



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 4, Part 1

2019, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2019] 4 F.C.R., {³⁻²⁸⁷

Renvoi [2019] 4 R.C.F., {³⁻²⁸⁷

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2020.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2020.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–287

Morton v. Canada (Fisheries and Oceans) (F.C.) 3

Fisheries—Judicial reviews challenging respondent Minister of Fisheries and Oceans' (Minister) policy of issuing licences for transfers of salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens—Transfer licence only issued if conditions set out in *Fishery (General) Regulations* (FGRs), s. 56 met—Department of Fisheries and Oceans (DFO) not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV) or Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) prior to issuing licences (PRV Policy)—PRV Policy last reconsidered July 2018 (PRV Policy Decision)—Application in T-1710-16 challenging reasonableness of PRV Policy Decision—Application in T-430-18 also challenging reasonableness of PRV Policy Decision as well as Minister's failure to consult 'Namgis First Nation ('Namgis)—Application in T-744-18 seeking to quash transfer licence issued to applicant Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest)—*Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 (*Morton 2015*) previously finding no nexus or scientific linkage between regulatory requirement (directed to protection of resource), licence condition (directed to stock)—'Namgis submitting, *inter alia*, that Minister's interpretation of s. 56 inconsistent with *Morton 2015* in that Minister's interpretation of "protection and conservation of fish" limited to word "conservation", omitting analysis of word "protection"—Whether PRV Policy Decision reasonable; whether decision to issue transfer licence to Marine Harvest reasonable—FGRs, s. 56 not justifiably bearing Minister's interpretation of phrase "may be harmful to the protection and conservation of fish"—Minister's interpretation essentially permitting transfer of fish having disease—This interpretation unreasonable, not consistent with Wild Salmon Policy definition of "conservation"—Transfer of fish known to have diseases inconsistent with FGRs, s. 56(b) prohibition

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–287

Morton c. Canada (Pêches et Océans) (C.F.) 3

Pêches—Contrôles judiciaires contestant la politique du défendeur, le ministre des Pêches et des Océans (ministre), de délivrer des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l'on procède au dépistage de certains agents pathogènes—Les permis de transfert ne peuvent être délivrés que si les conditions énoncées à l'art. 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* (RPDG) sont remplies—Le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») ne fait pas effectuer de tests de dépistage de l'orthoreovirus pisciaire (le « RVP ») ou d'une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l'« IMSC ») avant de délivrer des permis (la « Politique concernant le RVP »)—Le réexamen le plus récent de la Politique concernant le RVP a eu lieu en juillet 2018 (la « décision sur la Politique concernant le RVP »)—La demande dans le dossier T-1710-16 contestait le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP—La demande dans le dossier T-430-18 contestait elle aussi le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP ainsi que le manquement du ministre à l'obligation de consulter la Première Nation des 'Namgis (PNN) au sujet de cette politique—La demande dans le dossier T-744-18 cherchait à faire annuler un permis de transfert délivré à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest)—L'affaire *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575 (*Morton 2015*), avait conclu précédemment qu'il n'y avait aucun lien ou rapport scientifique entre l'exigence réglementaire (qui visait à protéger la ressource) et la condition du permis (qui visait à protéger le stock)—La PNN a soutenu notamment que l'interprétation de l'art. 56 par le ministre ne cadrerait pas avec la décision *Morton 2015* dans la mesure où l'interprétation que faisait le ministre du membre de phrase « la protection et [...] la conservation des espèces » ne s'intéressait qu'au mot

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of transfer of fish having disease or disease agents that may be harmful to protection, conservation of fish—Such transfer representing risk of serious or irreversible harm contrary to precautionary approach—Level of potential harm imported by Minister’s interpretation of s 56(b) not in keeping with proper management, control of fisheries—Minister’s interpretation defeating purpose of Wild Salmon Policy definition of conservation—Court’s findings in *Morton 2015* concerning s. 56, precautionary principle not obiter—Precautionary principle having to inform Minister’s interpretation of s. 56—Minister’s interpretation of phrase “the protection and conservation of fish” inconsistent with precautionary principle—S. 56 decisions applying PRV Policy made in derogation of precautionary principle—Minister’s interpretation of s. 56 permitting harm to genetic diversity, species or ecosystem—Protection, conservation of fish extending to wild fish—Minister required to consider wild salmon when adopting, continuing PRV Policy—Decision rendered unreasonable by failing to do so—PRV Policy Decision quashed.

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Minister of Fisheries and Oceans (Minister) issuing licences for transfers of live salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens—Transfer licence only issued if conditions set out in *Fishery (General) Regulations* (FGRs), s. 56 met—Department of Fisheries and Oceans (DFO) not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV) or

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

« conservation » et ne faisait aucunement appel à l’analyse du mot « protection »—Il s’agissait de savoir si la décision sur la Politique concernant le RVP était raisonnable et si la décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest était raisonnable—L’art. 56 du RPDG ne pouvait étayer de manière justifiable l’interprétation que le ministre a donnée au membre de phrase « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces »—L’interprétation du ministre autorisait essentiellement n’importe quel transfert de poissons porteurs d’une maladie—Cette interprétation ne concordait pas avec la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, et elle était déraisonnable—Le transfert de poissons que l’on sait être porteurs d’une maladie était incompatible avec l’art. 56(b) du RPDG, lequel interdit les transferts de poissons porteurs de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des poissons—Un tel transfert risque de causer des dommages graves ou irréversibles, ce qui est contraire au principe de précaution—Le degré élevé des dommages potentiels qu’implique l’interprétation que fait le ministre de l’art. 56(b) était incompatible avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches—L’interprétation du ministre contrecarrait l’objet de la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage—Les conclusions de la Cour dans l’affaire *Morton 2015* concernant l’art. 56 et le principe de précaution n’étaient pas des opinions incidentes—L’interprétation du ministre relative à l’art. 56 doit tenir compte du principe de précaution—L’interprétation donnée par le ministre au membre de phrase « à la protection et à la conservation des espèces » ne concordait pas avec le principe de précaution—Les décisions prises en vertu de l’art. 56 qui appliquent la Politique concernant le RVP dérogeaient au principe de précaution—L’interprétation de l’art. 56 par le ministre permettait des mesures de nature à nuire à la diversité génétique, aux espèces ou à l’écosystème—La protection et la conservation des poissons s’étendent aux poissons sauvages—Le ministre était tenu de prendre en compte les saumons sauvages au moment où il a adopté et où il a continué d’appliquer la Politique concernant le RVP—Il ne l’a pas fait, ce qui fait donc que cette décision était déraisonnable—Décision sur la Politique concernant le RVP annulée.

Peuples autochtones—Obligation de consulter—Le ministre des Pêches et des Océans (ministre) a délivré des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes et de certaines maladies—Les permis de transfert ne peuvent être délivrés que si les conditions énoncées à l’art. 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) prior to issuing licences (PRV Policy)—PRV Policy last reconsidered July 2018 (PRV Policy Decision) —Applicant ‘Namgis First Nation (‘Namgis) claiming Minister breaching duty to consult them with respect to PRV Policy, issuance of transfer licence to applicant Marine Harvest Canada Inc.—Whether Minister breaching duty to consult ‘Namgis concerning PRV Policy Decision, issuance of transfer licence—PRV Policy Decision potentially having adverse effects on ‘Namgis’ Aboriginal rights—DFO not advising ‘Namgis of amendment to all existing aquaculture licences—Failure to raise this amendment inconsistent with DFO’s demonstrated, self-stated ongoing consultation practice concerning aquaculture licences—DFO should have responded, engaged with ‘Namgis’ concern—‘Namgis’ request for consultation triggering requirement to respond—DFO breaching duty to consult.

Practice—Affidavits—Minister of Fisheries and Oceans (Minister) issuing licences for transfers of live salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens—Applicant ‘Namgis First Nation (‘Namgis) seeking to quash transfer licence issued to applicant Marine Harvest Canada Inc. on basis, inter alia, licence issued in contravention of *Fishery (General) Regulations*, s. 56—Asserting that Minister acting in bad faith by improperly promoting interests of aquaculture industry without regard to protection, conservation of fish as required by s. 56—Relying on expert affidavits to support bad faith allegations—Expert affidavits not admissible—Affidavits not reviewing in neutral, uncontroversial way evidence before Minister’s delegate—Admission of affidavits would transform judicial review into trial de novo on merits of the science—Affidavits not meeting qualifications of relevancy, necessity—Not falling within exceptions to rule precluding admission of evidence not before decision maker—Not establishing that Department of Fisheries and Oceans (DFO) acting inconsistently with statutory purpose with such reckless disregard that absence of good faith could be deduced,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(RPDG) sont remplies—Le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») ne fait pas effectuer de tests de dépistage de l’orthoréovirus pisciaire (le « RVP ») ou d’une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l’« IMSC ») avant de délivrer des permis (la « Politique concernant le RVP »)—Le réexamen le plus récent de la Politique concernant le RVP a eu lieu en juillet 2018 (la « décision sur la Politique concernant le RVP »)—La demanderesse, la Première Nation des ‘Namgis (la PNN), a soutenu que le ministre a manqué à l’obligation de la consulter au sujet de la Politique concernant le RVP et de la délivrance d’un permis de transfert à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc.—Il s’agissait de savoir si le ministre a manqué à l’obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP et de la décision de délivrer le permis de transfert—La décision sur la Politique concernant le RVP était susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux de la PNN—Le MPO n’a pas avisé la PNN de la modification qui a été apportée à tous les permis d’aquaculture existants—L’omission d’informer la PNN de la modification était incompatible avec le fait que le MPO avait, comme il a été établi et comme il le reconnaissait lui-même, pour pratique de mener des consultations sur les permis d’aquaculture—Le MPO aurait dû répondre à la préoccupation de la PNN et en discuter—La demande de la PNN a fait en sorte que le MPO se devait de lui répondre—Le MPO a manqué à l’obligation de consulter.

Pratique—Affidavits—Le ministre des Pêches et des Océans (ministre) a délivré des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes—La demanderesse, la Première Nation des ‘Namgis (PNN), cherchait à faire annuler un permis de transfert délivré à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc., au motif notamment que ce permis a été délivré en contravention à l’art. 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*—Elle a affirmé que le ministre a agi de mauvaise foi en favorisant indûment les intérêts de l’industrie aquacole sans tenir compte de la protection et de la conservation des poissons, ainsi que l’exige l’art. 56—À l’appui de ses allégations de mauvaise foi, elle s’est fondée sur les affidavits d’experts—Les affidavits des experts n’étaient pas admissibles—Ils n’ont pas passé en revue de manière neutre et non controversée les preuves qui ont été soumises à la déléguée du ministre—L’admission des affidavits aurait eu pour effet de transformer le contrôle judiciaire en un nouveau procès sur le bien-fondé des éléments scientifiques—Les affidavits ne répondaient pas aux conditions de pertinence et de nécessité—Ils ne tombaient sous le coup d’aucune des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

bad faith presumed—Not establishing that DFO acting improperly.

Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation (F.C.) 217

Aboriginal Peoples—Governance—Council powers—Judicial review of decision of respondent’s Council suspending applicant as one of its members—Respondent’s Council seeking to anchor decision in unwritten “custom”, in by-law making provisions of *Indian Act* or in “inherent” power—Respondent adopting its current Customary Election Regulations in May 2014—Applicant elected councillor in June 2018 – Soon after elected, applicant discovering that Council members, officer allegedly breaching fiduciary duties; filing action thereafter—Conflict between applicant, individuals involved escalating, culminating in blockade of respondent’s premises—At meeting of respondent’s Council, applicant temporarily suspended with pay via draft band council resolution (BCR)—BCR alleging in particular that applicant engaging in wrongful conduct, that she had organized, supported blockade—Disciplinary hearing to take place—Applicant arguing that respondent’s Council not having power to suspend her whereas respondent arguing in particular that applicant’s judicial review application premature—Whether applicant’s application premature; whether respondent’s Council having power to suspend applicant—Applicant’s application not premature—Case warranting exception to prohibition on judicial review of interlocutory rulings —As to power to suspend councillor, Election Regulations affording Council to do so only in limited circumstances, which did not apply to this case—Council having no power to remove councillor without vote of membership—This finding sufficient to dispose of matter—Respondent’s argument unwritten custom providing such power nevertheless reviewed—Alleged custom constituting unwritten addition to written electoral code—Respondent failing to discharge burden of proving facts to support it—With respect to argument impugned decision could be based on *Indian Act*, s. 81, which grants council of Indian bands by-law making power over range of subjects, where First Nation not subject to *Indian Act*, ss. 74-80, having adopted own election laws, by-laws made under s. 81 cannot contradict or change First Nation’s electoral laws since not enacted under same authority—Also, impugned decision here not by-law purported to be made under *Indian Act*, s. 81—As to argument of necessity or inherent power, relevant

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

exceptions à la règle interdisant l’admission de preuves dont ne disposait pas le décideur—Ils n’ont pas établi que le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») a agi de façon incompatible avec le mandat que la loi lui confie et avec une telle indifférence que l’on peut en déduire une absence de bonne foi et présumer de la mauvaise foi—Ils n’ont pas montré que le MPO a agi de manière illégitime.

Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray (C.F.) 217

Peuples autochtones — Gouvernance — Pouvoirs du conseil — Contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l’une de ses membres, la demanderesse — Le conseil de la défenderesse a cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* ou sur un pouvoir « inhérent » — La défenderesse a adopté son Règlement électoral coutumier actuel en mai 2014 — La demanderesse a été élue conseillère en juin 2018 – Peu après son élection, elle a découvert que certains membres du conseil et un dirigeant auraient manqué à leur obligation de fiduciaire; elle a par la suite intenté une action — Le conflit entre la demanderesse et les particuliers en cause s’est escaladé et il a culminé par l’occupation des locaux de la défenderesse — Lors d’une réunion du conseil de la défenderesse, la demanderesse a été suspendue temporairement avec solde par un projet de résolution du conseil de bande (RCB) — La RCB alléguait plus particulièrement que la demanderesse s’était livrée à un comportement fautif et qu’elle avait organisé et soutenu l’occupation — Une audience disciplinaire serait convoquée — La demanderesse a fait valoir que le conseil de la défenderesse n’avait pas le pouvoir de la suspendre, alors que la défenderesse a fait valoir plus particulièrement que la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse était prématurée — Il s’agissait de savoir si la demande de la demanderesse était prématurée et si le conseil de la défenderesse avait le pouvoir de suspendre la demanderesse — La demande de la demanderesse n’était pas prématurée — Cette affaire justifiait une exception à l’interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires — En ce qui concerne le pouvoir de suspendre un conseiller, le Règlement électoral ne confère ce pouvoir au conseil que dans des circonstances limitées, qui ne s’appliquaient pas à la présente affaire — Le conseil n’a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l’ensemble des membres — Cette conclusion était suffisante pour trancher l’affaire — L’argument de la défenderesse selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir a néanmoins été examiné — La coutume alléguée constituait un ajout non écrit à un code électoral écrit — La défenderesse ne s’est pas acquittée du fardeau qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Indigenous legal system should determine who can exercise inherent power—In elections context, Federal Court previously holding that election laws must reflect broad consensus of membership of First Nation concerned—In doing so, Federal Court determining holder of inherent power to make such laws —Thus, respondent could not invoke Council’s inherent power to suspend applicant—Same considerations applying to respondent’s submission of separate concept of necessity—Application allowed.

Connolly v. Canada (National Revenue) **(F.C.A.)** 256

Income Tax—Penalties and Interest—Registered retirement savings plans—Over-contributions—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by respondent’s delegate declining to grant relief in respect of income tax on over-contributions to appellant’s registered retirement savings plans (RRSPs)—Appellant exceeding contribution allowed to RRSP, spousal RRSP—Canada Revenue Agency (CRA) advising appellant of over-contributions—Appellant’s accountant sending necessary returns, forms one year later—Appellant failing to file RRSP over-contribution returns within prescribed time limit—Respondent issuing notices of assessment—Appellant requesting relief from tax on over-contributions, penalties, interest—Ministerial delegate refusing relief request pursuant to *Income Tax Act*, ss. 204.1(4), 220(3.1)—Delegate finding lack of awareness or poor financial advice not extraordinary circumstances—Federal Court holding delegate correct in interpreting s. 204.1(4), in rejecting claims because ignorance of law, reliance on advisor not grounds for relief—Whether delegate committing reviewable error—Federal Court not erring in dismissing application for judicial review—Although delegate’s interpretation of s. 204.1(4) incorrect, reaching only

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière — En ce qui concerne l’argument selon lequel la décision contestée pourrait être fondée sur l’art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, qui confère au conseil des bandes indiennes le pouvoir de prendre des règlements concernant une gamme de sujets, lorsqu’une Première Nation n’est pas assujettie aux art. 74 à 80 de la *Loi sur les Indiens* et a adopté ses propres lois électorales, les règlements administratifs pris en application de l’art. 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d’une Première Nation, puisqu’ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir — En outre, la décision contestée n’était pas un règlement censé être pris en application de l’art. 81 de la *Loi sur les Indiens* — En ce qui concerne l’argument relatif à la nécessité ou au pouvoir inhérent, le système juridique autochtone pertinent devrait déterminer le titulaire du pouvoir inhérent — Dans le contexte des élections, la Cour fédérale a déjà conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée — Ce faisant, la Cour fédérale a déterminé qui a le pouvoir inhérent d’adopter de telles lois — La défenderesse ne pouvait donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la demanderesse — Les mêmes considérations s’appliquaient à l’égard de l’argument de la défenderesse relatif à une notion distincte de nécessité — Demande accueillie.

Connolly c. Canada (Revenu national) **(C.A.F.)** 256

Impôt sur le revenu — Pénalités et intérêts — Régimes enregistrés d’épargne-retraite — Cotisations excédentaires — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par une fonctionnaire déléguée de l’intimé, qui a rejeté la demande d’allègement de l’impôt perçu sur les cotisations excédentaires aux régimes enregistrés d’épargne-retraite (REER) de l’appelant — L’appelant a cotisé une somme supérieure à la cotisation permise à son REER et à un REER au profit de son épouse — L’Agence du revenu du Canada (ARC) a expliqué à l’appelant qu’il avait fait des cotisations excédentaires — Le comptable de l’appelant a envoyé les déclarations et les formulaires nécessaires un an plus tard — L’appelant n’a pas produit les déclarations pour cotisations excédentaires dans le délai établi — L’intimé a délivré des avis de cotisation — L’appelant a demandé un allègement de l’impôt sur les cotisations excédentaires, ainsi que des pénalités et des intérêts — La fonctionnaire déléguée a rejeté les demandes d’allègement présentées au titre des art. 204.1(4) et 220(3.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* — Elle a conclu que la méconnaissance de l’appelant ou les mauvais conseils financiers qu’il a reçus ne constituaient pas des circonstances exceptionnelles — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

reasonable conclusion in circumstances—Not reasonable to exclude from consideration all errors flowing from mistake about available contribution room, errors caused by bad advice—Unreasonable to interpret taking of reasonable steps to withdraw over-contribution to mean that taxpayer having to withdraw over-contributions as soon as possible or within required timeframe—Text of s. 204.1(4) not reasonably supporting delegate's interpretation—Context, purpose, plain meaning of English, French versions of s. 204.1(4) not reasonably supporting conclusion that over-contribution error must arise from extraordinary circumstances or that steps always having to be taken with dispatch to withdraw over-contribution—Delegate's interpretation thwarting s. 204.1(4) remedial purpose—Error made by third party advisor not automatically unreasonable—Circumstances of taxpayer's reliance on expert third party for advice needing to be analyzed to determine if reasonable—Decision under appeal herein, other Federal Court decisions incorrect in stating that mistake as to amount of allowable RRSP contributions, or mistakes caused by expert third party advice never reasonable—Reasonable error not necessarily limited to what would constitute due diligence—Delegate ultimately reaching only reasonable conclusion despite errors—Appellant providing little detail as to reasons for mistake—Not appearing to have made inquiries to confirm contribution room—Error therefore not reasonable—Even if reasonable, steps taken to correct error not reasonable—No basis for interfering with delegate's conclusion—Appeal dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

Cour fédérale a jugé correcte l'interprétation de l'art. 204.1(4) faite par la fonctionnaire déléguée en rejetant la demande parce que ni l'ignorance de la loi ni le fait de se fier à un conseiller ne sont des motifs d'allègement — Il s'agissait de savoir si la fonctionnaire déléguée a commis une erreur susceptible de révision — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire — Bien que la fonctionnaire déléguée ait fait une interprétation erronée de l'art. 204.1(4), elle en est arrivée à la seule conclusion acceptable dans les circonstances — Il n'était pas raisonnable de ne pas tenir compte des erreurs découlant d'une erreur au sujet du montant des cotisations maximales admissibles ou des erreurs causées par de mauvais conseils — Il était déraisonnable d'interpréter l'adoption de mesures indiquées pour retirer des cotisations excédentaires comme signifiant que le contribuable doit retirer l'excédent le plus rapidement possible ou dans le délai prévu — Le texte de l'art. 204.1(4) n'appuie pas raisonnablement l'interprétation de la fonctionnaire déléguée — Le contexte, l'objet et le sens manifeste des versions française et anglaise de l'art. 204.1(4) n'étaient pas raisonnablement la conclusion que l'erreur responsable de l'excédent de cotisations doit résulter de circonstances exceptionnelles ou que des mesures doivent toujours être prises le plus rapidement possible pour retirer les cotisations excédentaires — L'interprétation de la fonctionnaire déléguée a contrevenu à l'objet de l'art. 204.1(4), qui est d'offrir un allègement — L'erreur commise par un tiers conseiller n'est pas automatiquement déraisonnable — Les circonstances qui ont amené le contribuable à se fier aux conseils d'un tiers expert doivent être analysées pour déterminer si l'erreur est acceptable — La décision portée en appel en l'espèce de même que d'autres décisions de la Cour fédérale sont erronées dans la mesure où elles indiquent qu'une erreur quant au montant des cotisations admissibles à un REER, ou que des erreurs découlant de conseils donnés par un tiers expert, ne peuvent jamais être acceptables — L'erreur acceptable ne se limite pas nécessairement à ce qui constitue une diligence raisonnable — Malgré les erreurs, la fonctionnaire déléguée est arrivée à la seule conclusion raisonnable — L'appellant a fourni peu de détails pour expliquer l'erreur — Il ne semble pas avoir cherché à savoir comment était déterminé son plafond de cotisation — Son erreur n'était donc pas acceptable — Même si l'erreur était acceptable, les mesures prises pour la corriger n'étaient pas indiquées — Rien ne justifiait d'infirmar la conclusion de la fonctionnaire déléguée — Appel rejeté.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Groupe Maison Candiac v. Canada (Attorney General), 2018 FC 643, [2019] 1 F.C.R. 40, has been affirmed on appeal (A-279-18, 2020 FCA 88). The reasons for judgment, handed down May 15, 2020, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Elroumi v. Shenzhen Top China Imp & Exp Co. Ltd., A-190-18, 2019 FCA 281, Gleason J.A., judgment dated November 7, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused June 18, 2020 (*sub nom. Nada Elroumi, et al. v. Entrepot Canchi, et al.*).

Taseko Mines Limited v. Canada (Environment), A-6-18, 2019 FCA 320, de Montigny J.A., judgment dated December 18, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused May 14, 2020.

Taseko Mines Limited v. Canada (Environment), A-7-18, 2019 FCA 319, de Montigny J.A., judgment dated December 18, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused May 14, 2020.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Groupe Maison Candiac c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 643, [2019] 1 R.C.F. 40, a été confirmée en appel (A-279-18, 2020 CAF 88). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 mai 2020, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Elroumi c. Shenzhen Top China Imp & Exp Co. Ltd., A-190-18, 2019 CAF 281, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 7 novembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 juin 2020 (*sub nom. Nada Elroumi, et al. v. Entrepot Canchi, et al.*).

Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement), A-6-18, 2019 CAF 320, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 18 décembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 mai 2020.

Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement), A-7-18, 2019 CAF 319, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 18 décembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 mai 2020.

