicial review the applicant seeks the following relief:

3. The applicant makes application for: Declaratory Relief as follows:

(a) A declaration that the following sections of the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222 as amended are unlawful as being contrary to the *Fisheries Act* [R.S., c. F-14, s. 1] and *ultra vires* the authority granted to the Governor in Council pursuant to the *Fisheries Act* and subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, and are hereby declared to be of no force and effect:

- i. SCHEDULE 2 of the *Metal Mining Effluent Regulations*
- ii. Section 5 of the *Metal Mining Effluent Regulations*
- iii. Section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations*

4. That in the alternative to (a) above, a declaration that the Governor in Council acted beyond its jurisdiction or without jurisdiction in issuing SOR/2006-239, October 3, 2006 and creating SCHEDULE 2, Section 5 and Section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations*.

II. THE PARTIES

(A) *The Applicant*

[3] The applicant is a not-for-profit corporation created and existing under the laws of Newfoundland and Labrador. It describes its aims and objectives:

- a. To protect and conserve Canadian waters and their ecosystems; and
- b. To take appropriate actions to assist the Alliance in fulfilling its purpose, including promoting and recommending laws and policies, and informing and engaging the public; and

« Règlement de 2006 »), excède le pouvoir réglementaire conféré au gouverneur en conseil par les dispositions de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la « *Loi sur les pêches* » ou la « *Loi* »).

[2] Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse sollicite les réparations suivantes :

[TRADUCTION]

3. La demanderesse demande comme réparation un jugement déclaratoire contenant ce qui suit :

a) une déclaration portant que les éléments suivants du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222, modifié, sont illégaux, car ils sont contraires à la *Loi sur les pêches* [LR, c F-14, article 1] et excèdent les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par la *Loi sur les pêches* et les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, et sont inopérants :

- i. l’ANNEXE 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;
- ii. l’article 5 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;
- iii. l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*;

4. Subsidiairement à l’alinéa a) ci-dessus, une déclaration portant que le gouverneur en conseil a outrepassé sa compétence ou a agi sans compétence en adoptant le DORS/2006-239 le 3 octobre 2006 et en créant l’annexe 2, l’article 5 et l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*.

II. LES PARTIES

A) *La demanderesse*

[3] La demanderesse est une société sans but lucratif créée et régie par les lois de Terre-Neuve-et-Labrador. Elle décrit ses buts et objectifs comme suit :

[TRADUCTION]

- a. protéger et préserver les eaux canadiennes et leurs écosystèmes;
- b. prendre les mesures appropriées pour aider l’Alliance à remplir sa mission, notamment promouvoir et recommander des lois et des politiques, et informer et mobiliser le public;

- c. To join and/or co-operate with other organizations or institutions with similar purposes.
- [4] The applicant is a public interest litigant.
- [5] Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General (the respondent) is the respondent.
- [6] Vale Inco Ltd. (Vale) is a Canadian company with extensive and significant mining operations throughout Canada. Vale Inco Newfoundland and Labrador Limited is a wholly owned subsidiary of Vale, operating a plant at Long Harbour, Placentia Bay, Newfoundland and Labrador. The Long Harbour operations involve a nickel processing plant (the project). That plant will generate residue known as “tailings” which will require a tailings impoundment area (TIA). Nineteen TIAs are described in Schedule 2 of the Regulations by their geographic coordinates.
- [7] The Mining Association of Canada (the MAC) is a national organization for the Canadian mining industry. It has existed since 1935 and was initially known as the “Canadian Metal Mining Association”. It represents most of the mining operations currently listed in Schedule 2 of the MMR.
- [8] The Mining Association of British Columbia (the MABC) was created in 1901 pursuant to an act of the province of British Columbia. It is the dominant voice of the mining industry in British Columbia. Its members are engaged in metal and coal mining in British Columbia and internationally.
- [9] Vale, the MAC and the MABC sought status in this proceeding as either interveners or respondents, pursuant to the Rules. By order issued on February 10, 2011, those three parties were granted status as interveners, upon certain terms and conditions: see *Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. v. Canada*, 2011 FC 158.
- c. s’associer à d’autres organismes ou institutions ayant des objectifs similaires ou collaborer avec ces organismes ou institutions.
- [4] La demanderesse est partie représentant l’intérêt public.
- [5] La défenderesse est Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le procureur général.
- [6] Vale Inco Ltd. (Vale) est une société canadienne exerçant des activités minières importantes sur l’ensemble du territoire canadien. Vale Inco Newfoundland and Labrador Limited est une filiale en propriété exclusive de Vale. Elle exploite une usine à Long Harbour, sur la baie Placentia, à Terre-Neuve-et-Labrador. L’exploitation de Long Harbour comprend une usine de traitement du nickel (le projet), qui produira des « résidus miniers » et exigera un dépôt de résidus miniers (DRM). L’annexe 2 du Règlement identifie 19 DRM par leurs coordonnées géographiques.
- [7] Créée en 1935, l’Association minière du Canada (l’AMC) est l’organisation nationale de l’industrie minière canadienne. Les membres qu’elle représente dirigent la plupart des exploitations minières actuellement inscrites à l’annexe 2 du REMM.
- [8] La Mining Association of British Columbia (la MABC) a été créée en 1901 conformément à une loi de la province de la Colombie-Britannique. Elle est la voix dominante de l’industrie minière en Colombie-Britannique. Ses membres exercent des activités minières dans les secteurs des métaux et du charbon, en Colombie-Britannique et à l’étranger.
- [9] Vale, l’AMC et la MABC ont demandé le statut d’intervenante ou de défenderesse dans la présente affaire, conformément aux Règles. Par ordonnance rendue le 10 février 2011, ces trois parties ont obtenu le statut d’intervenante, à certaines conditions : voir *Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc. c. Canada*, 2011 CF 158.

[10] By notice of appeal filed on February 18, 2011, the MAC and the MABC appealed against that order. By judgment dated April 9, 2011, the appeal was allowed in part, to afford the MAC and the MABC the right to file affidavits from two expert witnesses, in addition to the affidavits previously filed, and the right to participate in cross-examination of the deponents for the applicant and the respondent. The Federal Court of Appeal sustained the status of Vale, the MAC and the MABC as interveners: see *Vale Canada Limited v. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 FCA 129, 418 N.R. 55.

(B) *The Evidence*

[11] The evidence of the parties was entered by way of affidavit, the usual manner of submitting evidence in an application for judicial review.

[12] The applicant submitted the affidavit of Dr. John Gibson, a retired marine biologist and a former employee of the Department of Fisheries and Oceans Canada (DFO). This affidavit was sworn to on June 4, 2010.

[13] The applicant sought leave to file a further affidavit, sworn to on June 23, 2011, as a rebuttal to the affidavits filed by the other parties and in support of his affidavit dated June 4, 2011. By order of Prothonotary Aronovitch, dated November 11, 2011, leave to file the further affidavit was denied on the basis that the applicant had failed to meet the criteria applicable to the filing of supplementary evidence.

[14] In disposing of the applicant's motion to file a further affidavit of Dr. Gibson, Prothonotary Aronovitch remitted the issue of qualifying Dr. Gibson as an expert witness to the judge hearing the case on the merits. That issue will be addressed below.

[15] The respondent filed the affidavits of Mr. Marvin A. Barnes and Mr. Chris Doiron. Mr. Barnes is employed with DFO and at the time of swearing his affidavit, was the regional manager, Environmental Assessment and Major Projects; Ocean, Habitat and Species at Risk

[10] Par un avis d'appel déposé le 18 février 2011, l'AMC et la MABC ont interjeté appel de cette ordonnance. L'appel a été accueilli en partie dans un jugement, en date du 9 avril 2011, qui autorisait l'AMC et la MABC à déposer les affidavits de deux témoins experts, en plus des affidavits déposés antérieurement, et à contre-interroger les témoins de la demanderesse et de la défenderesse. La Cour d'appel fédérale a confirmé le statut d'intervenante de Vale, de l'AMC et de la MABC : voir *Vale Canada Limited c. Sandy Pond Alliance to Protect Canadian Waters Inc.*, 2011 CAF 129.

B) *La preuve*

[11] Les parties ont présenté leur preuve au moyen d'affidavits, comme il est habituel de le faire pour les demandes de contrôle judiciaire.

[12] La demanderesse a déposé l'affidavit de M. John Gibson, biologiste marin à la retraite et ancien employé du ministère des Pêches et des Océans Canada (MPO). Cet affidavit a été souscrit le 4 juin 2010.

[13] La demanderesse a demandé l'autorisation de déposer un autre affidavit, daté du 23 juin 2011, pour réfuter les affidavits déposés par les autres parties et à l'appui de son propre affidavit souscrit le 4 juin 2011. Par ordonnance de la protonotaire Aronovitch, en date du 11 novembre 2011, l'autorisation de déposer le nouvel affidavit a été refusée, au motif que la demanderesse n'avait pas satisfait aux critères applicables à la production d'une preuve supplémentaire.

[14] En statuant sur la requête de la demanderesse en vue de déposer un nouvel affidavit de M. Gibson, la protonotaire Aronovitch a renvoyé la question de la qualification de M. Gibson à titre de témoin expert au juge saisi de l'affaire sur le fond. Cette question sera traitée ci-après.

[15] La défenderesse a déposé les affidavits de MM. Marvin A. Barnes et Chris Doiron. M. Barnes est employé du MPO et, au moment où il a souscrit son affidavit, il était directeur régional, Évaluation environnementale et grands projets, Direction des océans, de

Branch. In that capacity he was involved with and responsible for environmental assessments of major development projects pursuant to the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (the CEAA), a statute that was repealed in 2012 [S.C. 2012, c. 19, s. 66]. The Project at Long Harbour, together with the designation of Sandy Pond as a TIA, was subject to review under the CEAA.

[16] Mr. Barnes described the steps that were taken from March 2006, when DFO received a Project description from the Canadian Environmental Assessment Agency (the Agency) until July 2008 when the Agency gave notice of its decision that the Project was unlikely to cause significant adverse environmental effects.

[17] These steps included a request from the Province of Newfoundland and Labrador to DFO for an opinion on the Project description; preparation of an Environmental Impact Statement (EIS) by Vale and its submission to DFO and Transport Canada (TC) by Vale; a request to amend the Regulations to include hydrometallurgical (hydromet) plants such as the proposed Project and the use of Sandy Pond as a residue management and storage site; the submission of the final Fish Habitat Compensation Strategy for Sandy Pond and notification from DFO that the strategy was acceptable pursuant to section 27.1 of the Regulations; and two public consultation sessions, one in Long Harbour, Newfoundland and Labrador and the second in Gatineau, Quebec.

[18] Mr. Chris Doiron is an employee of Her Majesty the Queen in Right of Canada as Chief of the Mining Section, Mining and Processing Division, at Environment Canada. He has held that position since May 2004. In that capacity he was engaged in the evaluation of the proposed waste disposal facility at Sandy Pond by the Voisey's Bay Nickel Company Limited, as part of the Project.

[19] In his affidavit, dated July 29, 2010, Mr. Doiron described the steps undertaken by the federal regulatory authorities between 2005 and 2008 leading up to the amendments by which Sandy Pond was added to

l'habitat et des espèces en péril. En cette qualité, il était responsable des évaluations environnementales des grands projets de développement au titre de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE), abrogée en 2012 [L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. Le projet de Long Harbour, ainsi que la désignation de l'étang Sandy en tant que DRM, était susceptible de contrôle par la Cour en vertu de la LCEE.

[16] M. Barnes a décrit les mesures prises entre mars 2006, moment où le MPO a reçu une description de projet de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'Agence), et juillet 2008, moment où l'Agence a communiqué sa conclusion que le projet avait peu de chances d'entraîner des répercussions environnementales négatives.

[17] Ces mesures comprenaient une demande de la province de Terre-Neuve-et-Labrador au MPO concernant un avis sur la description du projet; la préparation d'une étude d'impact environnemental (EIE) par Vale et la présentation de cette EIE au MPO et à Transports Canada (TC); une demande de modification du Règlement pour y inclure les usines hydrométallurgiques (l'hydrométallurgie), comme le projet proposé et l'utilisation de l'étang Sandy comme site de gestion et d'entreposage des résidus; le dépôt de la version définitive de la Stratégie de compensation de l'habitat du poisson pour l'étang Sandy et un avis du MPO quant à l'acceptabilité de la stratégie au titre de l'article 27.1 du Règlement; enfin, deux séances de consultation publique, l'une à Long Harbour, Terre-Neuve-et-Labrador, et l'autre à Gatineau, au Québec.

[18] M. Chris Doiron est employé de Sa Majesté la Reine du chef du Canada à titre de chef de la Section des mines, Division mines et du traitement, à Environnement Canada, poste qu'il occupe depuis mai 2004. En cette qualité, il a participé à l'évaluation de l'installation d'entreposage des résidus à l'étang Sandy proposée par Voisey's Bay Nickel Company Limited dans le cadre du projet.

[19] Dans son affidavit, daté du 29 juillet 2010, M. Doiron décrit les mesures prises par les autorités réglementaires fédérales de 2005 à 2008 ayant mené aux modifications qui ont donné lieu à l'inscription de

Schedule 2, effective May 28, 2009. DFO and TC were involved in the process leading up to the amendments to the Regulations due to their status as “responsible authorities” within the scope of the CEAA. He deposed that he was integrally involved with Environment Canada’s supervision of the regulatory process leading up to the 2009 listing of Sandy Pond as a TIA in Schedule 2 and the expanded scope of the Regulations to include hydromet facilities. This process led to the enactment of the *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2009-156 (the Voisey’s Bay MMER amendments).

[20] The MAC and the MABC filed the affidavit of Elizabeth J. Gardiner and the reports of Dr. Dirk Jacobus Albertus Van Zyl and Dr. Eric B. Taylor, as expert witnesses.

[21] Ms. Gardiner is the executive advisor for the MAC. She was vice-president, Technical Affairs for that organization, from 1996 until 2010. In her affidavit, dated May 6, 2011, she addressed the role of the MAC as the national organization for the Canadian mining industry and its engagement in the pursuit and maintenance of high standards of environmental performances and management. She commented on the evolution of the federal regulatory scheme beginning in the 1990s and leading up to the introduction of the MMER in 2002, including the introduction of Schedule 2. She also addressed the 2006 amendments, notably the addition of section 27.1.

[22] The MAC and the MABC also filed the reports of two expert witnesses, Dr. Van Zyl and Dr. Taylor. Each of these reports was accompanied by a certificate concerning the “Code of Conduct for Expert Witnesses” pursuant to rule 52.2 of the Rules.

[23] Dr. Van Zyl is a civil engineer. His report addresses the production and management of tailings, that is residue left after the recovery of metal in a mineral processing facility. His report talks about the options for the management of tailings, either on land surface, below land surface and under water and provides

l’étang Sandy, à l’annexe 2, le 28 mai 2009. Le MPO et TC ont participé au processus ayant mené aux modifications du Règlement en raison de leur statut d’« autorité responsable » au sens de la LCEE. Il a indiqué avoir été totalement engagé dans la supervision du processus réglementaire d’Environnement Canada ayant mené à l’inscription en 2009 de l’étang Sandy en tant que DRM à l’annexe 2 et à l’élargissement de la portée du Règlement pour y inclure l’hydrométallurgie. Ce processus a donné lieu à l’adoption du *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2009-156 (les modifications au REMM de Voisey’s Bay).

[20] L’AMC et la MABC ont déposé l’affidavit d’Elizabeth J. Gardiner et les rapports de MM. Dirk Jacobus Albertus Van Zyl et Eric B. Taylor, à titre de témoins experts.

[21] M^{me} Gardiner est conseillère de direction à l’AMC, où elle a occupé le poste de vice-présidente, Affaires techniques, de 1996 à 2010. Dans son affidavit, daté du 6 mai 2011, elle traite du rôle de l’AMC en tant qu’organisme national pour l’industrie minière canadienne et de son engagement dans la recherche et le maintien de normes élevées de rendement et de gestion en matière d’environnement. Elle commente l’évolution du régime réglementaire fédéral du début des années 1990 à l’adoption du REMM en 2002, y compris l’introduction de l’annexe 2, de même que les modifications apportées en 2006, notamment l’ajout de l’article 27.1.

[22] L’AMC et la MABC ont également déposé les rapports de deux témoins experts, M. Van Zyl et M. Taylor. Chacun de ces rapports était accompagné d’un certificat relatif au « Code de déontologie régissant les témoins experts », conformément à la règle 52.2 des Règles.

[23] M. Van Zyl est ingénieur civil. Son rapport porte sur la production et la gestion des résidus miniers, soit les résidus laissés après la récupération des métaux dans une installation de traitement des minéraux. Son rapport traite des options en matière de gestion des résidus miniers, soit à la surface de la terre, sous la surface de

some comparison of the advantages and disadvantages of each option.

[24] The second report, from Dr. Taylor, is entitled “Adaptive radiation and Sandy Pond Brook Trout”. Dr. Taylor, currently a professor of zoology at the University of British Columbia, commented on an article written by Dr. Gibson, entitled “The inequity of compensation for destroyed lakes”. Dr. Taylor disputed the opinion offered by Dr. Gibson as to the “adaptive evolution” of Sandy Pond Brook Trout.

[25] Vale filed the affidavits of Mr. Don Stevens, Ms. Margarette Livie, Ms. Macijie B. Szymanski and Mr. James H. McCarthy, as well as the transcript of the cross-examination of Dr. Gibson.

[26] Mr. Stevens swore two affidavits, the first on July 13, 2010, and the second on May 6, 2011. Mr. Stevens is the general manager of the Vale plant in Long Harbour. In his affidavits he stated that at Vale’s request, Schedule 2 of the Regulations was amended to list Sandy Pond as a TIA. He also reviewed the steps that Vale followed leading up to the amendment of the Regulations.

[27] Ms. Livie swore an affidavit on July 27, 2010. At that time, she was a law clerk to counsel for Vale. She attached certain documents as exhibits to her affidavit, including a transcript of a radio broadcast, a copy of a “background document” about the applicant, documents relating to the incorporation of the applicant, and a transcript of a television news story. Her evidence is submitted for the purpose of showing that the applicant is focusing solely on the Long Harbour facility and Sandy Pond. Vale also relies on the affidavit for the purpose of challenging the status of Dr. Gibson as an expert witness.