**Federal Courts
Reports**

2019, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 4, 1^{er} fascicule

2019 FC 143 T-1710-16	2019 CF 143 T-1710-16
Alexandra Morton (<i>Applicant</i>)	Alexandra Morton (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
Minister of Fisheries and Oceans, Marine Harvest Canada Inc. and Cermaq Canada Ltd. (<i>Respondents</i>)	Le ministre des Pêches et des Océans, Marine Harvest Canada Inc. et Cermaq Canada Ltée (<i>défendeurs</i>)
T-430-18	T-430-18
‘Namgis First Nation (<i>Applicant</i>)	Première Nation des ‘Namgis (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
Minister of Fisheries, Oceans and the Canadian Coast Guard, Marine Harvest Canada Inc. and Cermaq Canada Ltd. (<i>Respondents</i>)	Le ministre des Pêches et des Océans, la Garde côtière canadienne, Marine Harvest Canada Inc. et Cermaq Canada Ltée (<i>défendeurs</i>)
T-744-18	T-744-18
‘Namgis First Nation (<i>Applicant</i>)	Première Nation des ‘Namgis (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
Minister of Fisheries, Oceans and the Canadian Coast Guard, Marine Harvest Canada Inc. and Cermaq Canada Ltd. (<i>Respondents</i>)	Le ministre des Pêches et des Océans, la Garde côtière canadienne, Marine Harvest Canada Inc. et Cermaq Canada Ltée (<i>défendeurs</i>)
INDEXED AS: MORTON v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)	RÉPERTORIÉ : MORTON C. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)
Federal Court, Strickland J.—Vancouver, September 10-14, 2018; Ottawa, February 4, 2019.	Cour fédérale, juge Strickland—Vancouver, 10 au 14 septembre 2018; Ottawa, 4 février 2019.
<i>Fisheries — Judicial reviews challenging respondent Minister of Fisheries and Oceans’ (Minister) policy of issuing licences for transfers of salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens — Transfer licence only issued if conditions set out in Fishery (General) Regulations (FGRs), s. 56 met — Department of Fisheries and Oceans (DFO) not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV) or Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) prior to issuing licences (PRV Policy) — PRV Policy last reconsidered July 2018 (PRV Policy Decision) — Application in T-1710-16 challenging reasonableness of</i>	<i>Pêches — Contrôles judiciaires contestant la politique du défendeur, le ministre des Pêches et des Océans (ministre), de délivrer des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes — Les permis de transfert ne peuvent être délivrés que si les conditions énoncées à l’art. 56 du Règlement de pêche (dispositions générales) (RPDG) sont remplies — Le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») ne fait pas effectuer de tests de dépistage de l’orthoréovirus pisciaire (le « RVP ») ou d’une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l’« IMSC ») avant</i>

PRV Policy Decision — Application in T-430-18 also challenging reasonableness of PRV Policy Decision as well as Minister's failure to consult 'Namgis First Nation ('Namgis) — Application in T-744-18 seeking to quash transfer licence issued to applicant Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest) — Morton v. Canada (Fisheries and Oceans), 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 (Morton 2015) previously finding no nexus or scientific linkage between regulatory requirement (directed to protection of resource), licence condition (directed to stock) — 'Namgis submitting, inter alia, that Minister's interpretation of s. 56 inconsistent with Morton 2015 in that Minister's interpretation of "protection and conservation of fish" limited to word "conservation", omitting analysis of word "protection" — Whether PRV Policy Decision reasonable; whether decision to issue transfer licence to Marine Harvest reasonable — FGRs, s. 56 not justifiably bearing Minister's interpretation of phrase "may be harmful to the protection and conservation of fish" — Minister's interpretation essentially permitting transfer of fish having disease — This interpretation unreasonable, not consistent with Wild Salmon Policy definition of "conservation" — Transfer of fish known to have diseases inconsistent with FGRs, s. 56(b) prohibition of transfer of fish having disease or disease agents that may be harmful to protection, conservation of fish — Such transfer representing risk of serious or irreversible harm contrary to precautionary approach — Level of potential harm imported by Minister's interpretation of s. 56(b) not in keeping with proper management, control of fisheries — Minister's interpretation defeating purpose of Wild Salmon Policy definition of conservation — Court's findings in Morton 2015 concerning s. 56, precautionary principle not obiter — Precautionary principle having to inform Minister's interpretation of s. 56 — Minister's interpretation of phrase "the protection and conservation of fish" inconsistent with precautionary principle — S. 56 decisions applying PRV Policy made in derogation of precautionary principle — Minister's interpretation of s. 56 permitting harm to genetic diversity, species or ecosystem — Protection, conservation of fish extending to wild fish — Minister required to consider wild salmon when adopting, continuing PRV Policy — Decision rendered unreasonable by failing to do so — PRV Policy Decision quashed.

de délivrer des permis (la « Politique concernant le RVP ») — Le réexamen le plus récent de la Politique concernant le RVP a eu lieu en juillet 2018 (la « décision sur la Politique concernant le RVP ») — La demande dans le dossier T-1710-16 contestait le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP — La demande dans le dossier T-430-18 contestait elle aussi le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP ainsi que le manquement du ministre à l'obligation de consulter la Première Nation des 'Namgis (PNN) au sujet de cette politique — La demande dans le dossier T-744-18 cherchait à faire annuler un permis de transfert délivré à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest) — L'affaire Morton c. Canada (Pêches et Océans), 2015 CF 575 (Morton 2015), avait conclu précédemment qu'il n'y avait aucun lien ou rapport scientifique entre l'exigence réglementaire (qui visait à protéger la ressource) et la condition du permis (qui visait à protéger le stock) — La PNN a soutenu notamment que l'interprétation de l'art. 56 par le ministre ne cadrerait pas avec la décision Morton 2015 dans la mesure où l'interprétation que faisait le ministre du membre de phrase « la protection et [...] la conservation des espèces » ne s'intéressait qu'au mot « conservation » et ne faisait aucunement appel à l'analyse du mot « protection » — Il s'agissait de savoir si la décision sur la Politique concernant le RVP était raisonnable et si la décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest était raisonnable — L'art. 56 du RPDG ne pouvait étayer de manière justifiable l'interprétation que le ministre a donnée au membre de phrase « pourrait nuire à la protection et à la conservation des espèces » — L'interprétation du ministre autorisait essentiellement n'importe quel transfert de poissons porteurs d'une maladie — Cette interprétation ne concordait pas avec la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, et elle était déraisonnable — Le transfert de poissons que l'on sait être porteurs d'une maladie était incompatible avec l'art. 56(b) du RPDG, lequel interdit les transferts de poissons porteurs de maladies et d'agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des poissons — Un tel transfert risque de causer des dommages graves ou irréversibles, ce qui est contraire au principe de précaution — Le degré élevé des dommages potentiels qu'implique l'interprétation que fait le ministre de l'art. 56(b) était incompatible avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches — L'interprétation du ministre contrecarrait l'objet de la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage — Les conclusions de la Cour dans l'affaire Morton 2015 concernant l'art. 56 et le principe de précaution n'étaient pas des opinions incidentes — L'interprétation du ministre relative à l'art. 56 doit tenir compte du principe de précaution — L'interprétation donnée par le ministre au membre de phrase « à la protection et à la conservation des espèces » ne concordait pas avec le principe de précaution — Les décisions prises en vertu de l'art. 56 qui appliquent la Politique concernant le

Aboriginal Peoples — Duty to consult — Minister of Fisheries and Oceans (Minister) issuing licences for transfers of live salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens — Transfer licence only issued if conditions set out in Fishery (General) Regulations (FGRs), s. 56 met — Department of Fisheries and Oceans (DFO) not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV) or Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) prior to issuing licences (PRV Policy) — PRV Policy last reconsidered July 2018 (PRV Policy Decision) — Applicant ‘Nan̓gis First Nation’ (‘Nan̓gis’) claiming Minister breaching duty to consult them with respect to PRV Policy, issuance of transfer licence to applicant Marine Harvest Canada Inc. — Whether Minister breaching duty to consult ‘Nan̓gis’ concerning PRV Policy Decision, issuance of transfer licence — PRV Policy Decision potentially having adverse effects on ‘Nan̓gis’ Aboriginal rights — DFO not advising ‘Nan̓gis’ of amendment to all existing aquaculture licences — Failure to raise this amendment inconsistent with DFO’s demonstrated, self-stated ongoing consultation practice concerning aquaculture licences — DFO should have responded, engaged with ‘Nan̓gis’ concern — ‘Nan̓gis’ request for consultation triggering requirement to respond — DFO breaching duty to consult.

Practice — Affidavits — Minister of Fisheries and Oceans (Minister) issuing licences for transfers of live salmon into marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens — Applicant ‘Nan̓gis First Nation’ (‘Nan̓gis’) seeking to quash transfer licence issued to applicant Marine Harvest Canada Inc. on basis, inter alia, licence issued in contravention of Fishery (General) Regulations, s. 56 — Asserting that Minister acting in bad faith by improperly promoting interests of aquaculture industry without regard to

RVP dérogeaient au principe de précaution — L’interprétation de l’art. 56 par le ministre permettait des mesures de nature à nuire à la diversité génétique, aux espèces ou à l’écosystème — La protection et la conservation des poissons s’étendent aux poissons sauvages — Le ministre était tenu de prendre en compte les saumons sauvages au moment où il a adopté et où il a continué d’appliquer la Politique concernant le RVP — Il ne l’a pas fait, ce qui fait donc que cette décision était déraisonnable — Décision sur la Politique concernant le RVP annulée.

Peuples autochtones — Obligation de consulter — Le ministre des Pêches et des Océans (ministre) a délivré des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes et de certaines maladies — Les permis de transfert ne peuvent être délivrés que si les conditions énoncées à l’art. 56 du Règlement de pêche (dispositions générales) (RPDG) sont remplies — Le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») ne fait pas effectuer de tests de dépistage de l’orthoréovirus pisciaire (le « RVP ») ou d’une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l’« IMSC ») avant de délivrer des permis (la « Politique concernant le RVP ») — Le réexamen le plus récent de la Politique concernant le RVP a eu lieu en juillet 2018 (la « décision sur la Politique concernant le RVP ») — La demanderesse, la Première Nation des ‘Nan̓gis’ (la PNN), a soutenu que le ministre a manqué à l’obligation de la consulter au sujet de la Politique concernant le RVP et de la délivrance d’un permis de transfert à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc. — Il s’agissait de savoir si le ministre a manqué à l’obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP et de la décision de délivrer le permis de transfert — La décision sur la Politique concernant le RVP était susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux de la PNN — Le MPO n’a pas avisé la PNN de la modification qui a été apportée à tous les permis d’aquaculture existants — L’omission d’informer la PNN de la modification était incompatible avec le fait que le MPO avait, comme il a été établi et comme il le reconnaissait lui-même, pour pratique de mener des consultations sur les permis d’aquaculture — Le MPO aurait dû répondre à la préoccupation de la PNN et en discuter — La demande de la PNN a fait en sorte que le MPO se devait de lui répondre — Le MPO a manqué à l’obligation de consulter.

Pratique — Affidavits — Le ministre des Pêches et des Océans (ministre) a délivré des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes — La demanderesse, la Première Nation des ‘Nan̓gis’ (PNN), cherchait à faire annuler un permis de transfert délivré à la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc., au motif notamment que ce permis a été délivré en contravention à l’art. 56 du Règlement de pêche (dispositions générales) — Elle a affirmé que le ministre

protection, conservation of fish as required by s. 56 — Relying on expert affidavits to support bad faith allegations — Expert affidavits not admissible — Affidavits not reviewing in neutral, uncontroversial way evidence before Minister's delegate — Admission of affidavits would transform judicial review into trial de novo on merits of the science — Affidavits not meeting qualifications of relevancy, necessity — Not falling within exceptions to rule precluding admission of evidence not before decision maker — Not establishing that Department of Fisheries and Oceans (DFO) acting inconsistently with statutory purpose with such reckless disregard that absence of good faith could be deduced, bad faith presumed — Not establishing that DFO acting improperly.

These were applications for judicial review challenging the respondent Minister of Fisheries and Oceans' (Minister) policy of issuing licences for transfers of live salmon into the marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens and diseases that affect salmon.

The Minister may only issue a transfer licence if the conditions set out in section 56 of the *Fishery (General) Regulations* (FGRs) are met, i.e. that the release or transfer of the fish is in keeping with the proper management and control of fisheries (paragraph 56(a)); that the fish do not have any disease (paragraph 56(b)); and their release or transfer will not have an adverse effect on the stock size of fish or the genetic characteristics of fish or fish stocks (paragraph 56(c)). The Department of Fisheries and Oceans (DFO) has a policy of not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV), a highly infectious virus, or Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) disease prior to issuing licences for the transfer of juvenile salmon from land-based hatcheries into marine open-net pens as part of aquaculture operations or as releases made as part of wild salmon enhancement programs (PRV Policy). DFO has reconsidered, but maintained, the PRV Policy on several occasions. The Minister made six decisions, through his delegate, to continue the PRV Policy between 2015 and 2018. The most recent reconsideration on July 28, 2018 was the decision under review in these matters (PRV Policy Decision).

a agi de mauvaise foi en favorisant indûment les intérêts de l'industrie aquacole sans tenir compte de la protection et de la conservation des poissons, ainsi que l'exige l'art. 56 — À l'appui de ses allégations de mauvaise foi, elle s'est fondée sur les affidavits d'experts — Les affidavits des experts n'étaient pas admissibles — Ils n'ont pas passé en revue de manière neutre et non controversée les preuves qui ont été soumises à la déléguée du ministre — L'admission des affidavits aurait eu pour effet de transformer le contrôle judiciaire en un nouveau procès sur le bien-fondé des éléments scientifiques — Les affidavits ne répondaient pas aux conditions de pertinence et de nécessité — Ils ne tombaient sous le coup d'aucune des exceptions à la règle interdisant l'admission de preuves dont ne disposait pas le décideur — Ils n'ont pas établi que le ministre des Pêches et des Océans (le « MPO ») a agi de façon incompatible avec le mandat que la loi lui confie et avec une telle indifférence que l'on peut en déduire une absence de bonne foi et présumer de la mauvaise foi — Ils n'ont pas montré que le MPO a agi de manière illégitime.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire contestant la politique du défendeur, le ministre des Pêches et des Océans (ministre), de délivrer des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l'on procède au dépistage de certains agents pathogènes et de certaines maladies qui touchent les saumons.

Le ministre ne peut délivrer un tel permis que si les conditions énoncées à l'article 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* (RPDG) sont remplies, à savoir que la libération ou le transfert des poissons est en accord avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches (alinéa 56a)); que les poissons sont exempts de maladies (alinéa 56b)); et que la libération ou le transfert ne risque pas d'avoir un effet néfaste sur la taille du stock de poisson ou sur les caractéristiques génétiques du poisson ou des stocks de poisson (alinéa 56c)). Le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») a pour politique de ne pas faire effectuer de tests de dépistage de l'orthoréovirus pisciaire (le « RVP »), un virus hautement infectieux, ou d'une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l'« IMSC ») avant de délivrer des permis en vue du transfert de saumons juvéniles entre des écloseries sur terre et des parcs en filet en mer dans le cadre d'activités aquacoles ou de libérations effectuées dans le cadre de programmes de mise en valeur des saumons sauvages (la « Politique concernant le RVP »). Le MPO a réexaminé — mais maintenu — la Politique concernant le RVP à plusieurs reprises. Le ministre, par l'intermédiaire de sa déléguée, a décidé à six reprises de poursuivre l'application de la Politique concernant le RVP entre 2015 et 2018. Le réexamen le plus récent, daté du 28 juillet 2018, est la décision qui a fait l'objet du contrôle en l'espèce (la « décision sur la Politique concernant le RVP »).

The application in docket T-1710-16 challenged the reasonableness of the PRV Policy Decision. The applicant therein sought several orders, including an order declaring the PRV Policy to be unlawful; an order that the Minister shall require testing for PRV as part of applications to licence the transfer of fish; and an order restricting the transfer of PRV positive salmon. The application in docket T-430-18 also challenged the reasonableness of the PRV Policy Decision. Additionally, the applicant ‘Namgis First Nation (‘Namgis) claimed that the Minister breached the duty to consult them concerning the PRV Policy. In docket T-744-18, ‘Namgis sought to quash a transfer licence issued by DFO to the Swanson Island facility operated by the applicant Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest), on the basis that the licence was issued in contravention of section 56 of the FGRs, that the decision to issue it was unreasonable, that the Minister breached the duty to consult with ‘Namgis prior to issuance of that licence, and that the Minister breached the duty of procedural fairness owed to ‘Namgis. The applicant in docket T-1710-16 had also been the applicant in *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 (*Morton 2015*), wherein the question was raised as to whether certain licence conditions contained in an aquaculture licence granted to Marine Harvest for its operations met, or were consistent with, section 56 of the FGRs. The Court in *Morton 2015* found, *inter alia*, that there was no nexus or scientific linkage between the regulatory requirement (directed to the protection of the resource) and the licence condition. It also found that certain conditions circumvented the paragraph 56(b) regulatory requirements and licensed Marine Harvest to transfer through less rigorous conditions than required by law. As a result of *Morton 2015*, the Minister issued amended aquaculture licences stating that the licence holder needed to apply to the British Columbia Introductions and Transfers Committee (ITC) to obtain an authorization to transfer fish. The ITC makes a recommendation to the DFO Regional Manager that the application to transfer be allowed or allowed with additional licence conditions. In docket T-430-18, ‘Namgis characterized the Minister’s interpretation of section 56 as unreasonable, primarily in the context of its arguments on bad faith. ‘Namgis also submitted that the Minister’s interpretation of section 56 was inconsistent with *Morton 2015* in that the Minister’s interpretation of “protection and conservation of fish” was limited to the word “conservation” and omitted any analysis of the word “protection”, relying instead on the definition of “conservation” found in *Canada’s Policy for Conservation of Wild Pacific Salmon* (Wild Salmon Policy). The Wild Salmon Policy definition of “conservation” speaks to the protection of genetic diversity of wild salmon and species of wild salmon and their ability to sustain biodiversity and reproduce. Namgis asserted that the Minister acted in bad faith by improperly promoting the interests of the aquaculture industry without regard to the protection and conservation of fish as required by section 56 and *Morton 2015*. In support of its bad faith allegations, ‘Namgis

La demande dans le dossier T-1710-16 contestait le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP. La demanderesse dans ce dossier a sollicité plusieurs ordonnances, notamment une ordonnance déclarant que la Politique concernant le RVP était illégale, une ordonnance enjoignant au ministre d’exiger la tenue de tests de dépistage du RVP dans le cadre du processus de demande de permis de transfert de poissons, et une ordonnance interdisant le transfert des saumons infectés par le RVP. La demande dans le dossier T-430-18 contestait elle aussi le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP. La Première Nation des ‘Namgis (la PNN) a soutenu en outre que le ministre a manqué à l’obligation de la consulter au sujet de cette politique. Dans le dossier T-744-18, la PNN cherchait à faire annuler un permis de transfert que le MPO a délivré à l’installation de l’île Swanson, exploitée par la demanderesse, Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest), aux motifs que ce permis a été délivré en contravention à l’article 56 du RPDG, que la décision de le délivrer était déraisonnable et que le ministre a manqué à l’obligation de la consulter avant de délivrer ce permis ainsi qu’à l’obligation d’équité procédurale à laquelle il était tenu envers elle. La demanderesse dans le dossier T-1710-16 avait aussi été la demanderesse dans l’affaire *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575 (*Morton 2015*), où l’on a soulevé la question de savoir si certaines conditions dont était assorti un permis d’aquaculture délivré à Marine Harvest pour les activités qu’elle menait répondaient aux exigences de l’article 56 du RPDG ou étaient compatibles avec cette disposition. La Cour dans l’affaire *Morton 2015* a conclu notamment qu’il n’y avait aucun lien ou rapport scientifique entre l’exigence réglementaire (qui visait à protéger la ressource) et la condition du permis. Elle a aussi conclu que certaines conditions contournaient les exigences réglementaires de l’alinéa 56b) et autorisaient Marine Harvest à effectuer des transferts dans des conditions moins exigeantes que celles qui étaient établies par la loi. Par suite de l’affaire *Morton 2015*, le ministre a délivré des permis d’aquaculture modifiés indiquant que le titulaire de permis était tenu de présenter une demande au Comité des introductions et des transferts (CIT) de la Colombie-Britannique en vue d’obtenir l’autorisation de transférer des poissons. Le CIT recommande au gestionnaire régional du MPO que la demande soit accueillie, avec ou non d’autres conditions de permis. Dans le dossier T-430-18, la PNN a qualifié de déraisonnable l’interprétation que fait le ministre de l’article 56 compte tenu principalement des arguments de mauvaise foi qu’elle a invoqués. Elle a soutenu aussi que cette interprétation de l’article 56 ne cadrerait pas avec la décision *Morton 2015* dans la mesure où l’interprétation que faisait le ministre du membre de phrase « la protection et [...] la conservation des espèces » ne s’intéressait qu’au mot « conservation » et ne faisait aucunement appel à l’analyse du mot « protection », se fondant plutôt sur la définition de « conservation » qui apparaît dans le document intitulé *La politique du Canada pour la conservation du saumon sauvage du Pacifique*

relied, *inter alia*, on the record that was before the delegate and on affidavits of experts it retained in connection with this proceeding.

The main issues were whether the PRV Policy Decision was reasonable (T-1710-16 and T-430-18), whether the Minister breached the duty to consult ‘Namgis concerning the PRV Policy Decision (T-430-18), and whether the decision to issue the Marine Harvest transfer licence was reasonable (T-744-18).

Held, the applications in dockets T-1710-16 and T-430-18 should be allowed; the application in docket T-744-18 should be dismissed.

Section 56 of the FGRs could not justifiably bear the Minister’s interpretation of the phrase “may be harmful to the protection and conservation of fish”. The Minister’s interpretation appeared to impose a threshold or “level” of potential harm that essentially permitted any transfer of fish having a disease or a disease agent unless the transfer places genetic diversity, species or conservation units of fish at risk. This was not consistent with the Wild Salmon Policy definition of “conservation”, and it was unreasonable. The Minister’s interpretation of “fish” as an aggregate of a stock or conservation unit of wild fish suggested a level of acceptable potential harm at the conservation unit or species level. The transfer of fish known to have diseases that can severely impact fisheries is inconsistent with the paragraph 56(b) prohibition of transfers of fish having disease or disease agents that may be harmful to the protection and conservation of fish. A transfer of fish that may potentially cause harm up to the conservation unit or species level is a severe potential impact. Moreover, it represents a risk of serious or irreversible harm that is contrary to the precautionary approach. The high level of potential harm that the Minister imported by his interpretation of paragraph 56(b) could also adversely affect stock size or, by diminished numbers, the genetic characteristics of fish or fish stocks. Nor was it clear that this level of potential harm would be in keeping with the proper management and control of fisheries as required by paragraph 56(a). In summary, the Minister’s interpretation of section 56, while purporting to adopt the Wild Salmon Policy definition of conservation, in effect, defeated the actual purpose of, and conflicted with, that definition by incorporating

(la Politique concernant le saumon sauvage). La définition du mot « conservation » que l’on trouve dans la Politique concernant le saumon sauvage a trait à la protection de la diversité génétique des saumons sauvages et des espèces de saumons sauvages ainsi qu’à leur capacité de soutenir la biodiversité et de se reproduire. La PNN a affirmé que le ministre a agi de mauvaise foi en favorisant indûment les intérêts de l’industrie aquacole sans tenir compte de la protection et de la conservation des poissons, ainsi que l’exigent l’article 56 et la décision *Morton 2015*. À l’appui de ses allégations de mauvaise foi, la PNN s’est fondée non seulement sur le dossier qui a été soumis à la déléguée, mais aussi sur les affidavits d’experts dont elle a retenu les services en lien avec la présente instance.

Il s’agissait principalement de savoir si la décision sur la Politique concernant le RVP était raisonnable (T-1710-16 et T-430-18), si le ministre a manqué à l’obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP (T-430-18), et si la décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest était raisonnable.

Jugement : les demandes dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18 doivent être accueillies; la demande dans le dossier T-744-18 doit être rejetée.