[28] Ms. Szymanski, a professional engineer, was retained by Vale to provide an expert report. Her report is accompanied by a certificate pursuant to rule 52.2 of the Rules.

la terre et sous l’eau, et compare les avantages et les inconvénients de chaque option.

[24] Le deuxième rapport, rédigé par M. Taylor, s’intitule « Adaptive radiation and Sandy Pond Brook Trout » (« La radiation adaptative et l’omble de fontaine de l’étang Sandy »). M. Taylor, professeur de zoologie à l’Université de la Colombie-Britannique, y commente un article écrit par le M. Gibson, intitulé « The inequity of compensation for destroyed lakes » (« L’iniquité de la compensation pour les lacs détruits »). M. Taylor conteste l’avis de M. Gibson quant à « l’évolution adaptative » de l’omble de fontaine de l’étang Sandy.

[25] Vale a déposé les affidavits de M. Don Stevens, de M^{me} Margarette Livie, de M^{me} Macijie B. Szymanski et de M. James H. McCarthy ainsi que la transcription du contre-interrogatoire de M. Gibson.

[26] M. Stevens a déposé deux affidavits, le premier le 13 juillet 2010 et le second le 6 mai 2011. M. Stevens est directeur général de l’usine de Vale à Long Harbour. Dans ses affidavits, il affirme que l’annexe 2 du Règlement a été modifiée à la demande de Vale pour y inscrire l’étang Sandy en tant que DRM. Il passe également en revue les mesures prises par Vale qui ont mené à la modification du Règlement.

[27] M^{me} Livie a souscrit un affidavit le 27 juillet 2010. Elle était alors auxiliaire juridique pour Vale. Elle a joint à son affidavit certains documents, déposés comme pièces, notamment la transcription d’une émission de radio, la copie d’un « document d’information » à propos de la demanderesse, des documents relatifs à la constitution de la demanderesse en personne morale, et la transcription d’un reportage d’actualités télévisées. Ces éléments de preuve visent à démontrer que la demanderesse se consacre uniquement à l’installation de Long Harbour et à l’étang Sandy. Vale se fonde également sur cet affidavit pour contester le statut de témoin expert de M. Gibson.

[28] Les services de M^{me} Szymanski, ingénieure, ont été retenus par Vale pour la production d’un rapport d’expert. Ce rapport est accompagné d’un certificat conformément à la règle 52.2 des Règles.

[29] Ms. Szymanski is employed with AMEC Earth and Environmental Projects, Mining Projects, and experienced in the selection and design of TIAs for mining projects. In her expert report, she commented upon the steps taken by Vale leading up to the selection of Sandy Pond as the desired TIA.

[30] Vale filed a second expert report, that is the report of Mr. James H. McCarthy. He is a senior biologist employed with AMEC Earth and Environmental Projects. He was mandated to provide an opinion about the compensation plan for Sandy Pond, including background information about the assessment of fish and fish habitat and the plan itself. He provided a certification confirming compliance with the Code of Conduct for Expert Witnesses pursuant to rule 52.2 of the Rules.

III. SUBMISSIONS

(A) *The Applicant*

[31] The applicant challenges certain provisions of the 2002 Regulations, as amended in 2006, specifically, section 5, section 27.1, and Schedule 2, on the grounds that these provisions are *ultra vires* the authority conferred on the Governor in Council to make regulations pursuant to the *Fisheries Act*. It submits that these regulatory amendments are not authorized by the *Fisheries Act*, and in any event that the Regulations contravene the statutory purpose of conserving and protecting Canadian fisheries, including inland fisheries in fresh waters.

[32] The applicant argues that the regulatory scheme set out in the 2002 version of the Regulations is proper, legal and *vires* the regulation-making powers set out in the *Fisheries Act* because those Regulations required the treatment of effluent prior to its discharge into water bodies so its ultimate discharge would not harm or destroy fish and other life-forms. In this regard, the applicant relies on the Regulatory Impact Analysis Statement [*C. Gaz.* 2006.II.1444] that accompanied the 2002 Regulations.

[29] M^{me} Szymanski est employée d'AMEC Earth and Environmental Projects, Section des projets miniers. Elle possède de l'expérience dans la sélection et la conception des DRM pour les projets miniers. Dans son rapport d'expert, elle commente les mesures prises par Vale ayant mené à la sélection de l'étang Sandy en tant que DRM.

[30] Vale a déposé un deuxième rapport d'expert, soit le rapport de M. James H. McCarthy, biologiste principal chez AMEC Earth and Environmental Projects. M. McCarthy été chargé de donner un avis sur le plan de compensation pour l'étang Sandy, y compris de l'information contextuelle sur l'évaluation du poisson, sur l'habitat du poisson et sur le plan lui-même. Il a remis un certificat relatif au Code de déontologie régissant les témoins experts, conformément à la règle 52.2 des Règles.

III. OBSERVATIONS

A) *La demanderesse*

[31] La demanderesse conteste certaines dispositions du Règlement de 2002, modifié en 2006, plus précisément l'article 5, l'article 27.1 et l'annexe 2, au motif que ces dispositions excèdent le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la *Loi sur les pêches*. Elle soutient que ces modifications réglementaires ne sont pas autorisées par la *Loi sur les pêches* et que, quoi qu'il en soit, le Règlement contrevient à son objet, soit la conservation et la protection des pêches canadiennes, y compris la pêche interne en eau douce.

[32] La demanderesse allègue que le mécanisme de réglementation énoncé dans la version de 2002 du Règlement est régulier et légal et qu'il constitue un exercice valide des pouvoirs de réglementation prévus par la *Loi sur les pêches*, ce Règlement exigeant le traitement des effluents avant leur rejet dans les plans d'eau, de sorte que les rejets n'endommagent pas et ne détruisent pas le poisson et d'autres formes de vie. À cet égard, la demanderesse invoque le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2002.II.1444] qui accompagne le Règlement de 2002.

[33] The applicant submits that the 2006 amendments to the Regulations, as illustrated by section 5 and section 27.1, eliminated this protection and now allows the discharge of effluent without prior treatment, thereby creating the potential for the destruction of fish, fish habitat and other life-forms. It submits that this regime is contrary to the conservation purposes anticipated by the Act.

[34] The applicant submits that the amendments represent a significant change from the prior regulation of the discharge of effluents and that this significant change should be specifically authorized by some provision in the *Fisheries Act*. It refers to section 7 of the Act that confers full discretion upon the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) over the granting of licences and submits that a similar legislative authority should be spelled out in the Act to authorize the passage of regulations that can kill off fish and fish habitat.

[35] In the absence of such a specific statutory provision, the applicant argues that there is no “statutory foundation” to allow the Governor in Council to make the 2006 amendments to the 2002 iteration of the Regulations.

(B) *The Respondent*

[36] The respondent takes the position that the amendments are within the existing powers conferred by the Act. He notes that the amendments in issue specifically refer to subsection 36(5). He submits that the scheme of the Act contemplates the authorization of the deposit of deleterious substances in fish-bearing waters, subject to the Regulations.

[37] The respondent further submits that the Act contemplates both the deposit of deleterious substances in fish-bearing waters, as well as the preservation of fish spawning grounds and fish habitat. He relies on the observations of the Federal Court of Appeal in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, where that Court said the following, at paragraph 127:

[33] La demanderesse soutient que les modifications apportées au Règlement en 2006, illustrées par l’article 5 et l’article 27.1, ont éliminé cette protection et permettent désormais le rejet d’effluents sans traitement préalable, entraînant ainsi la destruction potentielle du poisson, de l’habitat du poisson et d’autres formes de vie. Elle fait valoir que ce mécanisme est contraire aux objectifs de conservation prévus par la Loi.

[34] La demanderesse allègue que ces modifications constituent un changement important par rapport à la réglementation antérieure sur le rejet d’effluents et que ce changement important doit être expressément autorisé par une disposition de la *Loi sur les pêches*. Elle renvoie à l’article 7 de la Loi, qui donne au ministre des Pêches et des Océans (le ministre) le pouvoir discrétionnaire d’octroyer des permis, et fait valoir qu’un pouvoir similaire doit être conféré par la Loi pour autoriser l’adoption d’une réglementation pouvant tuer le poisson et détruire son habitat.

[35] La demanderesse prétend qu’en l’absence d’une telle disposition législative expresse, il n’y a pas de « base légale » autorisant le gouverneur en conseil à adopter les modifications apportées en 2006 au Règlement de 2002.

B) *La défenderesse*

[36] La défenderesse est d’avis que les modifications s’inscrivent dans le cadre des pouvoirs conférés par la Loi. Elle souligne que les modifications en cause renvoient expressément au paragraphe 36(5). Elle soutient que l’esprit de la Loi envisage l’autorisation du dépôt de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons, sous réserve du Règlement.

[37] En outre, la défenderesse fait valoir que la Loi prévoit à la fois le rejet de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons et la préservation des frayères et de l’habitat du poisson. Elle s’appuie sur les observations de la Cour d’appel fédérale dans la décision *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, dans laquelle la Cour affirme, au paragraphe 127 :

Subsection 35(1) of the *Fisheries Act* prohibits any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, subsection 35(2) allows the Minister to authorize the alteration, disruption or destruction of fish habitat under any conditions he deems appropriate. The prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), thus constitute a legal means whereby the Minister is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. In other words, subsection 35(2) allows the Minister to issue a permit to a person to engage in conduct harmful to fish habitat that would otherwise contravene subsection 35(1): *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, at paragraph 49.