L’article 56 du RPDG ne pouvait étayer de manière justifiable l’interprétation que le ministre a donnée au membre de phrase « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». L’interprétation du ministre semblait imposer un seuil ou un « niveau » de dommages potentiels qui autorisait essentiellement n’importe quel transfert de poissons porteurs d’une maladie ou d’un agent pathogène sauf si ce transfert présente un risque pour la diversité génétique, les espèces ou les unités de conservation. Cela ne concordait pas avec la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, et cela était déraisonnable. Comme le ministre considère les « poissons » comme un agrégat d’un stock ou d’une unité de conservation de poissons sauvages, cette interprétation dénotait un degré de dommages potentiels acceptables au niveau des unités de conservation ou des espèces. Le transfert de poissons que l’on sait être porteurs d’une maladie susceptible de nuire gravement aux pêches est incompatible avec l’alinéa 56b), lequel interdit les transferts de poissons porteurs de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des poissons. Un transfert de poissons qui est susceptible de causer des dommages à une unité de conservation ou à une espèce est un transfert ayant un grave impact potentiel. De plus, il risque de causer des dommages graves ou irréversibles, ce qui est contraire au principe de précaution. Le degré élevé des dommages potentiels qu’implique l’interprétation que fait le ministre de l’alinéa 56b) pourrait également avoir un effet néfaste sur la taille du stock ou, par la diminution du nombre de poissons, sur les caractéristiques génétiques des poissons

a level or magnitude of potential harm at the species or conservation unit level before paragraph 56(b) will be triggered to preclude a transfer. The Court's findings in *Morton 2015* concerning section 56 and the precautionary principle, which recognizes that the lack of complete scientific certainty should not be used as a basis for avoiding or postponing measures to protect the environment, were not *obiter*. As section 56 embodies the precautionary principle, the Minister's interpretation of section 56 must also be informed by that principle. That said, the precautionary principle does not serve to create or to provide the applicants with substantive rights, such as requiring the Minister to test or gather information on the presence of PRV or HSMI in salmon before a transfer. While *Morton 2015* established that the phrase "may be harmful" does not require scientific certainty or that harm will even be the likely consequence of the transfer, not requiring scientific certainty does not equate to total absence of uncertainty. However, the difficulty that the Minister faced in this matter was that his interpretation of the phrase "the protection and conservation of fish" contained in paragraph 56(b) of the FGRs, ascribed a level of harm that failed to embody and was inconsistent with the precautionary principle. In the result, decisions made under section 56 that applied the PRV Policy, which adopts that interpretation, were also made in derogation of the precautionary principle. The precautionary principle should not be understood to mean that the risk of any level of potential harm is acceptable until it reaches the level of serious or irreversible harm, such as extirpation. Rather, its focus is to exercise more caution when information is uncertain and, where appropriate, to ensure that steps are taken to prevent irreversible harm, even when the potential risk of causing that harm is uncertain. The Minister's interpretation of section 56 permitted harm to genetic diversity, species or ecosystem of a stock or conservation unit. The protection and conservation of fish extends to wild fish, such as wild Pacific salmon. Given the role that conservation of fisheries plays in the regulatory regime governing transfer of fish to fish farms, and as reflected in section 56, including the Minister's interpretation of that section, wild salmon are a relevant factor that the Minister was required to consider when adopting and continuing the PRV Policy. While the status and health of wild Pacific salmon may well have been part of the general backdrop to the decision made by the Minister's delegate, the delegate failed to specifically consider this factor in the context of the prevailing scientific uncertainties surrounding PRV and HSMI, thereby rendering the decision unreasonable. By failing to address wild Pacific salmon health and status in making the PRV Policy Decision the delegate also failed to embody the precautionary principle.

ou des stocks de poissons. Il n'était pas clair non que de tels dommages potentiels seraient compatibles avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches, comme le veut l'alinéa 56a). En résumé, bien qu'elle soit censée avoir pour effet d'adopter la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, l'interprétation du ministre contrecarrait l'objet de cette définition en exigeant qu'une espèce ou une unité de conservation soit exposée à des dommages potentiels importants avant que l'on déclenche l'application de l'alinéa 56b) pour interdire un transfert. Les conclusions de la Cour dans l'affaire *Morton 2015* concernant l'article 56 et le principe de précaution, qui reconnaît que l'absence d'une totale certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour éviter ou ajourner la prise de mesures visant à protéger l'environnement, n'étaient pas des opinions incidentes. Étant donné que l'article 56 incorpore le principe de précaution, l'interprétation du ministre relative à l'article 56 doit aussi en tenir compte. Cela dit, le principe de précaution n'a pas pour objet de créer ou de procurer aux demanderesse des droits substantiels, comme celui de pouvoir exiger que le ministre procède à des tests de dépistage ou recueille des informations sur la présence du RVP ou de l'IMSC chez les saumons avant un transfert. Même si la décision *Morton 2015* a établi que le membre de phrase « qui pourraient nuire » n'exige pas de certitude scientifique ou qu'il soit même probable que le transfert causera des dommages, le fait de ne pas exiger une certitude scientifique n'équivaut pas à exiger une absence totale d'incertitude. Toutefois, la difficulté à laquelle le ministre était confronté en l'espèce était que le seuil de dommages qu'implique l'interprétation qu'il a donnée au membre de phrase « à la protection et à la conservation des espèces », à l'alinéa 56b) du RPDG, ne prenait pas en compte le principe de précaution ni ne concordait avec celui-ci. En fin de compte, les décisions prises en vertu de l'article 56 qui appliquent la Politique concernant le RVP, laquelle repose sur l'interprétation du ministre, dérogeaient aussi au principe de précaution. Le principe de précaution ne veut pas dire que tout risque de dommages potentiels est acceptable s'il ne s'agit pas de dommages graves ou irréversibles, comme la disparition d'une espèce. Le principe commande plutôt une prudence accrue lorsque les données sont incertaines et, le cas échéant, que l'on veille à ce que des mesures soient prises pour éviter de causer des dommages irréversibles, même quand le risque de le faire est incertain. L'interprétation de l'article 56 par le ministre permettait des mesures de nature à nuire à la diversité génétique, aux espèces ou à l'écosystème d'un stock ou d'une unité de conservation. La protection et la conservation des poissons s'étendent aux poissons sauvages, comme les saumons du Pacifique sauvages. Vu le rôle que joue la conservation des pêches au sein du régime réglementaire régissant les transferts de poissons à des fermes piscicoles, et comme il ressort de l'article 56, y compris l'interprétation du ministre relative à cette disposition, les saumons sauvages sont un facteur pertinent que le ministre était tenu de prendre en compte au moment où il a

The ‘Namgis expert affidavits were not admissible. They did not review in a neutral and uncontroversial way the evidence that was before the Minister’s delegate. Rather, the affidavits provided new information, spoke to the merits of the matter decided by the delegate; engaged in the interpretation of the evidence; and challenged the reasonableness and scientific validity of the PRV Policy and the reconsideration decision. As to the improper purpose or bad faith exception, nothing in the affidavits suggested misconduct or bad faith. The fact that scientists held differing views did not establish bad faith. The admission of the ‘Namgis expert affidavits would have had the effect of transforming the judicial review, intended to be a summary process, into a trial *de novo* on the merits of the science, taking the Court out of its proper role and becoming a forum for fact finding on the merits. While opinion evidence of a properly qualified expert may be admissible if it is relevant, necessary to assist the Court, and not subject to any exclusionary rule, the ‘Namgis expert affidavits in this matter did not meet those qualifications. They did not fall within any of the exceptions to the rule precluding the admission of evidence that was not before the decision maker. The ‘Namgis expert affidavits did not establish that DFO repeatedly acted inconsistently with its statutory purpose with such reckless disregard that the absence of good faith could be deduced and bad faith presumed. These affidavits also did not demonstrate that DFO acted improperly to promote the interests of the aquaculture industry.

While the Minister submitted that DFO determined that PRV and HSMI pose a low risk to wild salmon and, therefore, to ‘Namgis’ rights, it did not follow that this was a basis for refusing to consult when that risk assessment was what gave rise to the request to do so. The results of a scientific study supported that PRV may potentially have adverse effects on ‘Namgis’ Aboriginal rights if HSMI is transmissible to wild Pacific salmon. Accordingly, the PRV Policy Decision had the potential to adversely affect ‘Namgis’ Aboriginal rights. Despite

adopté et où il a continué d’appliquer la Politique concernant le RVP. Même si l’état et la santé des saumons du Pacifique sauvages faisaient peut-être bien partie du contexte général dans lequel elle a pris sa décision, la déléguée du ministre n’a pas pris précisément en compte ce facteur dans le contexte des incertitudes scientifiques entourant le RVP et l’IMSC, ce qui fait donc que cette décision était déraisonnable. En ne traitant pas de la santé et de l’état des saumons du Pacifique sauvages au moment de prendre la décision sur la Politique concernant le RVP, la déléguée a de plus fait abstraction du principe de précaution.

Les affidavits des experts de la PNN n’étaient pas admissibles. Ils n’ont pas passé en revue de manière neutre et non controversée les preuves qui ont été soumises à la déléguée. Ils ont au contraire fourni de nouveaux renseignements, ont traité du bien-fondé de l’affaire tranchée par la déléguée, se sont livrés à une interprétation des preuves et ont contesté le caractère raisonnable et la validité scientifique de la Politique concernant le RVP et de la décision de procéder à un réexamen. Quant à l’exception relative au but illégitime ou à la mauvaise foi, rien dans les affidavits n’évoquait une in conduite ou la mauvaise foi. Le fait que des scientifiques aient eu des opinions différentes ne permettait pas de conclure à de la mauvaise foi. L’admission des affidavits d’experts de la PNN aurait eu pour effet de transformer le contrôle judiciaire, qui se veut un processus sommaire, en un nouveau procès sur le bien-fondé des éléments scientifiques, ce qui éloignerait la Cour du rôle qu’elle est censée jouer et la transformerait en une tribune de recherche des faits qui intéressent le fond de l’affaire. Bien que la preuve d’opinion d’un expert dûment qualifié puisse être admissible si elle est pertinente, nécessaire pour aider la Cour et qu’elle n’est pas assujettie à une règle d’exclusion quelconque, les affidavits d’experts de la PNN qui ont été déposés en l’espèce ne répondaient pas à ces exigences. Ils ne tombaient sous le coup d’aucune des exceptions à la règle interdisant l’admission de preuves dont ne disposait pas le décideur. Les affidavits d’experts de la PNN n’ont pas établi que le MPO a, à maintes reprises, agi de façon incompatible avec le mandat que la loi lui confie et avec une telle indifférence que l’on peut en déduire une absence de bonne foi et présumer de la mauvaise foi. Ces affidavits n’ont pas montré non plus que le MPO a agi de manière illégitime en vue de favoriser les intérêts de l’industrie aquacole.

Bien que le ministre ait soutenu que le MPO a déterminé que le RVP et l’IMSC présentent un faible risque pour les saumons sauvages et, partant, pour les droits de la PNN, il ne s’en suivait pas pour autant qu’il s’agissait là d’une raison pour refuser de tenir des consultations quand cette évaluation du risque était l’élément qui a donné lieu à la demande de le faire. Les résultats d’une étude scientifique étayaient l’idée que le RVP est susceptible d’avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux de la PNN si l’IMSC est transmissible aux

DFO's practice of ongoing consultation, it did not appear that it advised 'Namgis of the amendment to all existing aquaculture licences made in response to *Morton 2015* whereby aquaculture licence holders were required to apply to the ITC for a separate licence. The failure to raise with 'Namgis this amendment was inconsistent with DFO's demonstrated and self-stated ongoing consultation practice concerning aquaculture licences. It would not have been overly onerous for DFO to address issues relating to fish health and transfers of fish in the context of the licence amendment. When 'Namgis raised its concerns about continued transfers without testing for PRV, and when 'Namgis sought consultation on that issue, DFO, as part of its ongoing consultation process concerning aquaculture licensing and management, should have responded and engaged with that concern. 'Namgis' request triggered a requirement to respond within DFO's ongoing duty to consult. DFO breached that obligation when it subsequently reconsidered the PRV Policy without responding to 'Namgis' concerns.

The alleged breach of procedural fairness arose in connection with 'Namgis' motion for an injunction in docket T-430-18 seeking to prevent the issuance of the Swanson Island transfer licence. 'Namgis' submission could not succeed. The injunction evidence was submitted to the Minister and ITC on the eve of the anticipated injunction decision. Namgis could have requested DFO's counsel to place the materials before the ITC as soon as they became available to it. Sending such large and substantive submission on the eve of the ITC decision ensured that the ITC could not possibly have time to consider it as the Swanson Island transfer decision had to be made immediately. The failure of the ITC or the Minister to consider these materials in these circumstances did not amount to either a breach of the duty to consult or a breach of any duty of procedural fairness.

As for remedies, the June 28, 2018 PRV Policy Decision of the delegate, which continued the PRV Policy, was quashed. The Minister or his delegate were required to take the present reasons, the findings in *Morton 2015*, and the current science pertaining to the diagnosis of HSMI into consideration when reconsidering the PRV Policy. The Court suspended its judgment for a four-month period from the date of its issue to permit DFO time to complete its outstanding risk assessment

saumons du Pacifique sauvages. Par conséquent, la décision sur la Politique concernant le RVP était susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux de la PNN. Malgré la pratique qu'a le MPO de procéder à des consultations régulières, il ne semble pas qu'il ait avisé la PNN de la modification qui a été apportée à tous les permis d'aquaculture existants en réponse à la décision *Morton 2015*, selon laquelle les titulaires de permis d'aquaculture étaient tenus de présenter au CIT une demande d'autorisation distincte. L'omission d'informer la PNN de la modification était incompatible avec le fait que le MPO avait, comme il a été établi et comme il le reconnaissait lui-même, pour pratique de mener des consultations sur les permis d'aquaculture. Il n'aurait pas été trop ardu pour le MPO de traiter des questions relatives à la santé des poissons et au transfert de poissons dans le contexte de la modification des permis. Lorsque la PNN a fait part de son inquiétude à propos de la poursuite des transferts sans que l'on procède à des tests de dépistage du RVP et lorsqu'elle a souhaité que l'on tienne des consultations sur cette question, le MPO, dans le cadre de son processus de consultation continu au sujet de la gestion de l'aquaculture et de l'octroi de permis d'aquaculture, aurait dû répondre à cette préoccupation et en discuter. La demande de la PNN a fait en sorte que le MPO se devait de lui répondre dans le contexte de son obligation continue de consultation. Lorsque le MPO a réexaminé par la suite la Politique concernant le RVP sans répondre aux préoccupations de la PNN, il a manqué à cette obligation.

Le manquement à l'équité procédurale reproché découlait de la requête en injonction que la PNN a présentée dans le dossier T-430-18 en vue d'empêcher la délivrance du permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson. L'argument de la PNN ne pouvait être retenu. Les preuves étayant la requête en injonction ont été transmises au ministre et au CIT la veille de la décision anticipée sur la requête en injonction. La PNN aurait pu demander aux avocats du MPO de soumettre les documents au CIT aussitôt qu'ils ont été mis à sa disposition. Il était sûr qu'en recevant des observations aussi volumineuses et substantielles la veille de la décision, le CIT n'aurait pas le temps de les examiner, car il fallait que la décision concernant le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson soit prise sur-le-champ. Le défaut du CIT ou du ministre d'examiner les documents dans ces circonstances n'était pas assimilable à un manquement à l'obligation de consultation ou à un manquement à une obligation d'équité procédurale.

En ce qui concerne les mesures de réparation, la décision du 28 juin 2018 que la déléguée a rendue au sujet de la Politique concernant le RVP, qui a maintenu l'application de cette politique, a été annulée. Le ministre ou sa déléguée ont été tenus de prendre en considération les présents motifs, les conclusions tirées dans la décision *Morton 2015* ainsi que les données scientifiques récentes concernant le diagnostic de l'IMSC, au moment de réexaminer la Politique. La Cour

concerning PRV and HSMI. Finally, the Court was not persuaded that section 56 of the FGRs creates a duty to remove transferred fish even if the Swanson Island transfer licence was improperly issued. The balance of convenience did not favour ‘*Namgis*’ request for *mandamus* in this matter.

a suspendu son jugement pour une période de quatre mois à compter de la date de son prononcé pour donner le temps au MPO de terminer l’évaluation des risques qu’il a entreprise au sujet du RVP et de l’IMSC. Enfin, la Cour n’était pas convaincue que l’article 56 du RPDG crée une obligation de retirer les poissons déjà transférés même si le permis de transfert pour l’installation de l’Île Swanson a été délivré à tort. La prépondérance des inconvénients ne favorisait pas la requête en bref de *mandamus* de la PNN dans le cadre de la présente demande.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Aquaculture Activities Regulations, SOR/2015-177.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30.
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).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 4, 95(1), 221, 306, 308, 312, 317, 318, 400(1),(3),(4),(5), Tariff B, Columns III, V.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7.
Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, ss. 22(1), 54, 55, 56.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
Pacific Aquaculture Regulations, SOR/2010-270, ss. 3(1), 4.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Agreement Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, August 4, 1995, 2167 U.N.T.S. 3.

CASES CITED

APPLIED:

Morton v. Canada (Fisheries and Oceans), 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1; *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88; *Connolly v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 294, 466 N.R. 44; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyrights Licensing Agency*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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), annexe II, n° 5], art. 91(12).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 44], art. 35.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7.
Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22(1), 54, 55, 56.
Règlement du Pacifique sur l'aquaculture, DORS/2010-270, ss. 3(1), 4.
Règlement sur les activités d'aquaculture, DORS/2015-177.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 4, 95(1), 221, 306, 308, 312, 317, 318, 400(1),(3),(4),(5), tarif B, colonnes III, V.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs, 4 août 1995, 2167 R.T.N.U. 3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Morton c. Canada (Pêches et Océans), 2015 CF 575; *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88; *Connolly c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 294; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyrights Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22;

(*Access Copyright*), 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 479 N.R. 189; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 219 C.C.C. (3d) 115; *Hupcasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs)*, 2013 FC 900, [2014] 4 F.C.R. 836; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Azizian v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FC 379; *South Yukon Forest Corporation v. Canada*, 2010 FC 495, 365 F.T.R. 13.

CONSIDERED:

Namgis First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard), 2018 FC 334; *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; *R. v. Douglas*, 2008 BCSC 7089; *R. v. Aleck*, 2000 BCPC 177, [2001] 2 C.N.L.R. 1138, aff'd 2008 BCSC 1096, [2008] 4 C.N.L.R. 102; *Lake Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper*, 2008 CanLII 6999 (Ont. Div. Ct); *Mountain Parks Watershed Assn. v. Chateau Lake Louise Corp.*, 2004 FC 1222, 10 C.E.L.R. (3d) 186; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 114, 2 Admin. L.R. (6th) 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Seifert*, 2006 FC 270, 43 Admin. L.R. (4th) 1; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 93 C.E.L.R. (3d) 39; *Farhadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 926, 465 F.T.R. 19.

REFERRED TO:

Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands), 2009 BCSC 136, [2009] 7 W.W.R. 690; *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; *Duyvenbode v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 120; *Canadian Tire Corporation v. Canadian Bicycle Manufacturers Association*, 2006

Bernard c. Canada (Agence du revenu), 2015 CAF 263; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 219 C.C.C. (3d) 115; *Hupcasath c. Canada (Affaires étrangères)*, 2013 CF 900, [2014] 4 R.C.F. 836; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Azizian c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2017 CF 379; *South Yukon Forest Corporation c. Canada*, 2010 CF 495.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Première nation de Namgis c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière), 2018 CF 334; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *R. v. Douglas*, 2008 BCSC 7089; *R. v. Aleck*, 2000 BCPC 177, conf. par 2008 BCSC 1096, [2008] 4 C.N.L.R. 102; *Lake Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper*, 2008 CanLII 6999 (C. div. Ont.); *Mountain Parks Watershed Assn. c. Chateau Lake Louise Corp.*, 2004 CF 1222; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Greenpeace Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 114; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Seifert*, 2006 CF 270; *Première Nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148; *Farhadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 926.

DÉCISIONS CITÉES :

Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands), 2009 BCSC 136, [2009] 7 W.W.R. 690; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Duyvenbode c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 120; *Société Canadian Tire Ltée c. Canadian Bicycle Manufacturers Association*, 2006 CAF 56; *Canada*

FCA 56, 346 N.R. 186; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33; *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 191 F.T.R. 20, 2000 CanLII 15291; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176; *Catalyst Paper Corporation v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112; *Malcolm v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2014 FCA 130, 460 N.R. 357; *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1, affirmed on point, reversed and varied in part on other grounds 2011 BCCA 237, 333 D.L.R. (4th) 197; *UHA Research Society v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 169, [2014] 3 F.C.R. 42; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 156, [2015] 4 F.C.R. 297; *David Suzuki Foundation v. Canada (Health)*, 2018 FC 380, 34 Admin. L.R. (6th) 21; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 322, 443 N.R. 291; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 440 N.R. 269; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 FCA 257, [2017] 3 F.C.R. 123; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources)*, 2011 ONSC 4655, 344 D.L.R. (4th) 148 (Div. Ct.); *Western Canada Wilderness Committee v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403, 1 Admin. L.R. (4th) 167; *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment)*, 2013 SCC 52, [2013] 3 S.C.R. 323; *Lake Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper*, 2008 CanLII 65771 (Ont. Sup. Ct. (Div. Ct.)); *Frémy v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 434; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 158, [2011] 4 F.C.R. 425; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 32, 473 F.T.R. 110; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Blaney v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283, 32

(*Procureur général*) c. *Quadrini*, 2010 CAF 47; *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15291; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38; *Catalyst Paper Corporation c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58; *Malcolm c. Canada (Pêches et Océans)*, 2014 CAF 130; *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1, confirmée sur ce point, infirmée et modifiée en partie pour d'autres motifs par 2011 BCCA 237, 333 D.L.R. (4th) 197; *UHA Research Society c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 169, [2014] 3 R.C.F. 42, *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 156, [2015] 4 R.C.F. 297, *Fondation David Suzuki c. Canada (Santé)*, 2018 CF 380; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 322; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 CAF 257, [2017] 3 R.C.F. 123; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources)*, 2011 ONSC 4655, 344 D.L.R. (4th) 148 (C. Div.); *Western Canada Wilderness Committee v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403, 1 Admin. L.R. (4th) 167; *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52, [2013] 3 R.C.S. 323; *Lake Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper*, 2008 CanLII 65771 (C. div. C.S. Ont.); *Frémy c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 434; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 158, [2011] 4 R.C.F. 425; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 32; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *Blaney v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283, 32 Admin. L.R. (4th) 87; *Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement)*, 2009 CF 710; *Liidlil Kue First Nation c. Canada (Procureur*

Admin. L.R. (4th) 87; *Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment)*, 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81; *Liidlí Kue First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 15881 (F.C.); *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geoservices Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Fond du Lac Denesuline First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 73, 65 C.E.L.R. (3d) 83; *Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412, 368 D.L.R. (4th) 44; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 333 D.L.R. (4th) 31; *Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 124, 485 Sask. R. 162; *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 517, 45 Admin. L.R. (5th) 58; *K'ómoks First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1160, 419 F.T.R. 144; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2016 BCCA 500, [2017] 4 W.W.R. 422; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rocky Mountain Ecosystem Coalition v. Canada (National Energy Board)*, 1999 CanLII 8615, 174 F.T.R. 17 (F.C.); *Vardy v. Scott et al.*, [1977] 1 S.C.R. 293, (1976), 66 D.L.R. (3d) 431; *Magalong v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 966, 86 Admin. L.R. (5th) 99; *Callaghan v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2011 FCA 74, [2011] 2 F.C.R. 80; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25.

général), 2000 CanLII 15881 (C.F.); *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geoservices Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 73; *Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412, 368 D.L.R. (4th) 44; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 333 D.L.R. (4th) 31; *Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 124, 485 Sask. R. 162; *Première nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517; *Première nation des K'ómoks c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1160; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2016 BCCA 500, [2017] 4 W.W.R. 422; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rocky Mountain Ecosystem Coalition c. Canada (Office national de l'énergie)*, 1999 CanLII 8615 (C.F.); *Vardy c. Scott et al.*, [1977] 1 R.C.S. 293; *Magalong c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 966; *Callaghan c. Canada (Directeur général des élections)*, 2011 CAF 74, [2011] 2 R.C.F. 80; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25.

AUTHOR CITED

Brown, Donald and John Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf revision 2017-4, Toronto: Thomson Reuters Canada Ltd., 2017.

Canada. Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River. *The Uncertain Future of Fraser River Sockeye*: Final Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2012.

Canada. Department of Fisheries and Oceans. *Canada's Policy for Conservation of Wild Pacific Salmon*. Vancouver (B.C.): Fisheries and Oceans Canada, 2005.

Canada. Department of Fisheries and Oceans. Canadian Science Advisory Secretariat. *Science Advisory Report 2009/071 "Pathways of Effects for Finfish and Shellfish Aquaculture"*, 2010.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald et John Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles, révision 2017-4, Toronto : Thomson Reuters Canada Ltd., 2017).

Canada. Bureau du Conseil privé. *Cadre d'application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*, Ottawa : Bureau du Conseil privé, 2003.

Canada. Commission d'enquête sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser. *L'avenir incertain du saumon rouge du fleuve Fraser : rapport final*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2012.

Canada. Ministère des Pêches et des Océans. *La politique du Canada pour la conservation du saumon sauvage*

- Canada. Department of Fisheries and Oceans. Canadian Science Advisory Secretariat. *Science Response 2015/037*, “Assessment of the Occurrence, Distribution and Potential Impacts of Piscine Reovirus on the West Coast of North America”, 2015.
- Canada. Department of Fisheries and Oceans. *Integrated Fisheries Management Plan, June 1, 2017 to May 31, 2018: Salmon Southern BC*. Vancouver, B.C.: Fisheries and Oceans Canada, 2017.
- Canada. Department of Fisheries and Oceans. *Regulating and Monitoring British Columbia’s Marine Finfish Aquaculture Facilities 2011–2014*, Ottawa: Fisheries and Oceans Canada, 2015.
- Canada. Department of Fisheries and Oceans. *Regulating and Monitoring British Columbia’s Marine Finfish Aquaculture Facilities 2017*. Ottawa: Fisheries and Oceans Canada, 2018.
- Canada. Privy Council Office. *A Framework for the Application of Precaution in Science-Based Decision Making about Risk*, Ottawa: Privy Council Office, 2003.
- Di Cicco *et al.* (2017) “Heart and skeletal muscle inflammation (HSMI) disease diagnosed on a British Columbia salmon farm through a longitudinal farm study”, *PLoS ONE* 12(2):e01271471, online: <https://doi.org/doi:10.1371/journal.pone.0171471>.
- Di Cicco *et al.* (2018) “The same strain of *Piscine orthoreovirus* (PRV-1) is involved in the development of different, but related diseases in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia” *FACETS* 3: 599–641, online: <https://doi.org/10.1139/facets-2018-0008>.
- Foster, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, New York: Cambridge University Press, 2011.
- Garver, K. A. *et al.* (2016) “Piscine Orthoreovirus from Western North America is Transmissible to Atlantic Salmon and Sockeye Salmon but Fails to Cause Heart and Skeletal Muscle Inflammation”, *PLoS ONE* 11(1):e0146229, online: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0146229>.
- Garver, K. A. *et al.* (2016) “Piscine Reovirus, but not Jaundice Syndrome, was Transmissible to Chinook Salmon, Oncorhynchus Tshawytscha (Walbaum), Sockeye Salmon, Oncorhynchus Nerka (Walbaum), and Atlantic Salmon, *Salmo Salar*, L.” *J. Fish Dis.* 39(2): 117-128.
- Madhun, A. S. *et al.* (2018) “Prevalence of Piscine Orthoreovirus and Salmonid Alphavirus in Sea-Caught Returning Adult Salmon (*Salmo Salar* L.) in Northern Norway”, *J Fish Dis.* 2018;41:797–803.
- Miller, K. M. *et al.* “Infectious disease, shifting climates, and opportunities predators: cumulative factors potentially impacting wild salmon declines” *Evol. Appl.* 2014: 7(7):812-855.doi:10.1111/eva.12164.
- du pacifique*. Vancouver (C.-B.) : Pêches et Océans Canada, 2005.
- Canada. Ministère des Pêches et des Océans. *Plan de gestion intégrée des pêches, 1^{er} juin 2017 au 31 mai 2018 : Saumon du sud de la Colombie-Britannique*. Vancouver (C.-B.) : Pêches et Océans Canada, 2017.
- Canada. Ministère des Pêches et des Océans. *Réglementation et surveillance des installations de pisciculture marine de la Colombie-Britannique, 2011–2014*, Ottawa : Pêches et Océans Canada, 2015.
- Canada. Ministère des Pêches et des Océans. *Réglementation et surveillance des installations de pisciculture marine de la Colombie-Britannique, 2017*. Ottawa : Pêches et Océans Canada, 2018.
- Canada. Ministère des Pêches et des Océans. Secrétariat canadien de consultation scientifique. *Avis scientifique 2009/071* « Les séquences d’effets liés à l’aquaculture des poissons, des mollusques et des crustacés », 2010.
- Canada. Ministère des Pêches et des Océans. Secrétariat canadien de consultation scientifique. *Réponse des Sciences 2015/037*, « Évaluation de la présence, de la répartition et des incidences potentielles du réovirus pisciaire sur la côte ouest de l’Amérique du Nord », 2015.
- Di Cicco *et al.* (2017) « Heart and skeletal muscle inflammation (HSMI) disease diagnosed on a British Columbia salmon farm through a longitudinal farm study », *PLoS ONE* 12(2) :e01271471, en ligne : <https://doi.org/doi:10.1371/journal.pone.0171471>.
- Di Cicco *et al.* (2018) « The same strain of *Piscine Orthoreovirus* (PRV-1) is involved with the development of different, but related diseases in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia » *FACETS* 3 : 599–641, en ligne : <https://doi.org/10.1139/facets-2018-0008>.
- Foster, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, New York : Cambridge University Press, 2011.
- Garver, K. A. *et al.* (2016) « Piscine Orthoreovirus from Western North America is Transmissible to Atlantic Salmon and Sockeye Salmon but Fails to Cause Heart and Skeletal Muscle Inflammation », *PLoS ONE* 11(1) : e0146229, en ligne : <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0146229>.
- Garver, K. A. *et al.* (2016) « Piscine Reovirus, but not Jaundice Syndrome, was Transmissible to Chinook Salmon, *Oncorhynchus Tshawytscha* (Walbaum), Sockeye Salmon, *Oncorhynchus Nerka* (Walbaum), and Atlantic Salmon, *Salmo Salar*, L. » *J. Fish Dis.* 39(2) : 117-128.
- Madhun, A. S. *et al.* (2018) « Prevalence of Piscine Orthoreovirus and Salmonid Alphavirus in Sea-Caught Returning Adult Salmon (*Salmo Salar* L.) in Northern Norway », *J Fish Dis.* 2018;41 :797–803.

- Miller, K. M. *et al.* (2017) “Molecular Indices of Viral Diseases Development in Wild Migrating Salmon”, *Conservation Physiology* 5. 10.1093/conphys/cox036.
- Morton, A. *et al.* (2017), “The Effect of Exposure to Farmed Salmon on Piscine Orthoeovirus Infection and Fitness in Wild Pacific Salmon in British Columbia”, *Canada*. PLoS ONE 12 (12): e0188793.
- Purcell, M. K. *et al.* (2017) “Molecular Testing of Adult Pacific Salmon and Trout (*Oncorhynchus* spp) for Several RNA Viruses Demonstrates Widespread Distribution of Piscine Orthoreovirus in Alaska and Washington”, *J. Fish Dis.* 2017; 1–9.
- Wessel, O. *et al.* (2017) “Infection with purified *Piscine orthoreovirus* demonstrates a causal relationship with heart and skeletal muscle inflammation in Atlantic salmon”, PLoS ONE 12(8): e0183781, online: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0183781>.
- Miller, K. M. *et al.* « Infectious disease, shifting climates, and opportunities predators : cumulative factors potentially impacting wild salmon declines » *Evol. Appl.* 2014 : 7(7) :812-855.doi :10.1111/eva.12164.
- Miller, K. M. *et al.* (2017) « Molecular Indices of Viral Diseases Development in Wild Migrating Salmon », *Conservation Physiology* 5. 10.1093/conphys/cox036.
- Morton, A. *et al.* (2017), « The Effect of Exposure to Farmed Salmon on Piscine Orthoeovirus Infection and Fitness in Wild Pacific Salmon in British Columbia », PLoS ONE 12 (12) : e0188793.
- Purcell, M. K. *et al.* (2017) « Molecular Testing of Adult Pacific Salmon and Trout (*Oncorhynchus* spp) for Several RNA Viruses Demonstrates Widespread Distribution of Piscine Orthoreovirus in Alaska and Washington », *J. Fish Dis.* 2017; 1–9.
- Wessel, O. *et al.* (2017) « Infection with purified Piscine orthoreovirus demonstrates a causal relationship with heart and skeletal muscle inflammation in Atlantic salmon », PLoS ONE 12(8) : e0183781, en ligne : <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0183781>.

APPLICATIONS for judicial review challenging the respondent Minister of Fisheries and Oceans’ policy of issuing licences for transfers of live salmon into the marine environment without requiring screening for certain disease causing pathogens and diseases that affect salmon. Applications in dockets T-1710-16 and T-430-18 allowed; application in docket T-744-18 dismissed.

DEMANDES de contrôle judiciaire contestant la politique du défendeur, le ministre des Pêches et des Océans (ministre), de délivrer des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes et de certaines maladies qui touchent les saumons. Demandes dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18 accueillies; demande dans le dossier T-744-18 rejetée.

APPEARANCES

Margot Venton, Kegan Pepper-Smith and Olivia French for applicant Alexandra Morton.
Sean P. Jones, Aaron Christoff, Maxime Faille, Paul Seaman and Scott A. Smith for applicant ‘Namgis First Nation.
Kevin O’Callaghan and Dani Bryant for respondent Cermaq Canada Ltd.
Tim Timberg, Lisa McDonald and Gwen MacIsaac for respondents Minister of Fisheries and Oceans and Canadian Coast Guard.
Chris Watson and Emily Dvorak for respondent Marine Harvest Inc.

ONT COMPARU

Margot Venton, Kegan Pepper-Smith et Olivia French pour la demanderesse Alexandra Morton.
Sean P. Jones, Aaron Christoff, Maxime Faille, Paul Seaman et Scott A. Smith pour la demanderesse, la Première Nation des ‘Namgis.
Kevin O’Callaghan et Dani Bryant pour la défenderesse, Cermaq Canada Ltée.
Tim Timberg, Lisa McDonald et Gwen MacIsaac pour les défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans et la Garde côtière canadienne.
Chris Watson et Emily Dvorak pour la défenderesse, Marine Harvest Inc.

SOLICITORS OF RECORD

EcoJustice, Vancouver, for applicant Alexandra Morton.
Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, for applicant ‘Namgis First Nation.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, for respondent Cermaq Canada Ltd.
Deputy Attorney General of Canada for respondents Minister of Fisheries and Oceans and Canadian Coast Guard.
MacKenzie Fujisawa LLP, Vancouver, for respondent Marine Harvest Inc.

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

STRICKLAND J.:

TABLE OF CONTENTS

I. Introduction	1
II. The parties	5
A. Ms. Morton.....	5
B. ‘Namgis	7
C. Minister.....	11
D. Marine Harvest Canada Inc.	12
E. Cermaq Canada Ltd.	13
III. Background	14
A. Legislation	14
(i) <i>Fisheries Act</i>	14
(ii) <i>Fishery (General) Regulations</i>	15
(iii) <i>Pacific Aquaculture Regulations</i> ...	19
B. <i>Morton 2009</i>	20
C. Fish farm production cycle.....	21
D. PRV and HSMI.....	27
E. <i>Morton 2015</i>	32
F. Transfer licensing post- <i>Morton 2015</i>	42
IV. The PRV policy	45
A. Previous decisions	46
(i) June – July 2015 decision.....	46

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

EcoJustice, Vancouver, pour la demanderesse Alexandra Morton.
Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, pour la demanderesse, la Première Nation des ‘Namgis.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, pour la défenderesse, Cermaq Canada Ltd.
La sous-procureure générale du Canada pour les défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans et la Garde côtière canadienne.
MacKenzie Fujisawa LLP, Vancouver, pour la défenderesse Marine Harvest Inc.

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

LA JUGE STRICKLAND :

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	1
II. Les parties	5
A. M ^{me} Morton.....	5
B. La Première Nation des Namgis.....	7
C. Le ministre.....	11
D. Marine Harvest Canada Inc.	12
E. Cermaq Canada Ltd.	13
III. Le contexte.....	14
A. La législation applicable.....	14
(i) <i>La Loi sur les pêches</i>	14
(ii) <i>Le Règlement de pêche (dispositions générales)</i>	15
(iii) <i>Le Règlement du Pacifique sur l’aquaculture</i>	19
B. La décision <i>Morton 2009</i>	20
C. Le cycle de production d’une ferme piscicole.....	21
D. Le RVP et l’IMSC	27
E. La décision <i>Morton 2015</i>	32
F. Les permis de transfert après l’affaire <i>Morton 2015</i>	42
IV. La politique concernant le RVP.....	45
A. Les décisions antérieures.....	46
(i) La décision de juin-juillet 2015.....	46

(ii) September 2015 decision	46	(ii) La décision de septembre 2015	46
(iii) June 2016 decision	46	(iii) La décision de juin 2016	46
(iv) January 30, 2017 decision	46	(iv) La décision du 30 janvier 2017	46
(v) March 9, 2018 decision	46	(v) La décision du 9 mars 2018.....	46
(vi) June 28, 2018 decision	46	(vi) La décision du 28 juin 2018	46
B. Decision under review	47	B. La décision faisant l'objet du présent contrôle.....	47
(i) 2015 CSAS Science Response	50	(i) La réponse des Sciences du SCCS de 2015.....	50
(ii) January 30, 2017 RDG Memorandum.....	54	(ii) La note de service adressée à la DGR du 30 janvier 2017.....	54
(iii) March 2018 Rapid Science Response	58	(iii) La réponse rapide des Sciences de mars 2018.....	58
(iv) June 2018 Rapid Science Response	67	(iv) La réponse rapide des Sciences de juin 2018	67
V. 'Namgis' motion for an Injunction (T-430-18).....	76	V. La requête en injonction de la Première Nation des Namgis (T-430-18)	76
VI. Issues.....	78	VI. Les questions en litige	78
VII. Analysis	80	VII. Analyse	80
A. Issue 1: Is the PRV Policy Decision rea- sonable (T-1710-16 and T-430-18)?.....	80	A. La question n° 1 : La décision sur la Politique concernant le RVP est-elle raison- nable (T-1710-16 et T-430-18)?.....	80
(i) Preliminary issue – rule 312 mo- tions (T-1710-16)	80	(i) Question préliminaire – Les requêtes fondées sur la règle 312 des Règles (T-1710-16).....	80
(ii) Standard of review	110	(ii) La norme de contrôle applicable ...	110
(iii) Was the Minister's interpreta- tion of section 56 of the FGRs reasonable?.....	117	(iii) Le ministre a-t-il interprété l'ar- ticle 56 du RPDG de manière raisonnable?	117
(iv) Did the Minister derogate from the precautionary principle?.....	149	(iv) Le ministre a-t-il dérogé au prin- cipe de précaution?	149
(v) Did the Minister fail to consider the health of wild salmon?	172	(v) Le ministre a-t-il fait abstraction de l'état de santé des saumons sauvages?	172
(vi) Did the Minister act in bad faith (T-430-18)?	215	(vi) Le ministre a-t-il agi de mauvaise foi (T-430-18)?.....	215
B. Issue 2: Did the Minister breach the duty to consult with 'Namgis concerning the PRV Policy Decision (T-430-18)?	290	B. La question n° 2 : Le ministre a-t-il manqué à l'obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concer- nant le RVP (T-430-18)?	290
(i) Summary of parties' positions.....	290	(i) Le sommaire des thèses des parties	290
(ii) Standard of review	294	(ii) La norme de contrôle applicable ...	294
(iii) Jurisprudence.....	297	(iii) La jurisprudence pertinente.....	297
(iv) Prior consultation by DFO	298	(iv) Les consultations antérieures du MPO.....	298

(v) Analysis	307	(v) Analyse	307
C. Issue 3: Was the decision to issue the Marine Harvest transfer licence reasonable (T-744-18)?.....	335	C. La question n° 3 : La décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest est-elle raisonnable (T-744-18)?	335
(i) Did the Minister breach the duty to consult?	338	(i) Le ministre a-t-il manqué à l'obligation de consultation?	338
(ii) Was the Swanson Island transfer licence issued in contravention of section 56 of the FGRs?.....	339	(ii) Le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson a-t-il été délivré en violation de l'article 56 du RPDG?	339
(iii) Did the Minister breach the duty of procedural fairness?.....	340	(iii) Le ministre a-t-il manqué à l'obligation d'équité procédurale?.....	340
(iv) Minister's motion to strike the notice of application	354	(iv) La requête du ministre en vue de faire radier l'avis de demande	354
(v) Marine Harvest's motion to strike Drastil affidavit No. 2	360	(v) La requête de Marine Harvest en vue de faire radier l'affidavit n° 2 de M. Drastil	360
D. Issue 4: Remedies	363	D. La question n° 4 : Les mesures de réparation.....	363
(i) T-1710-16	363	(i) Le dossier T-1710-18.....	363
(ii) T-430-18	367	(ii) Le dossier T-430-18.....	367
(iii) T-744-18	372	(iii) Le dossier T-744-18.....	372
E. Issue 5: Costs	387	E. La question n° 5 : Les dépens.....	387
(i) T-1710-16	388	(i) Le dossier T-1710-16.....	388
(ii) T-430-18 and T-744-18.....	394	(ii) Les dossiers T-430-18 et T-744-18...	395

I. INTRODUCTION

[1] The *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 (FGRs), made pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 (“*Fisheries Act*” or “*Act*”), form part of Canada’s fisheries management regime. The FGRs require the Minister of Fisheries (Minister) to issue a licence before live fish can be transferred into any fish habitat or fish rearing facility. The Minister may only issue such a licence if the conditions set out in section 56 of the FGRs are met. These three applications for judicial review all concern challenges to the Minister’s policy of issuing licences for transfers of live salmon into the marine environment without requiring screening for certain disease-causing pathogens and diseases that affect salmon. Specifically, the Department of Fisheries and Oceans (DFO) has a policy of not testing for Piscine Orthoreovirus (PRV) or Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) disease prior to issuing licences for the transfer of juvenile salmon from

I. INTRODUCTION

[1] Le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53 (le « RPDG »), pris en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 (la « *Loi sur les pêches* » ou la « *Loi* »), fait partie du régime canadien de gestion des pêches. Il exige que le ministre des Pêches (le « ministre ») délivre un permis avant que l’on puisse transférer des poissons vivants dans un habitat du poisson ou dans une installation d’élevage. Le ministre ne peut délivrer un tel permis que si les conditions énoncées à l’article 56 du RPDG sont remplies. Les trois demandes de contrôle judiciaire dont il est question en l’espèce ont toutes trait à des contestations de la politique qu’applique le ministre, soit celle de délivrer des permis pour les transferts de saumons vivants en milieu marin sans exiger que l’on procède au dépistage de certains agents pathogènes et de certaines maladies qui touchent les saumons. Plus précisément, le ministère des Pêches et des Océans (le « MPO ») a pour politique

land-based hatcheries into marine open-net pens as part of aquaculture operations, or as releases made as part of wild salmon enhancement programs (“PRV Policy” or “Policy”). DFO has reconsidered, but maintained, the PRV Policy on several occasions. The most recent reconsideration on July 28, 2018, is the decision under review in these matters (PRV Policy Decision).

[2] Alexandra Morton (Ms. Morton), the applicant in T-1710-16, and ‘Namgis First Nation (‘Namgis), the applicant in T-430-18, both challenge the reasonableness of the PRV Policy Decision. ‘Namgis additionally claims that the Minister breached the duty to consult with ‘Namgis concerning the Policy. ‘Namgis has also brought a second application for judicial review, T-744-18, in which it seeks to quash a specific transfer licence issued by DFO to a salmon farm operator, Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest), on the basis that the licence was issued in contravention of section 56 of the FGRs, the decision to issue it was unreasonable, the Minister breached the duty to consult with ‘Namgis prior to issuance of that licence, and that the Minister breached the duty of procedural fairness owed to ‘Namgis.

[3] The three applications for judicial review were heard consecutively over five days in Vancouver, British Columbia (or B.C.). In addition, there were ten motions filed in the within applications that the case management Judge Prothonotary Aylen determined were to be dealt with by the applications Judge.

[4] Given the overlap of the facts and issues, I have addressed the three applications together in these reasons and have dealt with the various motions in the context

de ne pas faire effectuer de tests de dépistage de l’orthoréovirus pisciaire (le « RVP »), aussi appelé réovirus pisciaire, ou d’une maladie appelée « inflammation des muscles squelettiques et cardiaques » (l’« IMSC ») avant de délivrer des permis en vue du transfert de saumons juvéniles entre des écloseries sur terre et des parcs en filet en mer dans le cadre d’activités aquacoles ou de libérations effectuées dans le cadre de programmes de mise en valeur des saumons sauvages (la « Politique concernant le RVP »). Le MPO a réexaminé — mais maintenu — la Politique concernant le RVP à plusieurs reprises. Le réexamen le plus récent, daté du 28 juillet 2018, constitue la décision qui fait l’objet du contrôle en l’espèce(la « décision sur la Politique concernant le RVP »).

[2] Alexandra Morton (M^{me} Morton), la demanderesse dans le dossier T-1710-16, et la Première Nation des Namgis (la PNN), la demanderesse dans le dossier T-430-18, contestent toutes deux le caractère raisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP. La PNN soutient en outre que le ministre a manqué à l’obligation de la consulter au sujet de cette politique. Elle a également déposé une seconde demande de contrôle judiciaire, le dossier T-744-18, par laquelle elle cherche à faire annuler un permis de transfert que le MPO a délivré à une entreprise salmonicole, Marine Harvest Canada Inc. (Marine Harvest), aux motifs que ce permis a été délivré en contravention à l’article 56 du RPDG, que la décision de le délivrer était déraisonnable et que le ministre a manqué, à l’obligation de la consulter avant de délivrer ce permis ainsi qu’à l’obligation d’équité procédurale à laquelle il était tenu envers elle.

[3] Les trois demandes de contrôle judiciaire ont été entendues consécutivement pendant cinq jours, à Vancouver en Colombie-Britannique (C.-B.). De plus, 10 requêtes ont été déposées dans le cadre des demandes dont il est question en l’espèce, et la juge chargée de la gestion de l’instance, la protonotaire Aylen, a décidé qu’elles devaient être tranchées par le juge des demandes.

[4] En raison du chevauchement des faits et des questions en litige, j’examine les trois demandes ensemble dans les présents motifs et je traite des diverses requêtes

of the application and subject matter within which each arises.

II. THE PARTIES

A. Ms. Morton

[5] Ms. Morton is a biologist who, since 1984, has lived and worked in the Broughton Archipelago, which is located in the Queen Charlotte Strait between Vancouver Island and the mainland of British Columbia. This area has a high density of open-net aquaculture sites, or fish farms. Ms. Morton holds a long-standing concern with the potential impact of salmon farming on the marine ecosystem of coastal British Columbia, in particular, with the effect of aquaculture on the health of wild salmon. Ms. Morton is an advocate in this regard. She has previously been granted public interest standing in *Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, [2009] 7 W.W.R. 690 (*Morton 2009*), which included a successful challenge of the provincial regulation of salmon farming in British Columbia. She was also granted standing, jointly with the Raincoast Research Society and the Pacific Wild Coast Salmon Society, in the Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River, the results of which are published in Canada, Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River, *The Uncertain Future of Fraser River Sockeye* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2012) (Cohen Commission), on the basis of a substantial and direct interest in the question of whether aquaculture is a cause of the decline of the Fraser River sockeye salmon, and the policies and procedures of DFO as they relate to aquaculture.

[6] Additionally, Ms. Morton was the applicant in *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 (*Morton 2015*). While that decision is highly relevant to the current applications, it is sufficient to note here that Ms. Morton successfully

dans le contexte de la demande et du point en litige pertinents.

II. LES PARTIES

A. M^{me} Morton

[5] M^{me} Morton est une biologiste qui, depuis 1984, vit et travaille dans l'archipel Broughton, lequel est situé dans le détroit de la Reine-Charlotte, entre l'île de Vancouver et la partie continentale de la Colombie-Britannique. Ce secteur comporte une grande concentration de sites aquacoles dotés de parcs en filet, ou « fermes piscicoles ». M^{me} Morton s'intéresse depuis longtemps à l'impact potentiel de la salmoniculture sur l'écosystème marin de la zone côtière de la Colombie-Britannique, en particulier, ainsi qu'à l'effet de l'aquaculture sur la santé des saumons sauvages. Il s'agit là d'une cause qui lui tient particulièrement à cœur. Elle s'est vu accorder antérieurement la qualité pour agir dans l'intérêt public dans l'affaire *Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*, 2009 BCSC 136, [2009] 7 W.W.R. 690 (*Morton 2009*), dans laquelle la réglementation provinciale en matière de salmoniculture en Colombie-Britannique a été contestée avec succès. Elle a également obtenu la qualité pour agir, de pair avec la Raincoast Research Society et la Pacific Wild Coast Salmon Society, dans le cadre de la Commission d'enquête sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser, dont les résultats ont été publiés dans le document suivant : Canada, Commission d'enquête sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser, *L'avenir incertain du saumon rouge du fleuve Fraser*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2012 (la « Commission Cohen »), et ce, sur le fondement d'un intérêt direct et important quant à la question de savoir si l'aquaculture est une cause du déclin du saumon rouge dans le fleuve Fraser, ainsi qu'à celle des politiques et des procédures du MPO qui se rapportent à l'aquaculture.

[6] Par ailleurs, M^{me} Morton était la demanderesse dans l'affaire *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575 (*Morton 2015*). Bien que cette décision soit d'une grande pertinence pour ce qui est des demandes dont il est question en l'espèce, il suffit de signaler que

challenged certain conditions of an aquaculture licence granted to Marine Harvest concerning the transfer of farmed fish. In *Morton 2015*, Justice Rennie noted that Ms. Morton brought that proceeding in the public interest and that her standing was not contested. Similarly, Ms. Morton's standing is not contested in her application for judicial review brought in T-1710-16.

B. 'Namgis

[7] 'Namgis is a band under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, and its members are "Aboriginal People of Canada" within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (*Constitution Act, 1982*).

[8] Don Svanvik, the elected Chief Councillor of 'Namgis (Chief Svanvik), provided an affidavit affirmed on March 7, 2018 (Svanvik affidavit), which was filed in both T-430-18 and T-744-18. The Svanvik affidavit describes, amongst other things, 'Namgis' history, culture and assertions of its Aboriginal rights and title.

[9] 'Namgis claims that its traditional territory includes the Nimpkish and Kokish river watersheds on northern Vancouver Island in their entirety, as well as adjacent marine areas in and around Malcolm Island, Cormorant Island, Swanson Island, Hanson Island, Foster Island and the Plumber and Pearce Island Groups, its asserted territory. It considers the Nimpkish River on Vancouver Island to be situated within the core of its territory and to be of tremendous importance to the community.

[10] 'Namgis asserts Aboriginal rights and title throughout its asserted territory, including title to the lands, water, air, marine foreshore and seabed, as well as rights to fishing, hunting, gathering and stewardship. In particular, it asserts that wild Pacific salmon, including sockeye, chum, pink, Chinook and coho, are an integral

M^{me} Morton a contesté avec succès certaines conditions d'un permis d'aquaculture accordé à Marine Harvest en lien avec le transfert de poissons d'élevage. Dans la décision *Morton 2015*, le juge Rennie a fait remarquer que M^{me} Morton avait engagé cette instance dans l'intérêt du public et que sa qualité pour agir n'était pas contestée. Dans le même ordre d'idées, la qualité pour agir de M^{me} Morton n'est pas contestée dans la demande de contrôle judiciaire qu'elle a déposée dans le cadre du dossier T-1710-16.

B. La Première Nation des Namgis

[7] La PNN est une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses membres font partie des « peuples autochtones » au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la « *Loi constitutionnelle de 1982* »).