[38] The respondent focuses on subsection 36(5) of the Act as being the critical provision of the Act for the purposes of the applicant's challenge. He says that this provision allows the Governor in Council to make regulations authorizing the deposit of deleterious substances. He highlights the difference between subsection 36(5) and subsection 35(2) which authorizes activities resulting in the destruction of fish habitat, pursuant to certain conditions. Under subsection 35(2), authorization is required from the Minister, a prescribed person or conditions, or another provision in the Act for a work resulting in the destruction of fish habitat. Subsection 36(5) allows such deposit pursuant to regulation rather than by authorization.

[39] In brief, the respondent submits that management of the fisheries resources has allowed the deposit of deleterious substances. The current Regulations are authorized pursuant to subsection 36(5) and are consistent with the statutory scheme, as confirmed in the decision of *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160.

[40] The respondent further submits that prior to the 2002 Regulations, fish-bearing waters could only be used for the deposit of deleterious substances pursuant to an authorization issued under subsection 35(2) of the Act. The current Regulations provide a different mechanism to do the same thing.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Cependant, son paragraphe 35(2) permet au ministre d'autoriser la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson dans les circonstances qui selon lui le justifient. Les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent donc un moyen légal pour le ministre de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Autrement dit, le paragraphe 35(2) habilite le ministre à délivrer des permis autorisant des activités préjudiciables à l'habitat du poisson qui, non ainsi autorisées, enfreindraient le paragraphe 35(1) : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, au paragraphe 49.

[38] La défenderesse met l'accent sur le paragraphe 36(5) de la Loi, qu'elle considère comme étant la disposition cruciale de la Loi aux fins de la contestation de la demanderesse. Elle affirme que cette disposition permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements autorisant le rejet de substances nocives. Elle met en évidence la différence entre le paragraphe 36(5) et le paragraphe 35(2), qui autorise des activités qui entraînent la destruction de l'habitat du poisson, sous réserve de certaines conditions. En vertu du paragraphe 35(2), la destruction de l'habitat du poisson peut se faire, sur autorisation du ministre, par une personne visée ou dans certaines circonstances, ou sous réserve d'une autre disposition de la Loi. Le paragraphe 36(5) permet un tel dépôt par règlement, plutôt que sur autorisation.

[39] En bref, la défenderesse allègue que la gestion des ressources halieutiques a permis le rejet de substances nocives. Le Règlement actuel est autorisé en vertu du paragraphe 36(5) et est compatible avec le régime législatif, comme le confirme la décision *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087.

[40] La défenderesse soutient en outre que les eaux où vivaient des poissons ne pouvaient servir au rejet de substances nocives que sur une autorisation donnée en vertu du paragraphe 35(2) de la Loi avant le Règlement de 2002. Le Règlement actuel prévoit un mécanisme différent pour faire la même chose.

[41] The respondent also highlights that Sandy Pond was added to Schedule 2 in 2009 but Schedule 2 itself was created as a result of the 2002 Regulations. The addition of Sandy Pond to Schedule 2 in 2009 is to be assessed subject to sections 5 and 27.1 which are new; these provisions did not exist under the 2002 Regulations.

[42] The respondent argues that the only difference between the 2002 Regulations and the 2006 amendments is that “tailings impoundment area” is defined in the definition section of the 2002 Regulations but is incorporated in subsection 5(1) of the 2006 Regulations. Otherwise, the Regulations are the same and since the applicant has no quarrel with the validity of the 2002 Regulations, its challenge to the 2006 amendments is without merit.

[43] Finally, the respondent submits that the amendments to the *Fisheries Act* in 2012, pursuant to Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 1st Sess., 38th Parl., 2012 [S.C. 2012, c. 19], do not affect the 2006 Regulations. The Regulations were amended in 2009 to cover hydromet plants, a new type of metal processing technology which is utilized by the Project at Long Harbour. Details about this technology are reviewed in the affidavits of Mr. Barnes and Mr. Doiron.

(C) *The Interveners*

[44] The MAC and the MABC support the position advanced by the respondent. They emphasize that the *Fisheries Act* does not contain a purpose provision that is specifically directed to the conservation and protection of fish and submit that in the absence of such a provision the scope of the Act should not be restricted as having only one narrow purpose. They refer to the history of the Act since its inception in 1868 and argue that from the beginning, Parliament exercised a broad discretion over the management of fisheries resources, having regard to the competing demand of industry and the need to manage the resource.

[45] The MAC and the MABC refer to and rely on recent decisions that confirm the broad scope of

[41] La demanderesse souligne également que l'étang Sandy a été inscrit à l'annexe 2 en 2009, mais que l'annexe 2 elle-même a été créée dans la foulée du Règlement de 2002. L'inscription de l'étang Sandy à l'annexe 2 en 2009 doit être évaluée à la lumière des articles 5 et 27.1, qui sont nouveaux; ces dispositions n'existaient pas dans le Règlement de 2002.

[42] La demanderesse fait valoir que la seule différence entre le Règlement de 2002 et les modifications de 2006 est que le « dépôt de résidus miniers » est défini à la section des définitions du Règlement de 2002, alors que cette définition est intégrée au paragraphe 5(1) dans le Règlement de 2006. Sinon, les Règlements sont identiques. Étant donné que la demanderesse ne conteste pas la validité du Règlement de 2002, sa contestation des modifications de 2006 est sans fondement.

[43] Enfin, la défenderesse allègue que les modifications apportées à la *Loi sur les pêches* en 2012 par le projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1^{re} session, 38^e législature, 2012 [L.C. 2012, ch. 19], n'ont pas d'effet sur le Règlement de 2006. Le Règlement a été modifié en 2009 afin d'englober l'hydrométallurgie, une nouvelle technologie de traitement des métaux utilisée par le projet de Long Harbour. Les affidavits de M. Barnes et M. Doiron traitent de cette technologie.

C) *Les intervenantes*

[44] L'AMC et la MABC appuient la thèse de la défenderesse. Elles soulignent que la *Loi sur les pêches* ne contient pas de disposition d'objet prévoyant expressément la conservation et la protection du poisson. Elles allèguent qu'en l'absence d'une telle disposition, le champ d'application de la Loi ne doit pas être réduit à un seul objet étroit. Elles renvoient à l'historique de la Loi depuis sa création en 1868, faisant valoir que, depuis le tout début, le Parlement exerce un large pouvoir discrétionnaire en matière de gestion des ressources halieutiques, eu égard à l'opposition entre la demande de l'industrie et la nécessité de gérer les ressources.

[45] L'AMC et la MABC renvoient à des décisions récentes qui confirment la vaste étendue de la compétence

Parliament's jurisdiction over the fisheries including the decision in *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569.

IV. DISCUSSION AND DISPOSITION

[46] There are two matters that merit comment, as preliminary matters. The first is the status of the applicant as a public interest litigant and the second is the status of Dr. Gibson as an expert witness.

[47] The applicant is a not-for-profit corporation that was incorporated solely for the purpose of bringing this application. Although no party has questioned its ability to pursue this litigation, it is appropriate to address its standing.

[48] In *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 144, 350 N.R. 101, at paragraph 17, the Federal Court of Appeal commented on public interest standing as follows:

Standing is a device used by the courts to discourage litigation by officious inter-meddlers. It is not intended to be a pre-emptive determination that a litigant has no valid cause of action. There is a distinction to be drawn between one's entitlement to a remedy and one's right to raise a justiciable issue.

[49] I am satisfied that the applicant enjoys status as a public interest litigant for the purpose of this proceeding.

[50] I now turn to Dr. Gibson, a marine biologist who was put forward by the applicant as an expert witness. The evidence of Dr. Gibson, submitted by the applicant, was the subject of argument during the hearing. Counsel for the respondent, Vale, the MAC and the MABC vigorously disputed the recognition of Dr. Gibson as an "expert witness", that is, a person recognized by the Court as being qualified to offer opinion evidence on the matters in issue.

[51] Various objections were raised by these parties including the participation of Dr. Gibson in the incorporation of the applicant, his status as a director of the

du Parlement sur les pêches, notamment l'arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569.

IV. ANALYSE ET DÉCISION

[46] Deux questions méritent d'être examinées à titre préliminaire : en premier lieu, le statut de la demanderesse en tant que partie représentant l'intérêt public; et, en second lieu, le statut de témoin expert de M. Gibson.

[47] La demanderesse est une société sans but lucratif constituée en personne morale aux seules fins d'introduire la présente demande. Bien qu'aucune partie n'ait remis en cause sa capacité de le faire, il convient de discuter de son statut.

[48] Dans l'arrêt *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144, au paragraphe 17, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur la qualité pour agir dans l'intérêt public :

La qualité pour agir est un mécanisme auquel recourent les tribunaux pour dissuader les « ingéreurs » officieux d'intenter une action. Elle n'est pas conçue pour être un moyen préventif de conclure à la non-validité de la cause d'action d'une partie. Il y a une distinction à faire entre le droit à un redressement et le droit de soulever une question justiciable.