[8] Don Svanvik, le conseiller en chef élu de la PNN (le « chef Svanvik ») est l'auteur d'un affidavit souscrit le 7 mars 2018 (l'affidavit du chef Svanvik), qui a été déposé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. Cet affidavit décrit, notamment, l'histoire de la PNN, sa culture ainsi que ses revendications fondées sur un titre et des droits ancestraux.

[9] La PNN soutient que son territoire traditionnel englobe dans leur intégralité les bassins versants des rivières Nimpkish et Kokish, qui sont situées dans le nord de l'île de Vancouver, de même que les zones marines adjacentes qui se situent à l'intérieur ou autour de l'île Malcolm, de l'île Cormorant, de l'île Swanson, de l'île Hanson, de l'île Foster et du groupe d'îles Plumber et Pearce, le territoire qu'elle revendique. Elle considère que la rivière Nimpkish, sur l'île de Vancouver, est située au cœur de son territoire et revêt une importance considérable pour la collectivité.

[10] La PNN revendique les droits et titre ancestraux sur l'ensemble de ce territoire, ce qui inclut le titre afférent aux terres, à l'eau, à l'air, à la zone intertidale marine et au fond marin, de même que les droits de pêche, de chasse, de cueillette et de gouvernance. En particulier, elle affirme que les saumons sauvages du Pacifique,

aspect of ‘Namgis’ oral history and traditions, way of life, economy, culture, ceremonies, food and trade. Further, that wild Pacific salmon populations have significantly declined in ‘Namgis’ asserted territory.

C. Minister

[11] The Minister is responsible for the administration of the *Fisheries Act*. And, pursuant to that Act, the Minister has broad discretion to authorize and issue fishing licences, including aquaculture licences and fish transfer licences.

D. Marine Harvest Canada Inc.

[12] Marine Harvest is engaged in the business of fish farming. It is one of four main salmon farming companies in British Columbia. As of November 2017, it held 56 of the 119 aquaculture licences issued by DFO authorizing the operation of an aquaculture facility in that province. All of Marine Harvest’s facilities are licensed to raise Atlantic salmon. Marine Harvest has 12 fish farms in the Broughton Archipelago area, including the site known as the Swanson Island facility.

E. Cermaq Canada Ltd.

[13] Cermaq describes itself as the second largest salmon aquaculture producer in British Columbia, making up approximately 25 percent of the salmon aquaculture industry. It has 28 fish-farming sites in British Columbia and approximately 20 operating fish farms. Each site holds a marine finfish aquaculture licence issued by DFO and permitting Cermaq to carry out aquaculture activities. Cermaq, together with Marine Harvest, make up approximately 82 percent of the British Columbia salmon aquaculture industry.

dont le saumon rouge, le saumon kéta, le saumon rose, le saumon chinook (aussi appelé saumon quinnat) et le saumon coho, font partie intégrante de son histoire et de ses traditions orales ainsi que de son mode de vie, de son économie, de sa culture, de ses cérémonies, de son alimentation et de ses activités commerciales. Elle allège de plus qu’il y a eu un net déclin des populations de saumons du Pacifique sauvages dans le territoire qu’elle revendique.

C. Le ministre

[11] Le ministre est chargé de l’application de la *Loi sur les pêches* et, sous le régime de celle-ci, il a le vaste pouvoir discrétionnaire d’autoriser et de délivrer des permis de pêche, ce qui inclut les permis d’aquaculture et les permis de transfert de poissons.

D. Marine Harvest Canada Inc.

[12] Marine Harvest exploite une entreprise piscicole, et elle est l’une des quatre grandes entreprises d’élevage de saumons en Colombie-Britannique. Au mois de novembre 2017, elle était titulaire de 56 des 119 permis d’aquaculture délivrés par le MPO et autorisant l’exploitation d’une installation aquacole dans cette province. La totalité de ses installations font l’objet d’un permis d’élevage de saumons atlantiques. Elle possède 12 fermes piscicoles dans la région de l’archipel Broughton, dont le site connu sous le nom d’« installation de l’ le Swanson ».

E. Cermaq Canada Ltd.

[13] Cermaq se décrit comme la deuxième plus grosse entreprise de salmoniculture en Colombie-Britannique, et elle représente environ 25 p. 100 de l’industrie salmonicole. Elle possède 28 sites d’élevage de poissons en Colombie-Britannique et exploite environ 20 fermes piscicoles. Chaque site détient un permis d’élevage de poissons de mer délivré par le MPO et autorisant Cermaq   exercer des activités aquacoles. Cermaq et Marine Harvest représentent   elles deux environ 82 p. 100 de l’industrie salmonicole en Colombie-Britannique.

III. BACKGROUND

A. Legislation

(i) Fisheries Act

[14] The *Fisheries Act* governs fisheries in Canada. Section 7 of the *Fisheries Act* gives the Minister broad discretion to issue fishing licences, including aquaculture licences:

Fishery leases and licences

7 (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on.

(ii) Fishery (General) Regulations

[15] The FGRs establish a general operational framework for fisheries management. This includes the implementation of any licence conditions necessary for the proper management and control of fisheries, and the conservation and protection of fish, that are not inconsistent with the FRGs or other specified regulations, as set out in subsection 22(1) of the FGRs.

[16] Part VIII of the FGRs governs the release of live fish into fish habitats or fish rearing facilities. Such transfers are prohibited without a licence:

INTERPRETATION

54 In this part, *licence* means a licence to release live fish into fish habitat or to transfer live fish to a fish rearing facility.

RELEASE OR TRANSFER OF FISH

55 (1) Subject to subsection (2), no person shall, unless authorized to do so under a licence,

- (a) release live fish into any fish habitat; or

III. LE CONTEXTE

A. La législation applicable

(i) *La Loi sur les pêches*

[14] *La Loi sur les pêches* régit les pêches au Canada, et l'article 7 confère au ministre le vaste pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis de pêche, dont des permis d'aquaculture :

Baux, permis et licences de pêche

7 (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries — ou en permettre l'octroi —, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(ii) *Le Règlement de pêche (dispositions générales)*

[15] Le RPDG établit, pour la gestion des pêches, un cadre opérationnel général qui inclut la mise en application des conditions des permis nécessaires à la gestion et à la surveillance judicieuses des pêches de même qu'à la conservation et à la protection des poissons, qui sont compatibles avec ce règlement et d'autres règlements précisés, comme il est indiqué au paragraphe 22(1).

[16] La partie VIII du RPDG régit la libération de poissons vivants dans leur habitat ou dans des installations d'élevage. De tels transferts sont interdits sans permis :

DÉFINITION

54 Dans la présente partie, *permis* s'entend du permis autorisant la libération de poissons vivants dans leur habitat ou le transfert de poissons vivants dans des installations d'élevage.

LIBÉRATION OU TRANSFERT DE POISSONS

55 (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est interdit à quiconque, à moins d'y être autorisé en vertu d'un permis :

- a) de libérer des poissons vivants dans tout habitat du poisson;

(b) transfer any live fish to any fish rearing facility.

b) de transférer des poissons vivants dans des installations d'élevage.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of fish that is immediately returned to the waters in which it was caught.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas au poisson qui est immédiatement remis dans l'eau où il vient d'être pris.

[17] Pursuant to section 56, the Minister may issue a licence if three specified conditions are met:

[17] Aux termes de l'article 56, le ministre peut délivrer un permis si trois conditions précises sont remplies :

LICENCE TO RELEASE OR TRANSFER FISH

PERMIS POUR LIBÉRER OU TRANSFÉRER DES POISSONS

56 The Minister may issue a licence if

56 Le ministre peut délivrer un permis dans le cas où :

(a) the release or transfer of the fish would be in keeping with the proper management and control of fisheries;

a) la libération ou le transfert des poissons est en accord avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches;

(b) the fish do not have any disease or disease agent that may be harmful to the protection and conservation of fish; and

b) les poissons sont exempts de maladies et d'agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces;

(c) the release or transfer of the fish will not have an adverse effect on the stock size of fish or the genetic characteristics of fish or fish stocks.

c) la libération ou le transfert ne risque pas d'avoir un effet néfaste sur la taille du stock de poisson ou sur les caractéristiques génétiques du poisson ou des stocks de poisson.

[18] Central to the applications before me is the question of whether the Minister's interpretation of section 56 is reasonable.

[18] Un aspect fondamental des demandes qui me sont soumises est la question de savoir si le ministre interprète l'article 56 de manière raisonnable.

(iii) Pacific Aquaculture Regulations

(iii) *Le Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*

[19] Pursuant to subsection 3(1) of the *Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270 (PARs), the Minister may issue an aquaculture licence authorizing a person to engage in aquaculture and other prescribed activities. Such activities are prohibited unless authorized by licence. And, for the proper management and control of fisheries and the conservation and protection of fish, the Minister, in addition to the conditions respecting the matters set out in subsection 22(1) of the FGRs, may specify conditions in an aquaculture licence as set out in section 4 of the PARs.

[19] Aux termes du paragraphe 3(1) du *Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*, DORS/2010-270 (le RPA), le ministre peut délivrer un permis d'aquaculture autorisant une personne à pratiquer l'aquaculture et d'autres activités réglementaires, lesquelles sont interdites à moins d'être autorisées par un permis. Et, pour ce qui est de la gestion et de la supervision judicieuses des pêches ainsi que de la conservation et de la protection des poissons, le ministre peut assortir un permis d'aquaculture, en plus des conditions prévues au paragraphe 22(1) du RPDG, des conditions concernant les sujets énumérés à l'article 4 du RPA.

B. *Morton 2009*

B. *La décision Morton 2009*

[20] In *Morton 2009*, the British Columbia Supreme Court held that fish farming in British Columbia is a

[20] Dans la décision *Morton 2009*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décrété qu'en

fishery that falls under exclusive federal jurisdiction 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]. As a result of that decision, and as discussed further below, in 2010 DFO assumed regulatory control over the management of aquaculture.

C. Fish farm production cycle

[21] Farmed salmon start life in hatcheries. Eggs and milt are collected from adult broodstock salmon. The fertilized eggs are incubated for seven to eight weeks in freshwater land-based hatcheries. Upon hatching, the fish are called alevin. Once their yolk sacs are absorbed, they are referred to as fry and, for the next year, they are raised in tanks within the hatchery. Once the young salmon are ready to enter salt water, they are referred to as smolts.

[22] Prior to transferring smolts from a freshwater hatchery to a marine (ocean) fish-farm site, the holder of the relevant aquaculture licence must apply for and be granted a transfer licence issued in accordance with section 56 of the FGRs. The most common type of fish farms in British Columbia are open-net farms in which the fish are contained in a net or cage suspended in the ocean and through which ocean water passes freely.

[23] The smolts remain in the marine fish farms until they are ready to be harvested, approximately two years for Atlantic salmon and 18 months for Chinook salmon.

[24] The number of salmon grown at such a farm during a typical production cycle can range from 200 000 to 650 000 fish. There are currently 116 licensed marine finfish farms in British Columbia, of which 80 are active, meaning that at any given time there are between 16 and 52 million farmed fish in B.C. waters. There are four main salmon farming companies including Marine

Colombie-Britannique la pisciculture est une activité de pêche qui relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral 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), annexe II, n° 5]. Par suite de cette décision, et comme nous le verrons plus loin, à compter de 2010, le MPO a exercé le pouvoir de réglementation sur la gestion de l'aquaculture.

C. Le cycle de production d'une ferme piscicole

[21] La vie d'un saumon d'élevage débute dans une éclosérie. Les œufs et la laitance sont prélevés chez des géniteurs adultes. Les œufs fécondés sont incubés pendant une période de sept à huit semaines dans des écloséries d'eau douce sur la terre ferme. Lors de l'éclosion, les poissons portent le nom d'alevins vésiculés. Après la résorption du sac vitellin, ils sont appelés alevins et, durant l'année qui suit, ils sont élevés dans des réservoirs situés dans l'éclosérie. Une fois que le jeune saumon est prêt à entrer dans l'eau salée, il porte le nom de smolt.

[22] Avant de transférer des smolts d'une éclosérie en eau douce à un site d'élevage en mer, le titulaire du permis d'aquaculture applicable doit demander et obtenir un permis de transfert, qui est délivré en vertu de l'article 56 du RPDG. En Colombie-Britannique, les fermes piscicoles les plus courantes sont des installations dans lesquelles les poissons sont contenus dans des filets ou dans des cages en suspension dans la mer et au travers desquelles l'eau de la mer circule librement.

[23] Les smolts restent dans les fermes piscicoles marines jusqu'à ce qu'ils soient prêts à être récoltés, c'est-à-dire environ deux ans, dans le cas du saumon atlantique, et 18 mois, dans le cas du saumon chinook.

[24] Le nombre de saumons élevés dans ces fermes au cours d'un cycle de production caractéristique peut varier entre 200 000 et 650 000 individus. En Colombie-Britannique, 116 fermes d'élevage de poissons de mer font actuellement l'objet de permis, dont 80 sont actives, ce qui signifie que dans les eaux de la province on élève en tout temps entre 16 et 52 millions de poissons. Il

Harvest and Cermaq. Atlantic salmon is the main species of farmed salmon produced in B.C., with a smaller number of farm-grown Chinook salmon. There are currently 28 land-based licenced hatcheries.

[25] The transfer of smolts occurs not only in aquaculture, but also in the context of salmon enhancement. In salmon enhancement, fish are raised in land-based hatcheries until the smolt stage and are then released into the natural marine environment to mature, at which point they become part of the wild salmon population.

[26] The Salmon Enhancement Program (SEP) is licensed by DFO. There are currently 132 SEP licences to grow Pacific salmon for release, 18 are DFO operated hatcheries, 99 are community hatcheries and 15 are classroom facilities.

D. PRV and HSMI

[27] As will be discussed below, PRV and HSMI are very topical issues that are the subject of a growing body of rapidly evolving scientific inquiry. What is not controversial is that PRV is a highly infectious virus. It was first recognized in Norway in 2010 and is now known to be present in Norway, the United Kingdom, Ireland, Chile, the United States and Canada. It was first detected on the west coast of North America in farmed Atlantic salmon through audit samples that were conducted in 2010. While some scientists believe that PRV in British Columbia first diverged from the Norwegian strain of PRV (Norwegian-PRV) in about 2007, DFO's current view is that recent testing of tissue samples archived from 1987 to 1994 indicates that a North Pacific variant of PRV (B.C.-PRV) has been present in salmonids on the Pacific coast of North America for a much longer time. PRV is now found in both farmed and wild salmon in British Columbia as well as other species of fish.

existe quatre grandes entreprises de salmoniculture, dont Marine Harvest et Cermaq. Le saumon atlantique est la principale espèce de saumon d'élevage que l'on produit dans la province, et la production de saumons chinooks est moins élevée. À l'heure actuelle, 28 écloséries terrestres font l'objet d'un permis.

[25] Le transfert des smolts se fait non seulement en aquaculture, mais aussi dans le contexte de la mise en valeur des saumons, où les poissons sont élevés dans des écloséries terrestres jusqu'au stade de smolts, avant d'être libérés dans le milieu marin naturel où ils atteindront leur maturité, stade auquel ils s'intègrent à la population de saumons sauvages.

[26] Le Programme de mise en valeur des salmonidés (le « PMVS ») est autorisé par le MPO. On compte à l'heure actuelle 132 permis du PMVS qui autorisent à élever des saumons du Pacifique en vue de leur libération, répartis entre 18 écloséries exploitées par le MPO, 99 écloséries communautaires et 15 installations en salle de classe.

D. Le RVP et l'IMSC

[27] Comme nous le verrons plus loin, le RVP (le réo-virus pisciaire) et l'IMSC (l'inflammation des muscles squelettiques et cardiaques) sont des enjeux très actuels qui font l'objet d'un corpus croissant d'enquêtes scientifiques en constante évolution. Un aspect qui ne suscite aucune controverse est que le RVP est un virus hautement infectieux. Il a été reconnu pour la première fois en Norvège en 2010, et l'on sait maintenant qu'il est présent en Norvège, au Royaume-Uni, en Irlande, au Chili, aux États-Unis et au Canada. Il a été décelé pour la première fois sur la côte Ouest de l'Amérique du Nord chez des saumons atlantiques d'élevage, dans le cadre d'échantillonnages de vérification réalisés en 2010. Certains scientifiques croient qu'en Colombie-Britannique le RVP a d'abord divergé de la souche norvégienne du RVP (le « RVP norvégien ») vers 2007, mais le MPO est maintenant d'avis que, d'après de récentes analyses d'échantillons tissulaires archivés entre 1987 et 1994, une variante du RVP du Pacifique Nord (le « RVP de la C.-B. ») est présente depuis nettement plus longtemps chez les salmonidés qui vivent le long de la côte du Pacifique de

[28] HSMI is an infectious disease. According to DFO, it was described for the first time in farmed Atlantic salmon in 1999 in Norway, where it has emerged as a production concern for Norwegian salmon aquaculture. In Norway, HSMI is currently among the top four most common salmonid aquaculture diseases, the number of outbreaks occurring each year increasing from 54 to 142 between 2004 and 2012.

[29] In Norway, HSMI is characterized by mortality that ranges from negligible up to 20 percent and morbidity as high as 100 percent within affected populations. In Norwegian fish farms, clinical signs of HSMI usually occur 5–9 months after sea transfer and include abnormal swimming behaviour, loss of appetite or anorexia, and loss of condition. HSMI has now been reported in farmed Atlantic salmon in Scotland, Chile and Norway. In 2017, it was also confirmed in one Atlantic salmon farm in British Columbia by a study of tissue samples that were collected in 2013–2014.

[30] More controversial is the link between PRV, HSMI, and other diseases. In 2017, a Norwegian study found PRV to be the cause of HSMI in Atlantic salmon. However, in Canada, a PRV challenge study conducted in 2016 concluded that the B.C.-PRV strain, while transmissible or infectious, was of low pathogenicity to Chinook, sockeye and Atlantic salmon. That is, while experimentally infected fish may carry large B.C.-PRV virus loads, the virus does not cause disease or mortality in those species. No other disease agent has been identified as the cause of HSMI in British Columbia. PRV has also been associated with other diseases, including jaundice.

l'Amérique du Nord. En Colombie-Britannique, on trouve aujourd'hui le RVP chez les saumons tant d'élevage que sauvages, de même que chez d'autres espèces.

[28] L'IMSC est une maladie infectieuse. D'après le MPO, elle a été décrite pour la première fois chez des saumons atlantiques d'élevage en 1999, en Norvège, où elle est devenue un problème de production pour la salmoniculture norvégienne. Dans ce pays, l'IMSC fait actuellement partie des quatre maladies les plus fréquentes en salmoniculture, et le nombre d'éclousions survenant chaque année a augmenté, passant de 54 à 142 entre 2004 et 2012.

[29] En Norvège, l'IMSC est caractérisée par une mortalité qui varie d'un taux négligeable à un taux de 20 p. 100 et par une morbidité pouvant atteindre 100 p. 100 au sein des populations touchées. Dans les fermes piscicoles norvégiennes, les signes cliniques de l'IMSC, qui apparaissent habituellement de cinq à neuf mois après le transfert en eau salée, sont notamment les suivants : comportement de nage anormal, perte d'appétit ou anorexie, et détérioration de l'état général. La présence de l'IMSC est aujourd'hui signalée chez des saumons atlantiques d'élevage en Écosse, au Chili et en Norvège. En 2017, une étude d'échantillons de tissus prélevés en 2013–2014 a également confirmé la présence de la maladie dans une pisciculture de saumons atlantiques en Colombie-Britannique.

[30] Un aspect plus controversé est le lien qui existe entre le RVP, l'IMSC et d'autres maladies. En 2017, une étude norvégienne a conclu que le RVP était la cause de l'IMSC chez le saumon atlantique. Au Canada toutefois, une étude de provocation par le RVP, réalisée en 2016, a conclu que la souche du RVP de la C.-B., bien que transmissible ou infectieuse, présentait une faible pathogénicité dans le cas du saumon chinook, du saumon rouge et du saumon atlantique. Autrement dit, même si des poissons ayant subi une infection expérimentale peuvent présenter d'importantes charges en RVP de la C.-B., ce virus n'est pas la cause de maladie ou de mortalité chez ces espèces. Aucun autre agent pathogène n'a été identifié comme étant la cause de l'IMSC en Colombie-Britannique. Le RVP est également associé à d'autres affections, dont la jaunisse.

[31] The heart of Ms. Morton's and 'Namgis' applications are that the DFO's policy of not testing for PRV puts wild Pacific salmon at risk.

E. *Morton 2015*

[32] Ms. Morton, in *Morton 2015*, raised the question of whether certain licence conditions contained in an aquaculture licence granted to Marine Harvest for its operations at Shelter Bay, British Columbia, met, or were consistent with, section 56 of the FGRs.

[33] Condition 3.1 of the subject licence concerned the transfer of fish:

3. Transfer of Fish

3.1 The licence holder may transfer to this facility live Atlantic or Pacific salmonids from a facility possessing a valid aquaculture licence issued pursuant to section 3 of the *Pacific Aquaculture Regulations* between Fish Health zones described in Appendix VI, provided transfers occur within the same salmonid transfer zone as outlined in Appendix II and provided:

(a) ...

(b) the licence holder has obtained written and signed confirmation, executed by the source facility's veterinarian or fish health staff, that, in their professional judgment:

(i) mortalities, excluding eggs, in any stock reared at the source facility have not exceeded 1% per day due to any infectious diseases, for any four consecutive day period during the rearing period;

(ii) the stock to be moved from the source facility shows no signs of clinical disease requiring treatment; and

[31] L'allégation que la politique du MPO — qui consiste à ne pas effectuer de tests de dépistage du RVP — met en péril les saumons du Pacifique sauvages est au cœur des demandes de M^{me} Morton et de la PNN.

E. *La décision Morton 2015*

[32] Dans la décision *Morton 2015*, M^{me} Morton a soulevé la question de savoir si certaines conditions dont était assorti un permis d'aquaculture délivré à Marine Harvest pour les activités qu'elle menait à Shelter Bay (Colombie-Britannique) répondaient aux exigences de l'article 56 du RPDG ou étaient compatibles avec cette disposition.

[33] La condition 3.1 du permis en question avait trait au transfert de poissons :

[TRADUCTION]

3. Transfert de poissons

3.1 Le titulaire de permis peut transférer à son installation des saumons atlantiques ou du Pacifique vivants en provenance d'une installation pour laquelle un permis d'aquaculture valide a été délivré conformément à l'article 3 du *Règlement du Pacifique sur l'aquaculture* entre les zones de santé des poissons décrites à l'annexe VI, à la condition que les transferts soient effectués à l'intérieur d'une seule et même zone de transfert des salmonidés décrite à l'annexe II et pourvu qu'il soit satisfait aux conditions suivantes :

(a) [...]

(b) le titulaire de permis doit avoir obtenu la confirmation écrite et signée, de la part du vétérinaire ou du personnel responsable de la santé des poissons de l'installation d'origine, indiquant que, selon son jugement professionnel :

(i) le taux de mortalité des stocks élevés à l'installation d'origine, à l'exception des œufs, au sein de tout stock élevé à l'installation d'origine, n'a pas dépassé 1 % par jour attribuable à des maladies infectieuses, pendant 4 jours consécutifs au cours de la période d'élevage;

(ii) le stock à transférer de l'installation d'origine n'affiche aucun signe de maladie clinique nécessitant un traitement;

(iii) no stock at the source facility is known to have had any diseases listed in Appendix IV; or

(iv) where conditions 3.1(b)(i) and/or 3.1(b)(iii) cannot be met transfer may still occur if the facility veterinarian has conducted a risk assessment of facility fish health records, review of diagnostic reports, evaluation of stock compartmentalization, and related biosecurity measures and deemed the transfer to be low risk.

[34] Justice Rennie, then of this Court, found that condition 3.1 of the licence authorizing the transfer of fish was derived from Part VIII of the FGRs and that the terms of the licence were required to comply with section 56 of those regulations.

[35] Further, that the question of whether the licence satisfied its governing regulatory provisions could be resolved by analogy to the first principles of statutory interpretation. That is, just as a regulation that is inconsistent with the enabling substantive statutory provisions cannot carry out the purposes of the act, nor can any condition of a licence that conflicts with substantive regulatory provisions carry out the purposes of the regulatory scheme. In that regard, subsection 22(1) of the FGRs stipulated that a licence condition could not conflict with the FGRs or grant that which the FGRs excluded. Justice Rennie concluded [at paragraphs 56–57] that:

The plain meaning of the language “any disease or disease agent” suggests that the phrase is not limited to *only* those few diseases prescribed by policy as listed in Appendix IV. The Minister’s legal duty under section 56 extends to *any* disease or disease agent that “may be harmful to the protection and conservation of fish.” Interpreting section 56(b) in this manner is consistent with a purposive and contextual approach, as it supports conservation of the resource, the Minister’s primary obligation under the *Fisheries Act: R v Marshall*, [1999] 3 SCR 533 at para 40. It is also consistent with the precautionary approach which the Minister says was taken into account. I will address this issue further in Part VII of these reasons.

(iii) aucun stock à l’installation d’origine n’a été atteint, pour autant que l’on sache, d’une maladie figurant à l’annexe IV;

(iv) lorsque les conditions des sous-alinéas 3.1(b)(i) ou 3.1(b)(iii) ne peuvent être respectées, le transfert peut tout de même avoir lieu si le vétérinaire de l’installation a effectué une évaluation des risques, en examinant les registres sur la santé des poissons de l’installation, des rapports de diagnostic, une évaluation de la compartimentation des stocks et les mesures de biosécurité connexes et qu’il a jugé que le transfert présentait un faible risque.

[34] Le juge Rennie, qui, à l’époque, siégeait à la Cour fédérale, a conclu que la condition 3.1 du permis autorisant le transfert de poissons découlait de la partie VIII du RPDG et que les conditions de ce permis devaient respecter les dispositions de l’article 56 de ce règlement.

[35] De plus, il a conclu qu’il était possible de régler la question de savoir si le permis respectait les dispositions réglementaires qui le régissaient en faisant une analogie avec les principes de base de l’interprétation législative. C’est-à-dire qu’à l’instar du fait qu’un règlement qui est incompatible avec les dispositions législatives habilitantes ne peut pas réaliser les objets de la loi, toute condition d’un permis qui entre en conflit avec les dispositions réglementaires de fond ne peut non plus réaliser les objets du régime réglementaire. À cet égard, le paragraphe 22(1) du RPDG prévoyait qu’une condition du permis ne pouvait pas entrer en conflit avec ce règlement ou quelque chose qu’il excluait. Comme l’a conclu le juge Rennie [aux paragraphes 56 et 57] :

Le sens ordinaire des mots « de maladies et d’agents pathogènes » (en anglais « *any disease or agent* ») porte à croire que ce membre de phrase ne vise pas *seulement* les quelques maladies recensées dans le cadre d’une politique et énumérées à l’annexe IV. L’obligation légale du ministre en vertu de l’article 56 s’étend à *toutes* les maladies et à *tous* les agents pathogènes « qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Cette interprétation de l’alinéa 56b) cadre avec une approche téléologique et contextuelle, puisqu’elle favorise la conservation de la ressource, qui est l’obligation première du ministre sous le régime de la *Loi sur les pêches : R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533, au paragraphe 40. Cette interprétation s’accorde également avec le principe de précaution, qui aurait été pris en compte

Again, a purposive, contextual and plain meaning analysis of the language “that *may* be harmful” suggests this phrase means any disease or disease agent that *might be harmful* to the protection and conservation of fish. This interpretive approach is again consistent with the precautionary principle, the essence of which is that where a risk of serious or irreversible harm exists, a lack of scientific certainty should not be used as a reason for postponing or failing to take reasonable and cost-effective conservation and management measures to address that risk (*Cohen Commission* vol 3 at 20). I note, in this regard, that although HSMI was first identified in 1999, it was in Scotland in 2005 and subsequently in Chile, it would be an unreasonable inference to draw from the evidence that it will not appear in farmed Atlantic salmon on the Pacific Coast. [Emphasis in original.]

[36] Justice Rennie then found that conditions 3.1(b)(i) and (iii) were reasonably consistent with paragraph 56(b) of the FGRs. Condition 3.1(b)(i) established clear, objective criteria governing transfers that were demonstrably linked to paragraph 56(b) of the FGRs. Condition 3.1(b)(iii) precluded transfers where stock was known to have had a listed disease that could severely impact fisheries. That is, condition 3.1(b)(iii) was a reasonable articulation of the paragraph 56(b) requirement that a fish transfer occur only where the fish do not have any disease or disease agent that may be harmful to the protection and conservation of fish.

[37] However, conditions 3.1(b)(ii) and (iv) were inconsistent with paragraph 56(b) of the FGRs. Condition 3.1(b)(ii), by allowing a licence holder to transfer fish if the stock “shows no signs of clinical disease requiring treatment”, maintained a lower standard than prescribed by, and contradicted the plain wording of paragraph 56(b), which stipulates that no transfer can take place if the fish have “any disease or disease agent” that may be harmful. Justice Rennie held that showing no sign of disease was a lower threshold than the regulatory scheme demanded, being that the fish “do not

selon le ministre. J’examinerai cette question plus avant à la partie VII des présents motifs.

Encore une fois, une analyse téléologique, contextuelle et selon le sens ordinaire des mots « qui *pourraient* nuire » porte à croire que ce membre de phrase vise toute maladie ou tout agent pathogène qui *est susceptible de nuire* à la protection et à la conservation du poisson. Cette approche interprétative s’accorde encore une fois avec le principe de précaution, qui veut essentiellement que, lorsqu’il existe un risque de préjudice grave et irréversible, l’absence de certitude scientifique ne serve pas de prétexte pour ajourner ou omettre la prise de mesures de conservation et de gestion raisonnables et rentables pour composer avec ce risque (*Commission Cohen*, volume 3, à la page 20). Je note, à cet égard, que, bien que le l’IMSC ait été identifié pour la première fois en 1999 et qu’il soit apparu en Écosse en 2005, puis au Chili, ce serait une inférence déraisonnable à tirer des éléments de preuve que de dire qu’il n’apparaîtra pas chez les saumons de l’Atlantique élevés sur la côte du Pacifique. [Souligné et en italique dans l’original.]

[36] Le juge Rennie a ensuite conclu que les conditions 3.1(b)(i) et (iii) étaient raisonnablement compatibles avec l’alinéa 56b) du RPDG. La condition 3.1(b)(i) fixait des critères de transfert clairs et objectifs qui, pouvait-on démontrer, étaient liés à cet alinéa. La condition 3.1(b)(iii) excluait tout transfert dans le cas où l’on savait que le stock était atteint d’une maladie énumérée qui pouvait avoir un impact important sur les pêches. Autrement dit, la condition 3.1(b)(iii) constituait une expression raisonnable de l’exigence, prévue à l’alinéa 56b), à savoir qu’un transfert de poissons ne pouvait avoir lieu que si ces poissons étaient exempts de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des poissons.

[37] Toutefois, les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) étaient incompatibles avec l’alinéa 56b) du RPDG. En autorisant un titulaire de permis à transférer des poissons si le stock [TRADUCTION] « n’affiche aucun signe de maladie clinique nécessitant un traitement », la condition 3.1(b)(ii) établissait une norme moins exigeante que celle prescrite à l’alinéa 56b), lequel dispose qu’aucun transfert ne peut avoir lieu si les poissons ne sont pas exempts « de maladies et d’agents pathogènes » qui pourraient causer des dommages, et elle contredisait le libellé clair de cette disposition. Le juge Rennie a conclu que le fait de

have any disease or disease agent.” Further, the FGRs are directed to the health of the resource generally, and not the health of the farmed product or stock. As drafted, condition 3.1(b)(iii) was unclear as to whether or how Marine Harvest’s staff were to determine if the fish had any disease or disease agent. Justice Rennie found that there was no nexus or scientific linkage between the regulatory requirement (directed to the protection of the resource) and the licence condition (directed to the stock).

[38] As to condition 3.1(b)(iv), this allowed the licence holder to override conditions 3.1(b)(i) and 3.1(b)(iii) if the facility veterinarian conducted a risk assessment and considered the transfer to be “low risk.” Justice Rennie found that this circumvented paragraph 56(b) of the FGRs and the regulatory requirement imposed on the Minister to allow transfers only where fish “do not have any disease or disease agent that may be harmful to the protection and conservation of fish.” Effectively, the condition circumvented the paragraph 56(b) regulatory requirements and licensed Marine Harvest to transfer through less rigorous conditions than required by law. Further, the Minister improperly sub-delegated to Marine Harvest, the licensee, the ultimate determination as to whether a transfer was permissible.

[39] Additionally, conditions 3.1(b)(ii) and (iv) were inconsistent with paragraph 56(b) of the FGRs in light of the precautionary principle. Justice Rennie found that paragraph 56(b), properly construed, embodied the precautionary principle [at paragraphs 97–99]:

In my view, subsection 56(b) of the *FGRs*, properly construed, embodies the precautionary principle. First, subsection 56(b) prohibits the Minister from issuing a transfer licence if disease or disease agents are present that “may be harmful to the protection and conservation of fish.” The phrase “may be harmful” does not require scientific certainty, and indeed does not require that harm

n’afficher aucun signe de maladie était un critère moins exigeant que celui que prescrivait le régime réglementaire, à savoir que les poissons devaient être « exempts de maladies et d’agents pathogènes ». De plus, le RPDG était axé sur la santé de la ressource en général, et non sur celui du produit ou du stock d’élevage. La condition 3.1(b)(iii), telle qu’elle était formulée, n’indiquait pas clairement si — ou de quelle manière — le personnel de Marine Harvest devait déterminer si les poissons avaient des maladies ou étaient porteurs d’agents pathogènes. Il a ajouté qu’il n’y avait aucun lien ou rapport scientifique entre l’exigence réglementaire (qui visait à protéger la ressource) et la condition du permis (qui visait le stock).

[38] Quant à la condition 3.1(b)(iv), celle-ci permettait au titulaire de permis de passer outre aux conditions 3.1(b)(i) et 3.1(b)(iii) si le vétérinaire de l’installation avait procédé à une évaluation des risques et s’il jugeait que les [TRADUCTION] « risques du transfert étaient faibles ». Le juge Rennie a conclu que cela contournait l’alinéa 56b) du RPDG ainsi que l’exigence réglementaire imposée au ministre d’autoriser les transferts uniquement dans les cas où les poissons étaient « exempts de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». En fait, la condition contournait les exigences réglementaires de l’alinéa 56b) et autorisait Marine Harvest à effectuer des transferts dans des conditions moins exigeantes que celles qui étaient établies par la loi. De plus, le ministre avait de manière irrégulière sous-délégué à Marine Harvest, qui était titulaire du permis, le pouvoir de déterminer en dernier ressort si un transfert était permis.

[39] En outre, les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) étaient incompatibles avec l’alinéa 56b) du RPDG au regard du principe de précaution. Le juge Rennie a conclu [aux paragraphes 97 à 99] que l’alinéa 56b), convenablement interprété, intégrait ce principe :

À mon avis, l’alinéa 56b) du RPDG, interprété correctement, donne corps au principe de précaution. Premièrement, l’alinéa 56b) interdit au ministre de délivrer un permis de transfert si une maladie ou des agents pathogènes sont présents qui « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Le membre de phrase « pourraient nuire » n’exige pas une certitude

even be the likely consequence of the transfer. Similarly, the scope of “any disease or disease agent” in subsection 56(b) should not be interpreted as requiring a unanimous scientific consensus that a disease agent (e.g., PRV) is the cause of the disease (e.g., HSMI).

The consequence of interpreting subsection 56(b) consistently with the precautionary principle is that the licence conditions must also reflect the precautionary principle. As the licence conditions cannot derogate from or be inconsistent with subsection 56(b), they therefore cannot derogate from the precautionary principle. As noted earlier, the Minister did not attempt to justify that licence condition 3.1(b)(iv) was consistent with the precautionary principle, but confined his argument in this respect to licence conditions 3.1(b)(i), (ii) and (iii).

In my view, the Minister’s argument cannot stand. For the reasons given, conditions 3.1(b)(ii) and (iv) are inconsistent with section 56(b) and thus with the precautionary principle. The conditions dilute the requirements of subsection 56(b), a regulation designed to anticipate and prevent harm even in the absence of scientific certainty that such harm will in fact occur.

[40] Accordingly, conditions 3.1(b)(ii) and (iv) were found to be of no force and effect and were severed from the aquaculture licence issued to Marine Harvest.

[41] In June 2016, the Minister filed a notice of appeal of Justice Rennie’s decision in *Morton 2015*. The appeal was discontinued in January 2017.

F. Transfer licensing post-*Morton 2015*

[42] Justice Rennie suspended his judgment for four months from the date of its issuance. On September 8, 2015, in conjunction with the end of that period, the Minister issued amended aquaculture licences. These included condition 3.3:

3.3 From September 8, 2015 until further notice, the licence holder may not carry out transfers pursuant to section 3.1 herein. During that period the licence holder must

scientifique, et d’ailleurs, il n’exige même pas que le transfert puisse vraisemblablement être nuisible. Dans le même ordre d’idées, le membre de phrase « de maladies et d’agents pathogènes » à l’alinéa 56b) ne devrait pas être interprété comme exigeant un consensus scientifique unanime selon lequel un agent pathogène (p. ex. le RVP) est la cause de la maladie (p. ex. le HSMI).

La conséquence de l’interprétation de l’alinéa 56b) en accord avec le principe de précaution est que les conditions du permis doivent également refléter le principe de précaution. Puisque les conditions du permis ne peuvent pas déroger à l’alinéa 56b) ni être incompatibles avec celui-ci, elles ne peuvent donc pas déroger au principe de précaution. Comme je l’ai noté précédemment, le ministre n’a pas tenté de démontrer que la condition 3.1(b)(iv) était compatible avec le principe de précaution; il a confiné son argumentation à cet égard aux conditions 3.1(b)(i), (ii) et (iii) du permis.

À mon avis, l’argument du ministre ne peut prospérer. Pour les raisons données, les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) sont incompatibles avec l’alinéa 56b), et donc, avec le principe de précaution. Les conditions minent les exigences de l’alinéa 56b), une disposition conçue pour anticiper et prévenir les dommages même en l’absence de certitude scientifique que ces dommages surviendront effectivement.

[40] Il a donc été conclu que les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) étaient nulles et sans effet et elles ont été retranchées du permis d’aquaculture délivré à Marine Harvest.

[41] En juin 2016, le ministre a déposé un avis d’appel contre la décision du juge Rennie dans l’affaire *Morton 2015*. Il y a eu désistement de cet appel en janvier 2017.

F. Les permis de transfert après l’affaire *Morton 2015*

[42] Le juge Rennie a suspendu son jugement pour une période de quatre mois à compter de la date du prononcé. Le 8 septembre 2015, au moment de l’expiration de cette période, le ministre a délivré des permis d’aquaculture modifiés. Ceux-ci comprenaient la condition 3.3 :

[TRADUCTION]

3.3 À compter du 8 septembre 2015 et jusqu’à nouvel ordre, il est interdit au titulaire de permis d’effectuer des transferts en application de la section 3.1 des présentes.

apply to the BC Introductions and Transfers Committee to obtain an authorization to transfer fish.

[43] DFO's evidence is that condition 3.3 is still in place and that DFO intends to continue the requirement that marine finfish aquaculture licence holders obtain a separate authorization through the B.C. Introductions and Transfers Committee (ITC) to move fish into and between farm sites, and plans to make this requirement a standard licence condition when aquaculture licences are renewed in 2022 and beyond.

[44] Currently, for every transfer between land-based hatcheries and marine salmon farm sites, and between marine salmon farm sites, aquaculture operators are required to submit an Introduction and Transfer Licence Application, as well as a Fish Health Attestation Form executed by the source facility's veterinarian, fish health staff or facility manager, which, together with other information, are assessed by the ITC. The ITC then makes a recommendation to the DFO Regional Manager, Aquaculture Programs, that the application be allowed or allowed with additional licence conditions. The DFO Regional Manager, as the Minister's delegate, then considers the recommendation and decides whether to issue a transfer licence on behalf of the Minister, under the authority of the FGRs.

IV. THE PRV POLICY

[45] As noted above, the Minister has effected a PRV Policy that allows transfer licences to be issued under section 56 of the FGRs without testing the fish to be transferred for PRV and HSMI. The Policy appears to be unwritten, and it is unclear from the record when the PRV Policy first came into effect. However, the record does indicate that the Minister, through his delegate, has made six decisions to continue the PRV Policy between June or July 2015 and the most recent decision made on June 28, 2018.

À compter de cette date, le titulaire de permis est tenu de présenter une demande au Comité des introductions et des transferts de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir l'autorisation de transférer des poissons.

[43] Il ressort des éléments de preuve présentés par le MPO que la condition 3.3 est toujours en vigueur, que le MPO entend maintenir l'exigence qu'ont les titulaires de permis d'aquaculture de poissons de mer d'obtenir une autorisation distincte, par l'entremise du Comité des introductions et des transferts de la Colombie-Britannique (le « CIT »), pour pouvoir transférer des poissons dans des sites piscicoles et entre ces derniers, et qu'il prévoit faire de cette exigence une condition standard lorsque les permis d'aquaculture seront renouvelés, à compter de 2022.

[44] À l'heure actuelle, pour chaque transfert de poissons entre les écloséries terrestres et les sites salmonicoles en mer, ainsi qu'entre les sites salmonicoles en mer eux-mêmes, les aquaculteurs sont tenus de présenter une demande de permis pour les introductions et les transferts, de même qu'un formulaire de certificat sanitaire signé par le vétérinaire, le personnel chargé de la santé des poissons ou le gestionnaire de l'installation d'origine, des documents qui, de pair avec d'autres informations, sont évalués par le CIT. Ce dernier recommande ensuite au gestionnaire régional des Programmes d'aquaculture du MPO que la demande soit accueillie, avec ou non d'autres conditions de permis. Le gestionnaire régional du MPO, à titre de délégué du ministre, étudie ensuite la recommandation et décide s'il y a lieu de délivrer ou non un permis de transfert au nom du ministre, sous le régime du RPDG.

IV. LA POLITIQUE CONCERNANT LE RVP

[45] Comme il a déjà été mentionné, le ministre a instauré une Politique concernant le RVP qui permet de délivrer des permis de transfert en vertu de l'article 56 du RPDG sans faire subir aux poissons des tests de dépistage du RVP et de l'IMSC. Cette politique semble être non écrite et il ne ressort pas clairement du dossier à quel moment elle a pris effet. Toutefois, le dossier indique bel et bien que le ministre, par l'intermédiaire de sa déléguée, a décidé à six reprises de poursuivre l'application de la Politique concernant le RVP entre les mois de juin

ou juillet 2015 et le 28 juin 2018, date de la décision la plus récente.

A. Previous decisions

[46] It is useful to summarize the previous PRV Policy decisions and the materials upon which they are based on as contained in the certified tribunal records (CTR), specifically the further further amended rule 318 [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106] certified tribunal record of the Minister of Fisheries and Oceans dated June 29, 2018, in T-1710-16 and the amended rule 318 certified tribunal record filed in T-430-18, as they illustrate that the delegate's decisions to continue the Policy are, in effect, a series of ongoing decisions culminating in the June 28, 2018, PRV Policy Decision, which is under review in these applications.

(i) *June – July 2015 decision*

There is no written record of this decision.

The CTR contains:

- (a) May 2014 DFO web statement regarding PRV;
- (b) June 26, 2015, internal email regarding a statement concerning PRV;
- (c) DFO Publication, *Regulating and Monitoring British Columbia's Marine Finfish Aquaculture Facilities 2011–2014*.

(ii) *September 2015 decision*

There is no written record of this decision.

The CTR contains:

- (a) A final draft for endorsements, with tracked changes, of “Assessment of the Occurrences,

A. Les décisions antérieures

[46] Il est utile de résumer les décisions qui ont été prises antérieurement dans le contexte de la Politique concernant le RVP, ainsi que les documents sur lesquels s'appuient ces décisions et qui figurent dans les dossiers certifiés du tribunal (DCT) visés à la règle 318 des Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106], plus précisément la troisième version du DCT du ministre des Pêches et des Océans, qui est datée du 29 juin 2018 et qui a été déposée dans le dossier T-1710-16, ainsi que le DCT modifié, qui a été déposé dans le dossier T-430-18, car ils montrent que les décisions qu'a prises la déléguée de poursuivre l'application de la Politique sont, en fait, une série continue de décisions qui ont abouti à la décision du 28 juin 2018 sur la Politique concernant le RVP, faisant l'objet des demandes de contrôle judiciaire dont la Cour est saisie en l'espèce.

(i) *La décision de juin-juillet 2015*

Il n'existe aucun document faisant état de cette décision.

Le DCT contient :

- a) une déclaration Web du MPO, datée de mai 2014 et portant sur le RVP;
- b) un courriel interne, daté du 26 juin 2015, portant sur une déclaration concernant le RVP;
- c) une publication du MPO intitulée *Réglementation et surveillance des installations de pisciculture marine de la Colombie-Britannique 2011–2014*.

(ii) *La décision de septembre 2015*

Il n'existe aucun document faisant état de cette décision.

Le DCT contient :

- a) une version définitive à faire approuver, avec suivi des changements, d'un document intitulé

Distribution and Potential Impacts of Piscine Reovirus on the West Coast of North America”, prepared by the Canadian Science Advisory Secretariat (CSAS).

(iii) *June 2016 decision*

There is no written record of this decision.

The CTR contains:

- (a) June 2016 DFO web statement regarding PRV;
- (b) September 11, 2015 (approved) Canadian Science Advisory Secretariat (CSAS), *Science Response 2015/037*, “Assessment of the Occurrence, Distribution and Potential Impacts of Piscine Reovirus on the West Coast of North America” (2015 CSAS Science Response);
- (c) DFO publication *Regulating and Monitoring British Columbia’s Marine Finfish Aquaculture Facilities 2011–2014*.

(iv) *January 30, 2017 decision*

Decision – Memorandum for the Regional Director General, “Management Approach to PRV and HSMI for Fish Transfers in British Columbia (For Decision)”, which was approved on January 30, 2017 (RDG Memorandum).

The CTR contains:

- (a) 2015 CSAS Science Response (an attachment to the RDG Memorandum);
- (b) Science Overview of PRV and HSMI (DFO) (an attachment to the RDG Memorandum);

« Évaluation de la présence, de la répartition et des incidences potentielles du réovirus pisciaire sur la côte Ouest de l’Amérique du Nord », rédigé par le Secrétariat canadien de consultation scientifique (le « SCCS »).

(iii) *La décision de juin 2016*

Il n’existe aucun document écrit faisant état de cette décision.

Le DCT contient :

- a) une déclaration Web du MPO, datée de juin 2016, portant sur le RVP;
- b) la *Réponse des Sciences 2015/037* (approuvée) du Secrétariat canadien de consultation scientifique (le « SCCS »), datée du 11 septembre 2015, intitulée « Évaluation de la présence, de la répartition et des incidences potentielles du réovirus pisciaire sur la côte ouest de l’Amérique du Nord » (la « Réponse des Sciences du SCCS de 2015 »);
- c) une publication du MPO intitulée *Réglementation et surveillance des installations de pisciculture marine de la Colombie-Britannique 2011–2014*.

(iv) *La décision du 30 janvier 2017*

Décision — Note de service destinée à la directrice générale régionale intitulée [TRADUCTION] « Approche de gestion à l’égard du RVP et de l’IMSC relativement aux transferts de poissons en Colombie-Britannique (pour décision) », et approuvée le 30 janvier 2017 (la « note de service adressée à la DGR »).

Le DCT contient :

- a) la réponse des Sciences du SCCS de 2015 (une pièce jointe à la note de service adressée à la DGR);
- b) un aperçu scientifique relatif au RVP et de l’IMSC (MPO) (une pièce jointe à la note de service adressée à la DGR);

- | | |
|--|---|
| <p>(c) The Minister of Fisheries and Oceans’ (Minister) interpretation of section 56 of the <i>Fishery (General) Regulations</i> (FGRs) (Minister’s Interpretation) (an attachment to the RDG Memorandum);</p> <p>(d) Mortality Events Reported in B.C. 2011–2015 (an attachment to the RDG Memorandum);</p> <p>(e) Draft DFO web statement “Piscine Orthoreovirus (PRV) and Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI)”.</p> | <p>c) un document intitulé [TRADUCTION] « Interprétation, par le ministre des Pêches et des Océans (le ministre), de l’article 56 du <i>Règlement des pêches (dispositions générales)</i> (RPDG) » (l’Interprétation du ministre) (une pièce jointe à la note de service adressée à la DGR);</p> <p>d) un document intitulé [TRADUCTION] « Mortalités déclarées en C.-B. 2011–2015 » (une pièce jointe à la note de service adressée à la DGR);</p> <p>e) une ébauche de déclaration Web du MPO intitulée « Orthoréovirus pisciaire (RVP) et inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC) ».</p> |
|--|---|

(v) *March 9, 2018 decision*

(v) *La décision du 9 mars 2018*

Decision – mail dated March 9, 2018, from Allison Webb, Regional Director General (RDG), confirming that DFO will continue the PRV Policy.

Décision — Un courriel daté du 9 mars 2018, d’Allison Webb, Directrice générale régionale (DGR), confirmant que le MPO continuera d’appliquer la Politique concernant le RVP.