[49] Je suis convaincue que la demanderesse bénéficie du statut de partie représentant l'intérêt public aux fins de la présente affaire.

[50] Passons maintenant à M. Gibson, biologiste de la vie aquatique, présenté par la demanderesse à titre de témoin expert. Le témoignage de M. Gibson, présenté par la demanderesse, a fait l'objet d'un débat lors de l'audience. Les avocats de la défenderesse, de Vale, de l'AMC et de la MABC ont vigoureusement contesté la qualité de « témoin expert » de M. Gibson, c'est-à-dire une personne reconnue par la Cour comme étant qualifiée pour donner un témoignage d'opinion sur les questions en litige.

[51] Ces parties ont soulevé diverses objections, notamment la participation de M. Gibson à la constitution de la demanderesse en personne morale, son statut

applicant, his role as a fundraiser on behalf of the applicant, and his admission upon cross-examination, that he considered himself as an “advocate” for the applicant.

[52] The role of Dr. Gibson as an “expert witness” was raised when the applicant sought leave to file his further affidavit. In dismissing the motion in that regard, Prothonotary Aronovitch reserved to the trial Judge a determination of his status. This was addressed at the outset of the hearing.

[53] Specifically, exception was taken to paragraphs 7 to 15 of his affidavit, as follow:

7. In my opinion this is a serious weakening of the conservation function of the *Fisheries Act*.

8. Subsequently I wrote an article expressing my concerns about the amended (*sic*) the *Metal Mining Effluent Regulations* entitled: “The Inequity of Compensation for Destroyed Lakes” [The Osprey, 41(3), 2010 (In Press)] and it is attached to this my affidavit as Exhibit “B”.

9. Another article I wrote on the same subject was published in the Canadian Society of Environmental Biologists Newsletter/Bulletin, Volume 67, No. 1, Spring 2010, p 12 and it is attached to this my affidavit as Exhibit “C”.

10. I am concerned about the ecological implications of the amendments to the *Metal Mining Effluent Regulation (sic)* in 2006 and in particular the creation of the regulatory scheme that allows natural freshwater ecosystems such as Sandy Pond, Newfoundland and Labrador (located at 47°25'33” north latitude and 53°46'52” west longitude, on the Avalon Peninsula, approximately 3 km east southeast of the town of Long Harbour-Mount Arlington Heights, Newfoundland and Labrador) to be classified as tailings impoundment areas for industrial mining effluent waste.

11. That the proposed discharge of toxic substances permitted by amendments to the *Metal Mining Effluent Regulation (sic)* will result in all life in Sandy Pond being extirpated.

12. That Sandy Pond is a unique ecosystem which once lost can not be recreated.

d’administrateur de la demanderesse, son rôle de collecteur de fonds pour le compte de la demanderesse, et son admission en contre-interrogatoire quant au fait qu’il se considère comme un « défenseur » de la demanderesse.

[52] La question de la qualité de « témoin expert » de M. Gibson a été soulevée lorsque la demanderesse a sollicité l’autorisation de déposer son nouvel affidavit. En rejetant la requête en ce sens, la protonotaire Aronovitch a renvoyé la question de la détermination du statut de M. Gibson au juge du procès. Cette question a été examinée dès le début de l’audience.

[53] Plus précisément, les paragraphes 7 à 15 de son affidavit étaient contestés :

[TRADUCTION]

7. À mon avis, il s’agit d’un affaiblissement majeur de la fonction de conservation de la *Loi sur les pêches*.

8. Par la suite, j’ai exprimé mes préoccupations au sujet du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, dans un article intitulé « The iniquity of compensation for destroyed lakes » (L’iniquité de la compensation pour les lacs détruits), *The Osprey*, 41(3), 2010 (sous presse), que j’ai joint à mon affidavit à titre de pièce « B ».

9. J’ai publié un autre article sur le même sujet dans *Canadian Society of Environmental Biologists Newsletter/Bulletin*, volume 67, n° 1, printemps 2010, page 12, et je l’ai joint à mon affidavit à titre de pièce « C ».

10. Je m’inquiète des répercussions écologiques des modifications apportées en 2006 au *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, plus particulièrement de la création d’un mécanisme de réglementation qui permet de classer en tant que dépôt de résidus miniers pour les rejets d’effluents de l’industrie minière des écosystèmes d’eau douce naturels, comme l’étang Sandy de Terre-Neuve-et-Labrador (situé à une latitude nord de 47° 25' 33" et à une longitude ouest de 53° 46' 52", dans la péninsule d’Avalon, à environ 3 km à l’est-sud-est de la ville de Long Harbour-Mount Arlington Heights, Terre-Neuve-et-Labrador).

11. Que le projet proposé de rejet de substances nocives autorisé par les modifications au *Règlement sur les effluents des mines de métaux* entraîne l’élimination de toute vie dans l’étang Sandy.

12. Que l’étang Sandy est un écosystème unique qui, une fois perdu, ne pourra pas être recréé.

13. It is my opinion that the loss of Sandy pond will cause major losses of fish habitats and biological diversity, as well as removing recreational opportunities.

14. That I am familiar with the compensation scheme contained at section 27.1 of the *Metal Mining Effluent Regulations* and it is my opinion that adequate compensation for the destruction of a whole ecosystem, such as Sandy Pond, is in fact impossible.

15. That traditionally mining companies built their own tailings ponds, and this should be the norm, rather than allowing destruction of waters containing fish pursuant to a Schedule 2 listing in the *Metal Mining Effluent Regulations*.

[54] After hearing the submissions of counsel, a ruling was made that Dr. Gibson would not be recognized as an “expert” witness. Although the respondent and interveners requested that his affidavit be struck out, the ruling provided that the impugned paragraphs be given no weight, on the basis that they were expressions of a personal opinion rather than of a scientific opinion.

[55] In *Fraser River Pile and Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd.* (1995), 37 C.P.C. (3d) 119, Justice Reed reviewed the characteristics of “expert evidence” as evidence from a person who is knowledgeable about the litigation issues and whose evidence may be necessary to allow the trier of fact to understand the evidence. His evidence, as set out in the paragraphs quoted above, does not meet the test for expert opinion and is subject to the criticism levelled by Justice Reed in *Fraser River*, at paragraphs 14 and 17.

[56] In the result, the above paragraphs will remain but will be given no weight in the disposition of this application.

[57] At the same time, I acknowledge and endorse the submissions of counsel for the respondent and the interveners that no issue is taken with Dr. Gibson’s education, experience, qualifications, and sincerity. His evidence is rejected because it does not meet the legal test for expert

13. Je suis convaincu que la perte de l’étang Sandy provoquera d’importantes pertes d’habitats du poisson et de diversité biologique, ainsi que l’élimination de possibilités d’activités récréatives.

14. Que je connais bien le système de compensation prévu à l’article 27.1 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* et que je suis d’avis qu’une compensation adéquate pour la destruction de tout un écosystème, comme l’étang Sandy, est dans les faits chose impossible.

15. Que, traditionnellement, les sociétés minières construisaient leurs propres bassins de décantation des résidus, ce qui devrait être la norme, plutôt que de permettre la destruction d’eaux où se trouvent des poissons par une inscription à l’annexe 2 du *Règlement sur les effluents des mines de métaux*.

[54] Après avoir entendu les observations de l’avocat, il a été décidé de ne pas reconnaître M. Gibson à titre de témoin « expert ». Bien que la défenderesse et les intervenantes aient demandé la radiation de son affidavit, la décision prévoyait qu’il ne soit pas accordé de poids aux paragraphes contestés, constituant l’expression d’une opinion personnelle plutôt qu’une opinion scientifique.

[55] Dans la décision *Fraser River Pile and Dredge Ltd. c. Empire Tug Boats Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 436 (1^{re} inst.) (QL), la juge Reed s’est penché sur les caractéristiques de la « preuve d’expert » et l’a définie comme étant une preuve présentée par une personne qui a une connaissance particulière des questions en litige et dont le témoignage peut être nécessaire pour permettre au juge du procès de comprendre la preuve. Comme en font état les paragraphes précités, le témoignage de M. Gibson ne satisfait pas aux critères d’une opinion d’expert et est visé par la critique formulée par la juge Reed dans la décision *Fraser River*, aux paragraphes 14 et 17.

[56] Par conséquent, les paragraphes précités demeurent, mais il ne leur sera accordé aucun poids.

[57] En même temps, je reconnais, et je souscris aux observations des avocats de la défenderesse et des intervenantes à cet égard, que les études, l’expérience, les qualifications et la sincérité de M. Gibson ne sont pas en cause. Le témoignage de M. Gibson est rejeté parce

evidence, that is relevance and necessity as discussed in *Fraser River*, at paragraphs 10 and 14.

[58] This application is a challenge to the authority of the Governor in Council to enact sections 5 and 27.1 of the 2006 MMER, as well as a challenge to the creation of Schedule 2 by the 2002 MMER as subsequently amended.

[59] The issue here is whether the 2006 amendments to the Regulations are authorized by statute. This issue is reviewable on the standard of correctness; see *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, at paragraph 63. The issue of law in this application is not the interpretation of sections 5 and 27.1 of the 2006 Regulations but whether those provisions, together with Schedule 2 of the 2002 Regulations, were validly enacted.

[60] The federal Parliament enjoys exclusive legislative authority over the fisheries in Canada pursuant to subsection 91(12) of the *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] which provides as follows:

Legislative
Authority of
Parliament
of Canada

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

...

12. Sea Coast and Inland Fisheries.

qu'il ne respecte pas le critère juridique de la preuve d'expert, soit la pertinence et la nécessité, expliqué dans la décision *Fraser River*, aux paragraphes 10 et 14.

[58] La présente demande constitue une contestation du pouvoir du gouverneur en conseil d'adopter les articles 5 et 27.1 du REMM 2006, ainsi que la création de l'annexe 2 du REMM 2002, modifiée par la suite.

[59] La question en l'espèce est de savoir si les modifications apportées au Règlement en 2006 sont autorisées par la loi. Cette question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte; voir *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, au paragraphe 63. Dans la présente demande, la question de droit ne réside pas dans l'interprétation des articles 5 et 27.1 du Règlement de 2006, mais consiste à savoir si ces dispositions, ainsi que l'annexe 2 du Règlement de 2002, ont été valablement adoptées.

[60] Le Parlement fédéral jouit d'un pouvoir législatif exclusif sur les pêches au Canada en vertu du paragraphe 91(12) 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], qui dispose ce qui suit :

Autorité
législative du
parlement du
Canada

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

12. Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur.

[61] As noted in the submissions of the MAC and the MABC, legislation governing the fisheries has existed for nearly as long as the country, the first Fisheries Act having been passed in 1868 [*The Fisheries Act*, S.C. 1868, c. 60]. Litigation has ensued since the late nineteenth century regarding the interpretation and scope of the federal government's power over the fisheries; see *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308 (P.C.); and *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358 (P.C.).

[62] With the exception of the opinion expressed in the affidavit of Dr. Gibson filed by the applicant, there is no challenge in this proceeding to the manner in which Sandy Pond was chosen by Vale and approved by DFO as a TIA, nor to the elements of the compensation plan that was proposed by Vale and accepted by DFO.

[63] There is little scope for a reviewing court to comment on such matters since the choice of science is recognized as a matter properly falling within the powers of the governing authority, pursuant to the applicable legislation. In this regard, I refer to the decision in *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62, at paragraph 48. The evidence tendered by the respondent and the interveners adequately establishes a factual background relating to the establishment and function of a TIA, the choice of Sandy Pond as a TIA and the compensation plan required under the Act.

[64] The Preamble to the 2002 Regulations reads as follows:

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, hereby makes the annexed *Metal Mining Effluent Regulations*.

[65] The Preamble to the 2006 Regulations reads as follows:

[61] Comme l'ont souligné l'AMC et la MABC dans leurs observations, la législation régissant les pêches est presque aussi ancienne que le pays, la première *Loi sur les pêches* ayant été adoptée en 1868 [*Acte des Pêcheries*, S.C. 1868, ch. 60]. Plusieurs litiges ont été entendus depuis la fin du XIX^e siècle concernant l'interprétation et l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral sur les pêches; voir *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1914] 15 D.L.R. 308 (P.C.); et *Attorney General for Canada v. Attorney General for the Province of Quebec* (1920), 56 D.L.R. 358 (P.C.).

[62] Mis à part M. Gibson, qui a exprimé son opinion dans son affidavit déposé par la demanderesse, nul ne conteste en l'espèce le choix de l'étang Sandy en tant que DMR par Vale et l'approbation de ce choix par le MPO, pas plus que les éléments du plan de compensation proposé par Vale et accepté par le MPO.

[63] Une cour de révision n'a pas beaucoup de manœuvre lorsque vient le temps de se prononcer sur de telles questions, étant donné que le choix de la science est reconnu comme relevant bel et bien de l'autorité gouvernante, conformément à la législation applicable. À cet égard, je renvoie à la décision *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203, au paragraphe 48. Les éléments de preuve déposés par la défenderesse et les intervenantes établissent correctement le contexte factuel relatif à la mise en place et au fonctionnement d'un DMR, au choix de l'étang Sandy en tant que DRM et au plan de compensation requis par la Loi.

[64] Le préambule du Règlement de 2002 est rédigé comme suit :

Sur recommandation du ministre des Pêches et des Océans et en vertu des paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil prend le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, ci-après.

[65] Le préambule du Règlement de 2006 est libellé comme suit :

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsections 36(5) and 38(9) of the *Fisheries Act*, hereby makes the annexed *Regulations Amending the Metal Mining Effluent Regulations*.

[66] The applicant argues that the challenged Regulations are *ultra vires* the power of the Governor in Council because they offend against the conservation purposes of the Act. In this regard, the applicant relies on section 7 of the Act and the decision of the Supreme Court of Canada in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. In that decision the Supreme Court of Canada commented on the breadth of the ministerial discretion over the issuance of licences.

[67] Acknowledging the discretion over the issuance of licences, the applicant submits that this broad discretion is subject to the purpose of conservation since no minister has the right to issue licences that would eliminate a fish habitat. It argues that since the broad discretion granted by section 7 of the Act is subject to the principle of conservation, then the regulation-making authority of subsections 34(2), 36(5) and 38(9) of the Act is likewise to be exercised in a manner that ensures conservation.

[68] Further, it argues that if Parliament intended to authorize the Governor in Council to enact regulations with such extreme effect as the destruction of a fishery then it should have clearly granted a wide power such as the one found in section 7. Since subsections 34(2), 36(5) and 38(9) are narrower than section 7, they cannot authorize the enactment of the challenged regulations.

[69] In my opinion, this argument cannot succeed. In the first place, the applicant is mistaken when asserting that conservation is the paramount purpose of the Act. The Act contains no "purpose" section. A purpose section that was included in the Act by means of *An Act to amend the Fisheries Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35 [section 2] as section 2.1 was subsequently repealed; see *An Act to amend the Fisheries Act*, at section 6.

Sur recommandation du ministre des Pêches et des Océans et en vertu des paragraphes 36(5) et 38(9) de la *Loi sur les pêches*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil prend le *Règlement modifiant le Règlement sur les effluents des mines de métaux*, ci-après.

[66] La demanderesse fait valoir que le Règlement contesté excède le pouvoir du gouverneur en conseil, car il contrevient à l'objet de conservation de la Loi. À cet égard, la demanderesse se fonde sur l'article 7 de la Loi et sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, dans lequel elle s'est penchée sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre en matière de délivrance de permis.

[67] Reconnaissant l'aspect discrétionnaire de la délivrance des permis, la demanderesse allègue que ce vaste pouvoir discrétionnaire doit être exercé à des fins de conservation, aucun ministre n'ayant le droit de délivrer un permis qui permettrait d'éliminer un habitat de poisson. Elle fait valoir que, étant donné que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 7 de la Loi est encadré par le principe de la conservation, le pouvoir de réglementation des paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) de la Loi doit lui aussi être exercé d'une manière qui garantisse la conservation.

[68] Elle fait en outre valoir que si le législateur entendait autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements ayant des effets aussi extrêmes que la destruction d'une pêcherie, il aurait dû accorder un vaste pouvoir explicitement, comme celui prévu à l'article 7. Étant donné que les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9) sont de portée plus étroite que l'article 7, ils ne peuvent autoriser la prise des dispositions contestées.

[69] À mon avis, cet argument ne peut être retenu. En premier lieu, la demanderesse se trompe lorsqu'elle affirme que la conservation est l'objet primordial de la Loi. La Loi ne contient pas d'article « objet ». Un article [article 2.1] « objet » avait été inséré dans la Loi par la *Loi modifiant la Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 35, à l'article 2, pour ensuite être abrogé; voir *Loi modifiant la Loi sur les pêches*, article 6.

[70] The Supreme Court of Canada in *Ward* recognized the content of the fisheries power as including conservation and protection of that resource, as well as its general management. At paragraph 41 in *Ward*, the Supreme Court recognized that many interests are engaged in the management of the fisheries, including industrial interests, as follows:

These cases put beyond doubt that the fisheries power includes not only conservation and protection, but also the general “regulation” of the fisheries, including their management and control. They recognize that “fisheries” under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* refers to the fisheries as a resource; “a source of national or provincial wealth” (*Robertson, supra*, at p. 121); a “common property resource” to be managed for the good of all Canadians (*Comeau’s Sea Foods, supra*, at para. 37). The fisheries resource includes the animals that inhabit the seas. But it also embraces commercial and economic interests, aboriginal rights and interests, and the public interest in sport and recreation.

[71] In my opinion, the presence or absence of a purpose provision does not impact the validity of the Act and in any event, no challenge has been made to the *vires* of any of the provisions of the Act, only to certain Regulations, that is section 5, section 27.1 and Schedule 2 of the Regulations.

[72] The appropriate analysis in considering the *vires* of a regulation is that set out by the Federal Court of Appeal in its decision in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, at paragraph 46 where the Court said the following:

The first step in a *vires* analysis is to identify the scope and purpose of the statutory authority pursuant to which the impugned order was made. This requires that subsection 18(1) be considered in the context of the Act read as a whole. The second step is to ask whether the grant of statutory authority permits this particular delegated legislation (*Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), page 602).