The CTR contains:

Le DCT contient :

- | | |
|--|--|
| <p>(a) March 5, 2018, Centre for Science Advice Pacific FPP non-CSAS Request for Rapid Science Response (“March 2018 Rapid Science Response” or “March RSR”);</p> <p>(b) RDG Memorandum;</p> <p>(c) 2015 CSAS Science Response;</p> <p>(d) Science Overview of PRV and HSMI (DFO);</p> <p>(e) Minister’s Interpretation;</p> <p>(f) Mortality Events Reported in B.C. 2011–2015;</p> <p>(g) February 19, 2018, Draft DFO Internet Posting “Piscine Orthoreovirus (PRV) and Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI)”;</p> | <p>a) une demande de réponse rapide des Sciences, datée du 5 mars 2018, du Centre des avis scientifiques — PPP Pacifique (demande non reliée au SCCS) (« la réponse rapide des Sciences de mars 2018 », ou « la RRS de mars »);</p> <p>b) la note de service adressée à la DGR;</p> <p>c) la réponse des Sciences du SCCS de 2015;</p> <p>d) un aperçu scientifique relatif au RVP et de l’IMSC (MPO);</p> <p>e) l’Interprétation du ministre;</p> <p>f) les mortalités déclarées en C.-B. de 2011 à 2015;</p> <p>g) une ébauche de document du MPO affichée sur Internet et datée du 19 février 2018, intitulée « Orthoréovirus pisciaire (RVP) et inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC) »;</p> |
|--|--|

- | | |
|---|--|
| (h) Table of 2016 B.C. Mortality events; | h) un tableau des mortalités survenues en C.-B., en 2016; |
| (i) Tables of aquaculture reporting compliance 2011–2017 (DFO). | i) des tableaux de conformité — rapports sur l’aquaculture pour 2011–2017 (MPO). |

(vi) *June 28, 2018 decision*

(vi) *La décision du 28 juin 2018*

Decision – email dated June 28, 2018, from Allison Webb, RDG, confirming that DFO will continue the PRV Policy.

Décision — Un courriel daté du 28 juin 2018 d’Allison Webb, DGR, confirmant que le MPO continuera d’appliquer la Politique concernant le RVP.

The CTR contains:

Le DCT contient :

- | | |
|--|---|
| (a) June 27, 2018 (approved) – Centre for Science Advice Pacific FPP non-CSAS Request for Rapid Science Response (“June 2018 Rapid Science Response” or “June RSR”); | a) Une demande de réponse rapide des sciences, approuvée le 27 juin 2018, du Centre des avis scientifiques — PPP Pacifique (demande non reliée au SCCS) (« la réponse rapide des Sciences de juin 2018 », ou « la RRS de juin »); |
| (b) March 2018 Rapid Science Response; | b) la réponse rapide des Sciences de mars 2018; |
| (c) RDG Memorandum; | c) la note de service adressée à la DGR; |
| (d) 2015 CSAS Science Response; | d) la réponse des Sciences du SCCS de 2015; |
| (e) Science Overview of PRV and HSMI (DFO); | e) un aperçu scientifique relatif au RVP et de l’IMSC (MPO); |
| (f) Minister’s Interpretation; | f) l’interprétation du ministre; |
| (g) Mortality Events Reported in B.C. 2011–2015; | g) les mortalités déclarées en C.-B. de 2011 à 2015; |
| (h) February 19, 2018, Draft DFO Internet Posting “Piscine Orthoreovirus (PRV) and Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI)”; | h) une ébauche de document du MPO affichée sur Internet et datée du 19 février 2018, intitulée « Orthoréovirus pisciaire (RVP) et inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC) »; |
| (i) Table of 2016 BC Mortality events; | i) un tableau des mortalités survenues en C.-B., en 2016; |
| (j) Tables of aquaculture reporting compliance 2011–2017 (DFO); | j) des tableaux de conformité — rapports sur l’aquaculture pour 2011–2017 (MPO); |

(k) Document entitled *Regulating and Monitoring British Columbia's Marine Finfish Aquaculture Facilities 2017* (DFO).

B. Decision under review

[47] The June 28, 2018, email from Allison Webb, the RDG and Minister's delegate, to two other DFO members, Melanie McNabb and Lauren Lavigne, comprises the decision under review. It states as follows:

Melanie and Lauren – Based on the most recent advice received from Science Branch (Centre for Science and Advice Pacific) on June 27, 2018 which I have read as well as considering the background documents here, DFO will continue the policy approach explained in the briefing note signed on January 30, 2017 that explains that the Department will not test for PRV and HSMI prior to transfers of fish. This is germane to what information is considered before making decisions regarding s. 56 of the FGR.

DFO will continue to actively monitor this area and as new information becomes available consider whether changes will be required in our current management approaches.

[48] The background documents attached to this email are those contained in the amended rule 318 CTR for T-430-18, which documents are also found in the further further amended CTR for T-1710-16.

[49] It is necessary to devote some time to describing certain of these documents because they set out the science background utilized by DFO in confirming the PRV Policy, and demonstrate how DFO has responded to new science concerning PRV and HSMI.

(i) *2015 CSAS Science Response*

[50] The Canadian Science Advisory Secretariat, or CSAS, is a DFO entity that responds to requests for

k) un document intitulé *Réglementation et surveillance des installations de pisciculture marine de la Colombie-Britannique, 2017* (MPO).

G. La décision faisant l'objet du présent contrôle

[47] Le courriel du 28 juin 2018 qu'Allison Webb, la DGR et déléguée du ministre, a envoyé à deux autres membres du MPO, Melanie McNabb et Lauren Lavigne, constitue la décision visée par la présente demande de contrôle judiciaire. Il indique ce qui suit :

[TRADUCTION]

Melanie et Lauren – D'après l'avis le plus récent que nous avons reçu de la Direction des sciences (Centre des avis scientifiques du Pacifique), le 27 juin 2018, et que j'ai lu, et compte tenu aussi des documents ci-joints, le MPO continuera d'appliquer l'approche stratégique expliquée dans la note d'information signée le 30 janvier 2017, qui précise que le Ministère ne procédera pas à des tests de dépistage du RVP et de l'IMSC avant les transferts de poissons, ce qui est pertinent en ce qui a trait aux renseignements pris en considération avant de prendre une décision en rapport avec l'article 56 du RPDG.

Le MPO continuera de surveiller de près ce secteur et, à mesure que de nouvelles informations deviendront disponibles, il déterminera s'il sera nécessaire d'apporter des changements ou méthodes de gestion actuelles.

[48] Les documents joints à ce courriel sont ceux qui figurent dans le DCT modifié qui a été déposé dans le dossier T-430-18, et ils se trouvent également dans la troisième version du DCT qui a été déposée dans le dossier T-1710-16.

[49] Il est nécessaire de consacrer un certain temps à la description de quelques-uns de ces documents parce qu'ils présentent le contexte scientifique sur lequel le MPO s'est fondé pour confirmer la Politique concernant le RVP et ils montrent de quelle manière le MPO a réagi face à de nouveaux constats scientifiques concernant ce virus et l'IMSC.

(i) *La réponse des Sciences du SCCS de 2015*

[50] Le Secrétariat canadien de consultation scientifique — le SCCS — est une entité du MPO qui répond

science advice or questions. This can be done by way of a full Science Peer Review Process, which produces a Science Response summarizing key research findings and which can take up to six months to produce, or by a Science Response Process if a faster response is needed.

[51] The 2015 CSAS Science Response notes that concerns have been raised regarding the presence of PRV in farmed fish on the Pacific Coast and the potential impacts to the health of wild salmonid populations arising from the transfer of hatchery reared fish that carry this virus to marine-based aquaculture facilities. As the advice sought was required within four weeks, a CSAS Science Response was utilized.

[52] The report is, in essence, a technical review of data and studies from a variety of sources which are identified therein. There were four contributors, three from DFO and one (Dr. Gary Marty) from the British Columbia Ministry of Agriculture, and three reviewers, two from the U.S. Geological Survey, Western Fisheries Research Centre and one from the Alaska Department of Fish and Game, Commercial Fisheries Division. It was approved by Carmel Lowe, Regional Director, Science Branch, Pacific Region, DFO, on September 11, 2015.

[53] Based on the review, it finds, amongst other things, that,

- BC-PRV occurs in wild salmonids in western Canada and the US and there is uncertainty about the prevalence of the virus among species and life-history stages of wild Pacific salmon and among farmed salmon in western Canada;

- controlled laboratory experiments in Chinook, sockeye and Atlantic salmon provide good evidence that infection

à des demandes de conseils ou à des questions de nature scientifique. Cela se fait de deux façons : un processus complet d'examen scientifique par des pairs, qui donne lieu à une réponse des Sciences résumant les principaux constats scientifiques et dont la production peut durer jusqu'à six mois, ou un processus de réponse des Sciences, lorsqu'il est nécessaire d'obtenir une réponse en moins de temps.

[51] La réponse des Sciences du SCCS de 2015 note que des préoccupations ont été soulevées au sujet de la présence du RVP chez des poissons d'élevage le long de la côte du Pacifique et des effets possibles de ce virus sur la santé des populations de salmonidés sauvages par suite du transfert de poissons d'écloseries porteurs du virus vers des installations d'aquaculture en mer. Comme l'avis requis devait être donné dans un délai de quatre semaines, c'est le processus de réponse des Sciences du SCCS qui a été employé.

[52] Le rapport est essentiellement une revue technique de données et d'études émanant de diverses sources qui sont y sont mentionnées. Quatre personnes y ont contribué : trois membres du MPO et un membre (Dr Gary Marty) du ministère de l'Agriculture de la Colombie-Britannique. Trois examinateurs y également travaillé : deux du Western Fisheries Research Centre de l'United States Geological Survey, et un de la Commercial Fisheries Division du Department of Fish and Game de l'Alaska. Le rapport a été approuvé par Carmel Lowe, directrice régionale, Direction des sciences, Région du Pacifique, MPO, le 11 septembre 2015.

[53] En s'inspirant de la revue, ce rapport conclut, notamment :

[TRADUCTION]

- Le RVP de la C.-B. est présent chez des salmonidés sauvages de l'Ouest du Canada et des États-Unis, et la prévalence de ce virus parmi les espèces et les stades biologiques des saumons du Pacifique sauvages et des saumons d'élevage de l'Ouest du Canada suscite une certaine incertitude;

- des expériences contrôlées en laboratoire menées sur le saumon chinook, le saumon rouge et le saumon atlantique

with BC-PRV does not cause disease in those species and that the absence of associated mortality or pathology in infected fish exhibiting high viral loads also indicates that BC-PRV is of low pathogenicity although, apart from an absence of disease, the challenges resulted in similar infectivity and distribution in host tissues as described for Norwegian PRV obtained from fish with HSMI (the report notes that in Norway many challenge studies and diagnostic testing of samples for HSMI outbreaks have provided evidence towards an association between PRV and HSMI);

- diagnosis of HSMI is by combination of clinical signs (usually occurring 5–9 months after sea transfer and including abnormal swimming behaviour, anorexia and up to 20% mortality) confirmed by histological examination of tissues. Based on the current state of knowledge, there have been no reports of HSMI in farmed or wild fish in British Columbia, Washington or Alaska. While idiopathic cardiomyopathy (heart muscle disease of an unknown cause) had previously been reported in British Columbia farmed salmon, including HSMI-like lesions first diagnosed as the probable cause of death nine years earlier (referencing the Cohen Commission), because skeletal muscle was not sampled as part of the DFO Audit Program until 2013, it has only been after that time that it has been determined that a few cases of idiopathic cardiomyopathy in British Columbia match the pattern of microscopic lesions associated with HSMI in Norway. A retrospective analysis of test results for PRV of Audit Program samples from 2009 found PRV to be common and not associated with any cause of mortality, including idiopathic cardiomyopathy. In summary, there is no combined clinical and histological evidence for the occurrence of HSMI in farmed salmonids in British Columbia. There is a low prevalence of idiopathic cardiomyopathies of unknown cause(s) in audit samples, with 0.2% of fish examined since 2014 having signs of significant inflammations of both heart and skeletal muscles. If it is assumed that those lesions are caused by an infectious agent, the low percentage of infected fish suggests that it is not a highly infectious disease;

fournissent de solides preuves que l'infection par le RVP de la C.-B. ne cause pas de maladies chez ces espèces et que l'absence de mortalité ou de pathologies associées chez des poissons infectés présentant des charges virales élevées indique également que le RVP de la C.-B. est peu pathogène même si, hormis l'absence de maladie, les épreuves de provocation ont donné lieu, dans les tissus hôtes, à une infectiosité et à une distribution semblables à celles décrites pour le RVP de la Norvège chez les poissons atteints de l'IMSC (le rapport signale qu'en Norvège de nombreuses études de provocation et de nombreux tests diagnostiques de dépistage de l'IMSC sur des échantillons ont fourni des preuves d'une association entre le RVP et l'IMSC);

- le diagnostic de l'IMSC repose sur une combinaison de signes cliniques (survenant habituellement de 5 à 9 mois après le transfert en mer et se manifestant notamment par un comportement natatoire anormal, de l'anorexie et un taux de mortalité pouvant atteindre 20 %) confirmés par examen histologique des tissus. Selon l'état actuel des connaissances, il n'y a eu aucun cas d'IMSC signalé chez les poissons sauvages ou les poissons d'élevage en Colombie-Britannique et dans les États de Washington ou de l'Alaska. Même si l'on avait signalé auparavant des cas de cardiomyopathie idiopathique (une maladie des muscles cardiaques d'origine inconnue) chez des saumons d'élevage de la Colombie-Britannique, dont des lésions semblables à l'IMSC diagnostiquées pour la première fois comme étant la cause probable de décès neuf ans plus tôt (en faisant référence à la Commission Cohen), étant donné que les muscles squelettiques n'ont été échantillonnés dans le cadre du Programme de vérification du MPO qu'en 2013, ce n'est qu'après ce moment-là qu'on a déterminé que quelques cas de cardiomyopathie idiopathique en Colombie-Britannique correspondaient aux lésions microscopiques associées à l'IMSC en Norvège. Une analyse rétrospective des résultats des tests de dépistage menés sur les échantillons du Programme de vérification de 2009 a conclu que le RVP était fréquent et non associé à une cause quelconque de mortalité, dont la cardiomyopathie idiopathique. En résumé, il n'existe aucune preuve histologique et clinique combinée de la présence de l'IMSC chez les salmonidés d'élevage en Colombie-Britannique. Il y a une faible prévalence de cardiomyopathies idiopathiques d'origine(s) inconnue(s) dans les échantillons de vérification, et 0,2 % des poissons examinés depuis 2014 présentent des signes d'inflammation marquée des muscles cardiaques et squelettiques. Si l'on présume que ces lésions sont causées par un agent infectieux, le faible pourcentage de poissons infectés donne à penser qu'il ne s'agit pas d'une maladie très infectieuse;

- as to an evaluation of the adequacy of current farm-based and wild monitoring practices to detect HSMI or other diseases possibly associated with PRV, this describes fish health auditing and reporting measures for farmed fish, and states that diagnostic evaluations of farmed salmon conducted by aquaculture companies, the Province and DFO are highly likely to have found evidence of HSMI in BC assuming a similar presentation as seen in Norway (clinical symptoms). As all of the aquaculture companies in BC also farm Atlantic salmon in Norway where HSMI is common, it is unlikely that their veterinarians, other fish health staff or managers would not be aware of the clinical signs of HSMI. In summary, assuming a similar clinical presentation of HSMI in BC farmed salmon as seen in Norway, company veterinarians and or government audit programs would be expected to have identified HSMI if it were present;

- the above information is then summarized as factors that should be considered in any evaluation of risk posed to wild Pacific salmon, as well as key uncertainties including that the role that PRV plays in the development of HSMI in Norway remains unclear;

- based on the information available, it concludes that the ubiquitous nature of PRV, its apparent long-time presence in wild Pacific salmonid stocks, and the lack of a clear association with disease in laboratory challenge trials suggests a low likelihood that the presence of the virus in any life stage of farmed Atlantic and Pacific salmon would have a significant impact on wild Pacific salmon populations.

(ii) *January 30, 2017 RDG Memorandum*

[54] In its summary, the 2017 RDG Memorandum notes that research confirming the presence of HSMI in one Atlantic salmon farm in British Columbia in 2013/2014 would be published shortly (this reference is to the study ultimately published as Di Cicco *et al.* (2017) “Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI)

- quant à une évaluation du caractère adéquat des méthodes actuelles de surveillance des exploitations aquacoles et du milieu sauvage en vue de déceler la présence de l’IMSC ou d’autres maladies potentiellement associées au RVP, cette évaluation décrit les mesures de vérification et de déclaration de la santé des poissons d’élevage et indique qu’il est fort probable que les évaluations diagnostiques des saumons d’élevage réalisées par les entreprises, la Colombie-Britannique et le MPO aient relevé des preuves de l’IMSC en Colombie-Britannique, en supposant que le tableau soit semblable à celui qui a été brossé en Norvège (symptômes cliniques). Comme toutes les entreprises aquacoles de la Colombie-Britannique élèvent également des saumons atlantiques en Norvège, où les cas d’IMSC sont fréquents, il est peu probable que leurs vétérinaires, les autres employés chargés de la santé des poissons ou leurs gestionnaires ne soient pas au courant des signes cliniques de l’IMSC. En résumé, en présumant que le tableau clinique de la présence de l’IMSC chez les saumons d’élevage de la Colombie-Britannique est semblable à celui de la Norvège, on se serait attendu à ce que les vétérinaires des entreprises ou les programmes de vérification gouvernementaux aient relevé l’IMSC si cette maladie était présente;

- les informations qui précèdent sont ensuite résumées sous la forme de facteurs dont il faudrait tenir compte dans toute évaluation des risques que courent les saumons du Pacifique sauvages, ainsi que sous la forme d’incertitudes clés, dont le manque de clarté du rôle que joue le RVP dans l’apparition de l’IMSC en Norvège;

- se fondant sur les informations disponibles, le rapport conclut que l’omniprésence du RVP, sa présence évidente et de longue date dans les stocks de saumons du Pacifique sauvages et l’absence d’une association claire avec la maladie lors des épreuves de provocation en laboratoire donnent à penser qu’il est peu probable que la présence du virus chez les saumons d’élevage (atlantiques et du Pacifique), à quelque stade biologique que ce soit, ait une incidence marquée sur les populations de saumons du Pacifique sauvages.

(ii) *La note de service adressée à la DGR du 30 janvier 2017*

[54] Dans la section [TRADUCTION] « Résumé », la note de service adressée à la DGR de 2017 signale qu’un travail de recherche confirmant la présence de l’IMSC dans l’une des fermes d’élevage de saumons atlantiques en Colombie-Britannique en 2013–2014 devrait être publié sous peu (il s’agit de l’étude qui a finalement été

disease diagnosed on a British Columbia salmon farm through a longitudinal farm study”, PLoS ONE 12(2): e01271471, online: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0171471> (Di Cicco 2017)). The Memorandum notes that this new research would document the development of HSMI at one marine salmon farm, resulting in low level mortality. Further, that information from DFO’s audit program, industry reports, and DFO scientists does not show elevated fish mortalities associated with disease in BC. Given the current science knowledge and the mortality reporting to date, the Memorandum recommends that DFO maintain its policy of not testing for PRV and HSMI prior to transfers of fish as PRV and HSMI are not of serious concern in B.C.

[55] The Background section of the document references the 2015 CSAS Science Response and summarizes the Minister’s Interpretation of paragraph 56(b). Under Science Advice, it states that a peer-reviewed article in a top tier journal, PLoS ONE, confirming the presence of HSMI in one Atlantic salmon farm in B.C., will be published within the next three weeks. That article will document the development of HSMI at that farm over an 11-month period resulting in a low level of mortality (<2 percent). That level of mortality is at the low end of estimates from outbreaks in Norwegian farms (0–20 percent) and, although the number of reported cases in Norway has increased over the years, this does not inform DFO of whether the severity of disease had increased or not. Further, while PRV is widely considered the leading cause of HSMI, its role in the development of HSMI and other diseases is uncertain. There are a number of strains of the PRV virus and it is not yet known if some are more prone to result in disease, if species susceptibility differs among strains and/or if other factors are involved in disease development. PRV variants have been associated with diseases in Atlantic and coho salmon as well as rainbow trout. PVR has been documented in aquaculture and wild fish on both the Atlantic and Pacific coasts; challenge trials in B.C. have

publiée sous la forme suivante : Di Cicco *et al.* (2017) “Heart and skeletal muscle inflammation (HSMI) disease diagnosed on a British Columbia salmon farm through a longitudinal farm study” PLoS ONE 12(2): e01271471, en ligne : <https://doi.org/doi:10.1371/journal.pone.0171471> (l’étude « Di Cicco 2017 »)). La note de service signale également que ce nouveau travail de recherche décrirait l’apparition de l’IMSC dans l’une des fermes salmonicoles marines, avec un faible taux de mortalité. De plus, des informations émanant du programme de vérification du MPO, de rapports de l’industrie et de scientifiques du MPO ne font pas état de taux élevés de mortalité associée à la maladie en Colombie-Britannique. Compte tenu des connaissances scientifiques et des rapports sur les taux de mortalité qui existent à ce jour, la note de service recommande que le MPO maintienne sa politique, laquelle consiste à ne pas procéder à des tests de dépistage du RVP et de l’IMSC avant les transferts de poissons, car, en Colombie-Britannique, ce virus et cette maladie ne suscitent pas de sérieuses préoccupations.

[55] La section [TRADUCTION] « Contexte » du document fait référence à la réponse des Sciences du SCCS de 2015 et résume la manière dont le ministre interprète l’alinéa 56b). Sous la rubrique [TRADUCTION] « Avis scientifique », il y est indiqué qu’un article évalué par des pairs publié dans une prestigieuse revue, PLoS ONE, et confirmant la présence de l’IMSC dans l’une des fermes d’élevage de saumons atlantiques en Colombie-Britannique sera publié au cours des trois semaines à venir. Cet article fera état de l’apparition de l’IMSC dans cette ferme sur une période de 11 mois et avec un faible taux de mortalité (<2 p. 100). Ce taux de mortalité se situe à la limite inférieure des estimations découlant des éclosions survenues dans des fermes d’élevage norvégiennes (de 0 à 20 p. 100), et même si le nombre de cas déclarés en Norvège a augmenté au fil des ans, cela n’indique pas au MPO si la gravité de la maladie a augmenté ou pas. De plus, même s’il largement reconnu que le RVP est la cause principale de l’IMSC, le rôle qu’il joue dans l’apparition de cette maladie et d’autres est incertain. Le RVP a plusieurs souches, et l’on ignore encore si certaines d’entre elles sont plus susceptibles de déclencher une maladie, si la sensibilité des espèces diffère selon les souches ou s’il existe d’autres facteurs qui interviennent dans l’apparition des maladies. Des

demonstrated that despite infection with loads of PRV similar to or higher than PRV loads reported in Atlantic salmon with HSMI lesions in Norway, Atlantic, sockeye and Chinook salmon have failed to exhibit any symptoms of the disease. And, while PRV is found in wild Pacific fish, there have been no reports of HSMI in wild fish in B.C., Washington or Alaska. The Memorandum notes that as PRV and HSMI are globally active areas of scientific research, new findings on the virus, the disease and the links between them are emerging at an incredibly rapid pace.

variantes du RVP ont été associées à des maladies chez le saumon atlantique et le saumon coho, de même que chez la truite arc-en-ciel. La présence du RVP a été décrite chez des poissons sauvages et d'élevage, le long de la côte tant atlantique que pacifique; des épreuves de provocation réalisées en Colombie-Britannique ont montré que, en dépit d'infections présentant des charges en RVP semblables ou supérieures à celles signalées chez des saumons atlantiques présentant des lésions associées à l'IMSC en Norvège, les saumons chinooks, rouges et atlantiques n'ont manifesté aucun symptôme de la maladie. Et même si l'on a relevé le RVP chez des poissons du Pacifique sauvages, aucun cas d'IMSC n'a été relevé chez des poissons sauvages en Colombie-Britannique ou dans les États de Washington ou de l'Alaska. La note de service signale que, étant donné que le RVP et l'IMSC sont des sujets de recherche scientifique actifs à l'échelle mondiale, de nouveaux constats concernant le virus, la maladie et les liens entre les deux sont faits à un rythme incroyablement rapide.

[56] It recommends as follows:

[56] La note de service formule la recommandation suivante :

ADVICE AND RECOMMENDATIONS TO REGIONAL DIRECTOR GENERAL

Given the analysis set out above, it is recommended that DFO maintain its policy of not testing for PRV and HSMI prior to transfer of fish in that:

1. Experimental exposures of the strain of PRV present in BC to Pacific and Atlantic salmon in BC have failed to induce disease or mortality.
2. The current evidence is that HSMI causes very low mortality in fish farms in BC.
3. Transfers of fish with low potential to cause mortality do not harm the protection and conservation of fish at a population level and can be authorized as per the Minister's interpretation of s 56(b) of the FGR.

[TRANSLATION]

AVIS ET RECOMMANDATIONS À LA DIRECTRICE GÉNÉRALE RÉGIONALE

Compte tenu de l'analyse qui précède, il est recommandé que le MPO maintienne sa politique consistant à ne pas procéder à des tests de dépistage du RVP et de l'IMSC avant le transfert de poissons, en ce sens que :

1. en Colombie-Britannique, des expositions expérimentales de saumons atlantiques et du Pacifique à la souche du RVP présente en Colombie-Britannique n'ont causé aucune maladie ou mortalité;
2. selon les données actuelles, l'IMSC cause fort peu de mortalités dans les fermes piscicoles en Colombie-Britannique;
3. les transferts de poissons présentant un faible risque de causer des mortalités ne nuisent pas à la protection et à la conservation des poissons au niveau des populations, et ils peuvent être autorisés conformément à l'interprétation que fait le ministre de l'alinéa 56b) du RPDG.

[57] The RDG Memorandum, authored by Andrew Thomson, concludes by stating that DFO is committed to protecting and conserving both wild and farmed fish, is actively reviewing key new findings and is prepared to make changes as necessary. The recommendation was accepted by Rebecca Reid, RDG, Pacific Region, on January 30, 2017.