[73] Addressing the first element, the Act contains many provisions that authorize the enactment of regulations. Three provisions are referred to in the Preamble to the 2002 Regulations, that is subsections 34(2), 36(5) and 38(9). The Preamble to the 2006 Regulations refers

[70] Dans l’arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada a reconnu que la compétence en matière de pêcheries vise notamment la conservation et la protection de cette ressource ainsi que sa gestion générale. Au paragraphe 41 de l’arrêt *Ward*, la Cour a rappelé que de nombreux intérêts interviennent dans la gestion des pêches, notamment les intérêts industriels :

Ces décisions établissent indubitablement que la compétence en matière de pêcheries vise non seulement la conservation et la protection, mais encore la « réglementation » générale des pêcheries, y compris leur gestion et leur surveillance. Elles reconnaissent que les « pêcheries », au par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s’entendent des pêcheries en tant que ressource naturelle; [TRADUCTION] « une source de richesse pour le pays ou la province » (*Robertson, précité*, p. 121); un « bien commun » à gérer pour le bien de tous les Canadiens (*Comeau’s Sea Foods, précité par. 37*). La ressource halieutique comprend tous les animaux qui habitent les mers, mais elle englobe aussi les intérêts commerciaux et économiques, les droits et les intérêts des peuples autochtones, de même que l’intérêt public en matière de sport et de loisirs.

[71] À mon avis, la présence ou l’absence d’une disposition « objet » n’a pas d’incidence sur la validité de la Loi et, quoi qu’il en soit, la validité d’aucune disposition de la Loi n’est contestée; seuls sont contestés certaines dispositions du Règlement, soit l’article 5, l’article 27.1 et l’annexe 2 du Règlement.

[72] L’analyse appropriée de la validité d’un règlement a été définie par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374, où la Cour a déclaré, au paragraphe 46 :

La première étape d’une analyse de la validité consiste à identifier la portée et l’objet du pouvoir conféré par la loi en vertu duquel le décret contesté a été publié. Un tel exercice exige que le paragraphe 18(1) soit examiné dans le contexte de la Loi dans son ensemble. La deuxième étape consiste à déterminer si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière (*Jafari c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), page 602).

[73] Concernant le premier élément, la Loi contient de nombreuses dispositions qui autorisent l’adoption de règlements. Trois dispositions sont mentionnées dans le préambule du Règlement de 2002, soit les paragraphes 34(2), 36(5) et 38(9). Le préambule du Règlement de 2006 ne

only to subsections 36(5) and 38(9). In my opinion, subsection 36(5) is the most relevant to the issues raised in this proceeding and provides as follows:

36. ...

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

(a) the deleterious substances or classes thereof authorized to be deposited notwithstanding subsection (3);

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(c) the works or undertakings or classes thereof in the course or conduct of which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(d) the quantities or concentrations of any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) that are authorized to be deposited;

(e) the conditions or circumstances under which and the requirements subject to which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) or any quantities or concentrations of those deleterious substances or classes thereof are authorized to be deposited in any waters or places or classes thereof referred to in paragraph (b) or in the course or conduct of any works or undertakings or classes thereof referred to in paragraph (c); and

(f) the persons who may authorize the deposit of any deleterious substances or classes thereof in the absence of any other authority, and the conditions or circumstances under which and requirements subject to which those persons may grant the authorization.

[74] To determine the scope and operation of the statutory authority given by subsection 36(5), it is necessary to read that provision in conjunction with subsection 36(3) and paragraph 36(4)(b) of the Act, as follow:

renvoie qu'aux paragraphes 36(5) et 38(9). À mon avis, le paragraphe 36(5) est le plus pertinent en ce qui a trait aux questions soulevées en l'espèce. Il est rédigé comme suit :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

a) les substances ou catégories de substances nocives dont l'immersion ou le rejet sont autorisés par dérogation au paragraphe (3);

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

c) les ouvrages ou entreprises ou catégories d'ouvrages ou d'entreprises pour lesquels l'immersion ou le rejet des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

d) les quantités ou les degrés de concentration des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) dont l'immersion ou le rejet sont autorisés;

e) les conditions, les quantités, les exigences préalables et les degrés de concentration autorisés pour l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) dans les eaux et les lieux visés à l'alinéa b) ou dans le cadre des ouvrages ou entreprises visés à l'alinéa c);

f) les personnes habilitées à autoriser l'immersion ou le rejet de substances ou de catégories de substances nocives en l'absence de toute autre autorité et les conditions et exigences attachées à l'exercice de ce pouvoir.

[74] Pour déterminer la portée et l'application du pouvoir prévu au paragraphe 36(5), cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 36(3) et l'alinéa 36(4)b) de la Loi :

Deposit of deleterious substance prohibited	<p>36. ...</p> <p>(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 substance may enter any such water.</p>	<p>36. [...]</p> <p>(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 immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.</p>	Dépôt de substances nocives prohibé
Deposits authorized by regulation	<p>(4) No person contravenes subsection (3) by depositing or permitting the deposit in any water or place of</p>	<p>(4) Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d'immerger ou de rejeter :</p>	Immersion permise par règlement
	...	[...]	
	<p>(b) a deleterious substance of a class and under conditions — which may include conditions with respect to quantity or concentration — authorized under regulations made under subsection (5) applicable to that water or place or to any work or undertaking or class of works or undertakings; or</p>	<p>b) les substances nocives appartenant à une catégorie autorisée sous le régime des règlements applicables aux eaux ou lieux en cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris en vertu du paragraphe (5), et ce selon les conditions — notamment quantités et degrés de concentration — prévues sous leur régime;</p>	
<p>[75] Subsection 36(3) of the Act prohibits the deposit of a deleterious substance in fish-bearing waters. Paragraph 36(4)(b) permits the deposit of a deleterious substance in such waters under conditions authorized by regulations enacted pursuant to subsection 36(5). The challenged Regulations in this case were enacted pursuant to subsection 36(5). The effect of the impugned Regulations is to allow the use of Sandy Pond as a TIA, that is as a depository of residue generated by the operation of the Project at Long Harbour.</p>	<p>[75] Le paragraphe 36(3) de la Loi interdit le rejet d'une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons. L'alinéa 36(4)b autorise le dépôt d'une substance nocive dans de telles eaux dans les conditions autorisées par les règlements adoptés en vertu du paragraphe 36(5). Le Règlement contesté en l'espèce a été adopté en vertu du paragraphe 36(5). L'effet du Règlement en cause est de permettre l'utilisation de l'étang Sandy en tant que DRM, c'est-à-dire en tant que dépôt des résidus générés par l'exploitation du projet à Long Harbour.</p>		
<p>[76] There is no doubt that the said residue, that is the tailings, contains deleterious substances and that these substances will be deposited in Sandy Pond. While this prospect stirred public opinion and precipitated this litigation, the use of Sandy Pond in this manner is not illegal but expressly authorized by the above-referenced provisions of the Act.</p>	<p>[76] Il ne fait aucun doute que lesdits résidus, des résidus miniers, contiennent des substances nocives et que ces substances seront déposées dans l'étang Sandy. Bien que cette perspective ait ému l'opinion publique et précipité la présente affaire, l'utilisation de l'étang Sandy de cette manière n'est pas illégale; elle est expressément autorisée par les dispositions précitées de la Loi.</p>		
<p>[77] In my opinion, the provisions quoted above are sufficiently broad to authorize the enactment of the challenged Regulations, that is the 2006 version.</p>	<p>[77] À mon avis, les dispositions précitées ont une portée suffisamment large pour autoriser l'adoption du Règlement contesté, soit la version 2006.</p>		

[78] The second step, in the *vires* analysis, is to inquire whether the grant of statutory authority permits the delegated legislation in question. In my opinion it is necessary to focus only on subsection 36(5) in assessing the second aspect of the *vires* test *per Canada (Wheat Board)*, because this provision relates to all three aspects of the applicant's challenge, that is the *vires* of sections 5 and 27.1, as well as Schedule 2.

[79] I will first look at section 5 [of the 2002 Regulations as am. by section 2] of the 2006 Regulations which authorizes the deposit of deleterious materials into a TIA. Section 5 provides as follows:

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.

[80] This conduct is specifically authorized by paragraphs 36(5)(a) to (d) of the Act as follows:

36. ...

Regulations for authorizing certain deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

(a) the deleterious substances or classes thereof authorized to be deposited notwithstanding subsection (3);

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

[78] La deuxième étape de l'analyse de la validité consiste à se demander si le pouvoir conféré par la loi autorise la législation déléguée en question. À mon avis, il n'est nécessaire d'examiner que le paragraphe 36(5) pour l'évaluation du deuxième critère de l'analyse de la validité de l'arrêt *Canada (Commission du blé)* parce que cette disposition concerne les trois aspects de la contestation de la demanderesse, soit la validité de l'article 5, de l'article 27.1 et de l'annexe 2.

[79] Je vais d'abord examiner l'article 5 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 2] du Règlement de 2006, qui autorise le rejet de substances nocives dans un DRM. L'article 5 dispose que :

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.

[80] Ce comportement est expressément autorisé par les alinéas 36(5)a) à d) de la Loi, reproduits ci-après :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

Règlements d'application de l'al. (4)b)

a) les substances ou catégories de substances nocives dont l'immersion ou le rejet sont autorisés par dérogation au paragraphe (3);

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

(c) the works or undertakings or classes thereof in the course or conduct of which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(d) the quantities or concentrations of any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) that are authorized to be deposited;

c) les ouvrages ou entreprises ou catégories d'ouvrages ou d'entreprises pour lesquels l'immersion ou le rejet des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

d) les quantités ou les degrés de concentration des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) dont l'immersion ou le rejet sont autorisés;

[81] Section 27.1 [of the 2002 Regulations as am. by section 14] of the 2006 Regulations requires that a mine owner or operator submit a compensation plan for approval by the Minister prior to the deposit of deleterious substances. Section 27.1 reads as follows:

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;

[81] L'article 27.1 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 14] du Règlement de 2006 exige que le propriétaire ou l'exploitant d'une mine soumette un plan de compensation à l'approbation du ministre avant de procéder au rejet de substances nocives. L'article 27.1 est rédigé comme suit :

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) 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 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.

[82] The compensation plan in this case is reviewed in the affidavits of Mr. McCarthy, on behalf of the intervenor Vale, and Mr. Barnes on behalf of the respondent.

[83] Vale developed a compensation plan after undertaking an extensive environmental study of Sandy Pond, following comments from DFO. The plan would relocate the fish from Sandy Pond to a nearby water source with a minimal loss of life, including efforts to replace the fish habitat lost through the use of Sandy Pond as a TIA. The compensation plan was finalized and submitted to DFO in April 2011.

[84] The compensation plan scheme is authorized by paragraph 36(5)(e) of the Act which provides as follows:

36. ...

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 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.

[82] Le plan de compensation en l'espèce fait l'objet d'un examen dans les affidavits de M. McCarthy, au nom de l'intervenante Vale, et de M. Barnes, au nom de la défenderesse.

[83] Vale a élaboré un plan de compensation après avoir entrepris une vaste étude environnementale de l'étang Sandy, à la suite des commentaires du MPO. Le plan consiste à déplacer les poissons de l'étang Sandy dans une source d'eau à proximité avec un minimum de perte de vies, et ce, en cherchant à remplacer l'habitat du poisson perdu en raison de l'utilisation de l'étang Sandy en tant que DRM. Le plan de compensation a été mis au point et remis au MPO en avril 2011.

[84] Le mécanisme du plan de compensation est autorisé par l'alinéa 36(5)e) de la Loi, qui prévoit que :

36. [...]

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

...

(e) the conditions or circumstances under which and the requirements subject to which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) or any quantities or concentrations of those deleterious substances or classes thereof are authorized to be deposited in any waters or places or classes thereof referred to in paragraph (b) or in the course or conduct of any works or undertakings or classes thereof referred to in paragraph (c).

[85] Finally, there remains the challenge to the creation of Schedule 2 which is a list of TIAs authorized under the Regulations. The basis of the challenge here is the alleged invalidity of section 5 [of the 2002 Regulations as am. by section 2] of the 2006 Regulations. However, this argument must fail because section 5 falls within the regulation-making authority of subsection 36(5) [of the Act]. The validity of Schedule 2 depends on the validity of section 5 and I have found section 5 to be valid.

[86] In any event, paragraph 36(5)(b) of the Act clearly authorizes the creation of TIAs, as appears from the following:

36. ...

Regulations
for
authorizing
certain
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

...

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited.

[87] The Act authorizes activities that may negatively affect fish-bearing waters, as recognized by the Court in *Ecology Action Centre Society*, at paragraph 74, where the Court said the following:

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

[...]

e) les conditions, les quantités, les exigences préalables et les degrés de concentration autorisés pour l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) dans les eaux et les lieux visés à l'alinéa b) ou dans le cadre des ouvrages ou entreprises visés à l'alinéa c).

[85] Enfin, il reste la contestation de la création de l'annexe 2, soit une liste des DRM autorisées en vertu du Règlement. La contestation repose sur la prétendue invalidité de l'article 5 [du Règlement de 2002 mod. par l'article 2] du Règlement de 2006. Cependant, cet argument doit être rejeté, car l'article 5 s'inscrit dans le cadre du pouvoir de réglementation du paragraphe 36(5) [de la Loi]. La validité de l'annexe 2 dépend de la validité de l'article 5 et je conclus que l'article 5 est valide.

[86] En tout état de cause, l'alinéa 36(5)b) de la Loi autorise clairement la création de dépôts de résidus miniers, comme il ressort de ce qui suit :

36. [...]

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

[...]

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés.

[87] La Loi autorise des activités pouvant avoir des répercussions négatives sur des eaux où vivent des poissons, comme l'a reconnu la Cour dans la décision *Ecology Action Centre Society*, au paragraphe 74, où elle a déclaré :

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

Règlements
d'application
de l'al. (4)b)

Furthermore, it is noteworthy that section 35 does not impose a blanket prohibition against HADD [harmful alteration disruption or destruction of fish habitat]. HADD may occur with the authorization of the Minister pursuant to regulations enacted by the Governor-in Council.

[88] The fact that regulations enacted pursuant to the Act may have negative environmental consequences does not, *per se*, render those regulations invalid. Parliament legislated the provisions allowing the enactment of the Regulations in question here. There is no basis for judicial intervention. The will of the people, with respect to legislation, can be expressed at the ballot box.

[89] The applicant did not seek injunctive relief to stop any work undertaken in the conversion of Sandy Pond into a TIA. Accordingly, there was no impediment against any steps taken by Vale in pursuit of that aim.

[90] In the result, I am satisfied that the provisions of the 2006 Regulations that are challenged in this application were lawfully enacted by the Governor in Council pursuant to the authority conferred by subsection 36(5) of the Act.

[91] Two residual matters require comment, that is the interveners' rights to appeal and costs.

[92] The first matter was addressed by the Federal Court of Appeal in its order of April 8th, 2011 at paragraph 1(x) as follows:

1.

...

(x) the interveners may ask the presiding judge upon the hearing of this application to entertain a motion for the interveners to have the right to appeal from the final judgment disposing of the application for judicial review.

[93] The interveners did not raise the issue at the hearing of this matter and the matter should be raised before the Federal Court of Appeal if necessary.

[94] The order granting status to the interveners addressed costs at paragraph 1(xi) as follows:

De plus, il importe de noter que l'article 35 n'interdit pas absolument la DDP [détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson]. La DDP peut être autorisée par le ministre ou par un règlement pris par le gouverneur en conseil.

[88] Le fait que les règlements adoptés en vertu de la Loi peuvent avoir des répercussions négatives sur l'environnement n'est pas, en soi, un motif d'invalidité. Le Parlement a légiféré et adopté les dispositions permettant l'adoption du Règlement en l'espèce. Rien ne justifie une intervention judiciaire. La volonté du peuple, en matière législative, peut s'exprimer dans l'urne.

[89] La demanderesse n'a pas demandé d'injonction pour arrêter les travaux entrepris dans la conversion de l'étang Sandy en DRM. Il n'y a donc eu aucun obstacle aux mesures prises par Vale dans la poursuite de cet objectif.

[90] En conséquence, je suis convaincue que les dispositions du Règlement de 2006 contestées en l'espèce ont été légalement adoptées par le gouverneur en conseil en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 36(5) de la Loi.

[91] Deux questions restent à résoudre : le droit des intervenantes d'interjeter appel et les dépens.

[92] La première question a été traitée par la Cour d'appel fédérale dans son ordonnance du 8 avril 2011, à l'alinéa 1(x) :

1.

[...]

(x) les intervenantes peuvent demander au juge président l'audience lors de l'instruction de la présente demande d'entendre une requête visant à donner aux intervenantes le droit d'interjeter appel de la décision finale tranchant la demande de contrôle judiciaire.

[93] Les intervenantes n'ont pas soulevé la question lors de l'audience. Au besoin, la question devrait être soulevée devant la Cour d'appel fédérale.

[94] L'ordonnance accordant le statut d'intervenante a réglé la question des dépens, à l'alinéa 1(xi) :

1.

...

- (xi) the interveners shall not be entitled to seek costs against the Applicant or the Respondent nor shall the Applicant or the Respondent be entitled to seek costs against the interveners whatsoever for the whole of this proceeding.

[95] In these circumstances, no costs will be awarded for or against the interveners.

[96] In his submissions the respondent sought dismissal of this application with costs. The respondent has succeeded and in the usual course of events, costs are awarded to the successful party.

[97] Accordingly, this application is dismissed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed with costs.

1.

[...]

- (xi) les intervenantes n'ont pas le droit de réclamer les dépens contre la demanderesse ou la défenderesse et ni la demanderesse ni la défenderesse n'a le droit de demander les dépens contre les intervenantes pour quelque raison que ce soit pour l'ensemble de ces procédures.

[95] Dans les circonstances, aucuns dépens ne seront adjugés en faveur ou à l'encontre de l'une ou l'autre des intervenantes.

[96] La défenderesse a demandé le rejet de la présente demande avec dépens. La défenderesse a gain de cause et les dépens sont généralement adjugés à la partie gagnante.

[97] En conséquence, la présente demande est rejetée avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR REJETTE la présente demande avec dépens.