(iii) *March 2018 Rapid Science Response*

[58] This document was generated as an emergency response to a December 27, 2017, request from Cory Jackson and Allison Webb and was required by February 2018. The responders were Kyle Garver, Mark Polinski and Stewart Johnson, of DFO Science, a branch of DFO that it describes as conducting research on and contributing to global scholarship on PRV and HSMI. The document states that it does not constitute delivery of peer-reviewed Science advice but is intended as a rapid response to an immediate requirement for Science input. It was reviewed by Lesley MacDonald of the Centre for Science Advice – Pacific Region and was approved by Dr. Carmel Lowe, Regional Director Science – Pacific Region, on March 5, 2018.

[59] The March RSR provides background information, including that DFO does not require any pre-transfer testing for specific diseases or disease agents, such as PRV, before fish are transferred from hatcheries to marine aquaculture sites. However, as part of the salmon transfer application review, DFO assesses overall fish health at the source facility by examining company fish health records, any fish health and/or mortality reporting submitted as part of the aquaculture licence condition requirements, and results from DFO farm audits. The March RSR states that DFO does not test for PRV as part of its routine fish farm audits as experimental exposures of the strain of PRV present in B.C. to Pacific and Atlantic salmon have failed to induce disease or mortality and the current evidence is that HSMI causes very low mortality in B.C. fish farms. However, research into PRV and HSMI is an active area of scholarship worldwide. Given this, and the profile of PRV and HSMI, it is

[57] La note de service adressée à la DGR, dont l’auteur est Andrew Thomson, conclut en disant que le MPO est résolu à protéger et à conserver les poissons tant sauvages que d’élevage, qu’il examine activement les principaux nouveaux constats et qu’il est disposé à apporter des changements au besoin. La recommandation a été acceptée par Rebecca Reid, DGR, Région du Pacifique, le 30 janvier 2017.

(iii) *La réponse rapide des Sciences de mars 2018*

[58] Ce document a été produit à titre de réponse urgente à une demande datée du 27 décembre 2017, de la part de Cory Jackson et d’Allison Webb, et la réponse était attendue au mois de février 2018. Les répondants étaient Kyle Garver, Mark Polinski et Stewart Johnson, de la Direction des sciences du MPO qui, selon la description qui en est faite, mène des recherches et contribue à des bourses d’études mondiales sur le RVP et l’IMSC. Il est précisé que le document n’est pas un avis des Sciences évalué par des pairs, mais qu’il vise à répondre rapidement à une demande immédiate de contribution des Sciences. Le document a été revu par Lesley MacDonald, du Centre des avis scientifiques — Région du Pacifique et approuvé par Carmel Lowe, directeur régional, Sciences — Région du Pacifique, le 5 mars 2018.

[59] La RRS de mars présente des renseignements généraux, dont le fait que le MPO n’exige aucun test de dépistage de maladies ou d’agents pathogènes particuliers, comme le RVP, avant que l’on transfère des poissons à partir d’écloseries vers des sites aquacoles en mer. Cependant, dans le cadre de l’examen des demandes de transfert de saumons, le MPO évalue la santé générale des poissons à l’installation d’origine en examinant les dossiers de santé des poissons de l’entreprise, tout rapport sur la santé ou la mortalité des poissons présenté dans le cadre des conditions d’un permis d’aquaculture, de même que les résultats des vérifications de fermes d’élevage du MPO. La RRS de mars indique que le MPO n’effectue pas de tests de dépistage du RVP dans le cadre des vérifications de fermes piscicoles qu’il effectue habituellement parce que des expositions expérimentales de saumons atlantiques et du Pacifique à la souche du RVP présente en Colombie-Britannique n’ont

important that DFO consider new science information as it becomes available. The March RSR states that it is a request for a review of recent publications/peer-reviewed literature (within the last year) and for science advice regarding whether changes to DFO's management approach should be considered as a result. The recent primary peer-reviewed literature on PRV includes six listed papers. One of these is Di Cicco 2017.

[60] The review was requested by Aquaculture Management Division of DFO to ensure DFO's testing and fish health management approach are informed by the latest scientific evidence and to answer two questions:

Does this recently published literature alter the scientific perspective on the role of PRV in the development of disease? If so, how?

How are these studies and any other recent studies on PRV and HSMI relevant (or not relevant) to the testing and management of PRV and HSMI in B.C.?

[61] In answer to the first question, the March RSR references the uncertainty expressed in the 2015 CSAS Science Response as to the relationship between PRV and HSMI and the subsequent study, Wessel *et al.* (2017), "Infection with purified Piscine orthoreovirus demonstrates a causal relationship with heart and skeletal muscle inflammation in Atlantic salmon", PLoS ONE 12(8): e0183781, online: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0183781> (Wessel 2017), which used purified PRV as inoculum in an experimental challenge trial to confirm that PRV is the causal agent of HSMI. The March RSR

pas causé de maladies ou de mortalité, et les preuves récentes indiquent que l'IMSC cause fort peu de mortalité dans les fermes piscicoles de la Colombie-Britannique. Toutefois, les recherches menées sur le RVP et l'IMSC sont un domaine d'étude actif à l'échelle mondiale. En raison de cela, et compte tenu du profil du RVP et de l'IMSC, il est important que le MPO prenne en considération les nouvelles informations scientifiques à mesure qu'elles deviennent disponibles. La RRS de mars indique qu'elle est le résultat d'une demande de revue de publications ou de documents évalués par des pairs qui ont été produits depuis peu (au cours de l'année écoulée) et d'avis scientifiques destinée à déterminer s'il y a lieu d'apporter des changements à l'approche de gestion du MPO. La liste des principaux documents évalués par des pairs et produits depuis peu qui portent sur le RVP comprend six documents, dont l'étude Di Cicco 2017.

[60] Le travail de revue a été demandé par la Division de la gestion de l'aquaculture du MPO afin, d'une part, de veiller à ce que les tests de dépistage et l'approche de gestion de la santé des poissons du MPO soient éclairés par les preuves scientifiques les plus récentes et, d'autre part, de répondre à deux questions :

[TRADUCTION]

Ces documents récemment publiés changent-ils le point de vue scientifique sur le rôle que joue le RVP dans l'apparition de la maladie? Si oui, comment?

En quoi ces études ainsi que toute autre étude récente sur le RVP et l'IMSC sont-elles pertinentes (ou non) pour les tests de dépistage et la gestion du RVP et de l'IMSC en Colombie-Britannique?

[61] En réponse à la première question, la RRS de mars fait référence à l'incertitude exprimée dans la réponse des Sciences du SCCS de 2015 quant à la relation entre le RVP et l'IMSC ainsi qu'à l'étude ultérieure de Wessel *et al.* (2017) « Infection with purified Piscine orthoreovirus demonstrates a causal relationship with heart and skeletal muscle inflammation in Atlantic salmon », PLoS ONE 12(8): e0183781, en ligne : <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0183781> (l'étude « Wessel 2017 »), où l'on s'est servi de particules purifiées du RVP comme inoculant dans le cadre

states that by addressing (presumably meaning resolving) the question of whether PRV is the etiological agent of HSMI in Atlantic salmon, the PRV/HSMI research community has redirected scientific endeavours to no longer evaluate what causes HSMI, but rather to understand how the disease is caused by PRV. As discussed in Wessel 2017, in Norway, HSMI has consistently been reproduced experimentally in Atlantic salmon after PRV exposure (three studies by different authors are footnoted in support of this), however, in Canadian PRV studies, HSMI had yet to be induced in experimentally infected fish (one study, Garver *et al.* (2016) “Piscine Orthoreovirus from Western North America is Transmissible to Atlantic Salmon and Sockeye Salmon but Fails to Cause Heart and Skeletal Muscle Inflammation” PLoS ONE 11(1):e0146229, online: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0146229> (Garver 2016), is cited in support of this). The March RSR states that the development of HSMI or lack thereof in laboratory fish with equally high PRV infections illustrates that PRV screening is currently not an informative diagnostic for disease development. Consequently, PRV research is underway to better understand what factors are responsible for the altered disease scenarios, and what conditional requirements exacerbate non-virulent PRV infections into a HSMI disease state. This is summarized by the statement in the March RSR that Wessel 2017 provides evidence that PRV infection can directly cause HSMI in Atlantic salmon, yet that study acknowledges that it remains unclear as to why in many instances infections do not lead to disease. Further, that in developing the ability to purify PRV, Wessel 2017 also made it possible for the research community to characterize potential PRV strain differences, host differences, and environmental factors.

d’une épreuve de provocation expérimentale pour confirmer que le RVP est l’agent causal de l’IMSC. La RRS de mars indique qu’en répondant à la question (ce qui veut vraisemblablement dire « en réglant ») de savoir si le RVP est l’agent étiologique de l’IMSC chez le saumon atlantique, la communauté de la recherche sur le RVP et l’IMSC a réorienté les travaux scientifiques de façon à ne plus évaluer l’agent causal de l’IMSC, mais à plutôt comprendre comment la maladie est causée par ce virus. Comme il est dit dans l’étude Wessel 2017, en Norvège, l’IMSC a été systématiquement reproduite de manière expérimentale chez le saumon atlantique après une exposition au RVP (trois études, menées par des auteurs différents, sont citées en bas de page à l’appui de cette thèse), mais, dans les études canadiennes sur le RVP, il restait encore à déclencher l’IMSC chez des poissons infectés expérimentalement (une étude, Garver *et al.* (2016), « Piscine Orthoreovirus from Western North America is Transmissible to Atlantic Salmon and Sockeye Salmon but Fails to Cause Heart and Skeletal Muscle Inflammation », PLoS ONE 11(1) : e0146229, en ligne : <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0146229> (l’étude « Garver 2016 »), est citée à l’appui de cette thèse). La RRS de mars indique que l’apparition de l’IMSC — ou son absence — chez des poissons de laboratoire présentant des taux d’infection par le RVP tout aussi élevés montre qu’à l’heure actuelle le dépistage de ce virus n’est pas un diagnostic informatif quant à l’apparition de la maladie. Des recherches sur le RVP sont donc en cours pour mieux comprendre quels sont les facteurs responsables des scénarios de maladie modifiés, et quelles sont les exigences conditionnelles qui exacerbent les infections non virulentes par le RVP et les transforment en un état pathologique associé à l’IMSC. Cela est résumé par la déclaration figurant dans la RRS de mars selon laquelle l’étude Wessel 2017 fournit une preuve qu’une infection par le RVP peut directement déclencher l’IMSC chez le saumon atlantique; cette étude reconnaît pourtant qu’il n’est pas établi clairement pourquoi, dans bien des cas, l’infection ne mène pas à la maladie. De plus, en perfectionnant la capacité de purifier le RVP, l’étude Wessel 2017 a également permis aux chercheurs de caractériser des différences possibles entre les souches de RVP, des différences entre les hôtes et des facteurs environnementaux.

[62] The March RSR then discusses the HSMI experience in Norway, noting that during outbreaks in farms there, clinical signs of the disease together with elevated mortalities alert farm personnel to conduct fish health investigations. For diagnosis of HSMI, fish are examined using histology to visualize characteristic pathologies in the heart and skeletal muscles that differentiate the disease from other known diseases in salmon. To date, HSMI has only been reported in farmed fish, globally.

[63] The March RSR states that in British Columbia there are no reports of elevated levels of mortality or production losses in farmed Atlantic salmon due to HSMI. It describes the Di Cicco 2017 study as having conducted a histological assessment of Atlantic salmon during the course of a marine production cycle on one B.C. farm and as having documented the progression of cardiac lesions found in those fish as consistent with histopathological diagnosis of HSMI in Norway. During the period of highest prevalence, HSMI was diagnosed in between 20–44 percent of sampled fish with an additional 35–70 percent having some degree of minor heart inflammation. However, despite the occurrence of lesions, there was no associated elevation in mortalities. The March RSR concludes that the Di Cicco 2017 study “strongly confirms” the lack of mortality and clinical disease associated with HSMI in British Columbia; identifies a potential linkage of PRV in the occurrence of HSMI; and, importantly, provides evidence that PRV infection of farm fish in that instance was by marine reservoir.

[64] As to insight into the prevalence of PRV in wild salmon, the March RSR lists three studies, the first of these is Purcell M. K. *et al.* (2017), “Molecular Testing of Adult Pacific Salmon and Trout (*Oncorhynchus* spp) for Several RNA Viruses Demonstrates Widespread Distribution of Piscine Orthoreovirus in Alaska and

[62] La RRS de mars traite ensuite de l’expérience menée sur l’IMSC en Norvège, signalant qu’au cours d’éclosions survenues dans des fermes d’élevage de ce pays, des signes cliniques de la maladie, de pair avec des taux élevés de mortalité, incitent le personnel de ces installations à analyser la santé des poissons. Pour diagnostiquer l’IMSC, les poissons sont examinés par voie histologique de manière à visualiser dans les muscles cardiaques et squelettiques des pathologies caractéristiques qui différencient la maladie d’autres maladies connues chez les saumons. À ce jour, l’IMSC n’a été signalée que chez des poissons d’élevage, à l’échelle mondiale.

[63] La RRS de mars indique qu’en Colombie-Britannique il n’y a aucun signalement de taux élevés de mortalité ou de pertes de production chez les saumons d’élevage qui soient attribuables à l’IMSC. Il y est mentionné que l’étude Di Cicco 2017 a procédé à une évaluation histologique de saumons atlantiques pendant la durée d’un cycle de production maritime dans l’une des fermes d’élevage de la Colombie-Britannique et qu’elle a décrit que la progression des lésions cardiaques relevées chez ces poissons concordait avec le diagnostic histopathologique de l’IMSC en Norvège. Lors de la période où le taux de prévalence était le plus élevé, l’IMSC a été diagnostiquée chez un pourcentage de 20 à 44 p. 100 des poissons échantillonnés, et un pourcentage supplémentaire de 35 à 70 p. 100 des poissons présentait un degré d’inflammation cardiaque mineur. Toutefois, malgré l’apparition de lésions, il n’y a eu aucune hausse connexe des taux de mortalité. La RRS de mars conclut que l’étude Di Cicco 2017 [TRADUCTION] « confirme fortement » l’absence de mortalité et de maladie clinique associées à l’IMSC en Colombie-Britannique; elle relève un lien possible entre le RVP et l’apparition de l’IMSC et, détail important, elle fournit une preuve que, dans ce cas précis, l’infection par le RVP des poissons d’élevage se faisait par le réservoir marin.

[64] Quant aux informations sur la prévalence du RVP chez les saumons sauvages, la RRS de mars énumère trois études, dont la première est Purcell M. K. *et al.* (2017), « Molecular Testing of Adult Pacific Salmon and Trout (*Oncorhynchus* spp.) for Several RNA Viruses Demonstrates Widespread Distribution

Washington”, *J. Fish Dis.* 2017; 1–9 (Purcell 2017). The March RSR states that the Purcell 2017 study findings are consistent with other studies indicating PRV to be widespread among many species and stocks of Pacific salmon within western North America. The RSR asserts that it is worth noting that while a range of Pacific salmon species may be susceptible, coho and Chinook salmon accounted for 97.4 percent of all PRV positive findings in Purcell 2017, thereby revealing species susceptibility differences. And, while the sampled fish were not assessed clinically at the time of sampling, it is noteworthy that the fish screened in the Purcell 2017 study represented returning adult fish that have successfully completed their life cycle. As to a study by Morton A. *et al.* (2017), “The Effect of Exposure to Farmed Salmon on Piscine Orthoeovirus Infection and Fitness in Wild Pacific Salmon in British Columbia”, *PLoS ONE* 12 (12): e0188793 (Morton 2017), which suggested geographic differences in PRV prevalence between areas with and without salmon aquaculture, the March RSR states the authors of Morton 2017 acknowledge that because of limited sampling, no definitive conclusions are able to be made. The March RSR states, however, that Morton 2017 does serve to corroborate PRV in farmed and wild salmon. And, as observed in Purcell 2017, to understand the epidemiology of PRV in salmon populations, investigations must consider host species susceptibility differences; involve an understanding of the phytogeography of PRV; and incorporate aspects of the biology and migratory behaviour of Pacific salmon. Another study referenced, Madhun A. S. *et al.* (2018), “Prevalence of Piscine Orthoreovirus and Salmonid and Alphavirus in Sea-Caught Returning Adult Salmon (*Salmo Solar L.*) in Northern Norway”, *J. Fish Dis.* 2018;41:797–803 (Madhun 2018), showed no association between salmon farming and the prevalence of PRV infection in wild salmon in northern Norway.

of Piscine Orthoreovirus in Alaska and Washington », *J. Fish Dis.* 2017;1–9 (l’étude « Purcell 2017 »). La RRS de mars mentionne que les constats de l’étude Purcell 2017 concordent avec ceux d’autres études indiquant que le RVP est généralisé chez de nombreuses espèces et de nombreux stocks de saumons du Pacifique dans l’Ouest de l’Amérique du Nord. La RRS affirme qu’il est utile de signaler que, bien qu’un éventail d’espèces de saumons du Pacifique puisse être sensible, le saumon coho et le saumon chinook représentaient 97,4 p. 100 des constats positifs du RVP dans l’étude Purcell 2017, ce qui révélait ainsi des différences de sensibilité entre les espèces. Et il convient de noter que même, si les poissons échantillonnés n’ont pas été évalués cliniquement au moment de l’échantillonnage, les poissons examinés dans le cadre de l’étude Purcell 2017 représentaient des poissons adultes en montaison qui avaient complété avec succès leur cycle biologique. Quant à une étude de Morton A. *et al.* (2017), « The Effect of Exposure to Farmed Salmon on Piscine Orthoeovirus Infection and Fitness in Wild Pacific Salmon in British Columbia, Canada », *PLoS ONE* 12 (12) : e0188793 (l’étude « Morton 2017 »), qui donnait à penser qu’il y avait des différences géographiques dans les taux de prévalence du RVP entre les secteurs dotés ou non de salmonicultures, la RRS de mars signale que les auteurs de l’étude Morton 2017 reconnaissent qu’en raison d’un échantillonnage limité il n’est possible de tirer aucune conclusion définitive. Cependant, la RRS de mars indique que l’étude Morton 2017 sert bel et bien à corroborer la présence du RVP chez des saumons sauvages et d’élevage. Et, comme on le fait remarquer dans l’étude Purcell 2017, pour pouvoir comprendre l’épidémiologie du RVP au sein des populations de saumons, les enquêtes doivent prendre en compte les différences de sensibilité entre les espèces hôtes, comprendre la phytogéographie du RVP et incorporer des aspects de la biologie et du comportement migratoire des saumons du Pacifique. Une autre étude mentionnée, Madhun A. S. *et al.* (2018), « Prevalence of Piscine Orthoreovirus and Salmonid Alphavirus in Sea-Caught Returning Adult Atlantic Salmon (*Salmo Salar L.*) in Northern Norway », *J. Fish Dis.* 2018;41:797–803 (l’étude « Madhun 2018 »), n’a fait état d’aucune association entre l’élevage de saumons et la prévalence de l’infection par le RVP chez les saumons sauvages du nord de la Norvège.

[65] As to biomarkers for identifying viral associated pathological disease, the March RSR states that what triggers the host fish to respond to PRV infection in some instances is yet unknown. Following the Di Cicco 2017 findings, Miller K. M. *et al.* (2017), “Molecular Indices of Viral Diseases Development in Wild Migrating Salmon”, *Conservation Physiology* 5. 10.1093/conphys/cox036 (Miller 2017) identified that, like in Norway, fish experiencing HSMI in BC had a heightened expression of genes associated with virus recognition and antiviral defence relative to non-diseased fish. Those authors used tissue sampling from sea pen raised Chinook salmon to identify a high (90 percent) prevalence of PRV within the sampled population (36 fish) and identified that diseased fish experiencing jaundice syndrome—a sporadic disease typically observed in a small portion (1.5 percent) of Chinook during a production cycle—had systematic activation of viral associated genetic biomarkers which were attributed to the presence of PRV. The March RSR notes that while prior investigations had been unable to induce jaundice in chinook (referencing Garver K. A. *et al.* (February 2016), “Piscine Reovirus, but not Jaundice Syndrome, was Transmissible to Chinook Salmon, Oncorhynchus Tshawytscha (Walbaum), Sockeye Salmon, Oncorhynchus Nerka (Walbaum), and Atlantic Salmon, *Salmo Salar*, L.” *J. Fish Dis.* 39(2): 117-128 (Garver 2016(a))), the Miller 2017 findings indicate that in the rare occasions where fish become jaundiced, the recognition of PRV in those diseased fish may exacerbate tissue pathology or possibly contribute to its initial development. However, why the disease is observed in only a small number of PRV infected fish remains unclear. The March RSR states that these data aid in directing continued research into identifying the conditional requirements associated with HSMI in Atlantic salmon and possibly jaundice in Chinook salmon. Further, Miller 2017’s identification that PRV is prevalent in at least some populations of sea pen raised Chinook salmon in B.C. further confirms the ubiquitous presence of PRV in marine salmon along the western coast of North America and its low virulence within those populations.

[65] Quant aux marqueurs biologiques permettant d’identifier une pathologie associée à un virus, la RRS de mars indique que l’on ignore encore ce qui amène les poissons hôtes à réagir dans certains cas à une infection par le RVP. À la suite des constats de l’étude Di Cicco 2017, Miller K. M. *et al.* (2017), « Molecular Indices of Viral Disease Development in Wild Migrating Salmon », *Conservation Physiology* 5. 10.1093/conphys/cox036 (l’étude « Miller 2017) a déterminé que, comme c’était le cas en Norvège, les poissons victimes d’une IMSC en Colombie-Britannique présentaient une plus forte expression des gènes associés à la reconnaissance d’un virus et aux défenses antivirales que les poissons non malades. Ces auteurs se sont servis d’échantillons de tissus provenant de saumons chinooks élevés dans des cages marines pour relever un taux de prévalence élevé (90 p. 100) du RVP au sein de la population échantillonnée (36 poissons), et ils ont indiqué que les poissons malades atteints du syndrome de la jaunisse — une maladie sporadique habituellement observée chez une faible proportion (1,5 p. 100) de saumons chinooks lors d’un cycle de production — présentaient une activation systématique des marqueurs biologiques génétiques associés à un virus, qu’ils attribuaient à la présence du RVP. La RRS de mars signale que, même si des études antérieures ne sont pas parvenues à provoquer la jaunisse chez le saumon chinook (faisant référence à l’étude Garver K. A. *et al.* (février 2016), « Piscine Reovirus, but not Jaundice Syndrome, was Transmissible to Chinook Salmon, *Oncorhynchus Tshawytscha* (Walbaum), Sockeye Salmon, *Oncorhynchus Nerka* (Walbaum), and Atlantic Salmon, *Salmo Salar* L. », *J. Fish Dis.* 39(2) : 117-128 (l’étude « Garver 2016(a) »)), il ressort des constats de l’étude Miller 2017 que dans les rares cas où des poissons sont atteints de jaunisse, la reconnaissance du RVP chez ces poissons malades peut exacerber la pathologie des tissus ou contribuer peut-être à son apparition initiale. Cependant, la raison pour laquelle on n’observe la maladie que chez un faible nombre de poissons infectés par le RVP n’est pas claire. La RRS de mars indique que ces données aident à orienter les recherches continues vers la détermination des exigences conditionnelles associées à l’IMSC chez le saumon atlantique et, peut-être, à la jaunisse chez le saumon chinook. De plus, le fait que l’étude Miller 2017 a indiqué que le RVP est prévalent chez au moins quelques populations de saumon

chinook élevées dans des cages marines en Colombie-Britannique confirme encore plus l'omniprésence du RVP chez les saumons en mer le long de la côte Ouest de l'Amérique du Nord ainsi que sa faible virulence au sein de ces populations.

[66] As to the second question, the March RSR states:

The most significant finding stemming from the new scholarship reviewed in this rapid science response is in the establishment of PRV as a causative agent of HSMI as described by Wessel et al 2017. This study is novel and relevant to the testing and management of PRV and HSMI in BC in that the identification of the infectious etiology of a disease is a necessary step for its management. However, based on current scientific literature it's clear that the sole detection of PRV remains insufficient as a disease determinate. For instance, high loads of PRV are commonly detected in apparently healthy fish without clinical disease revealing the uninformative nature of PRV screening as a diagnostic for disease development.

Nevertheless, the works reviewed in this science response provide information to better direct future research investigations and importantly corroborate and strengthen (re-affirm) previous results that are of relevance to the management and testing of PRV and HSMI. These are:

- In both Norway and British Columbia, Atlantic salmon have acquired PRV infections through exposure to a marine source of virus
- PRV is endemic in several species of Pacific salmon over the geographic range of Washington to Alaska
- in BC, there have not been elevated mortality or production concerns associated with the sporadic occurrences of lesions diagnostic of HSMI in farmed Atlantic salmon
- HSMI has only been described in farmed fish, globally

[66] Quant à la seconde question, la RRS de mars indique :

[TRADUCTION]

Le constat le plus important qui découle des nouvelles études passées en revue dans la présente réponse rapide des Sciences réside dans l'établissement du RVP en tant qu'agent causal de l'IMSC, comme l'a décrit l'étude Wessel et coll. 2017. Il s'agit d'une étude nouvelle, qui est pertinente pour le dépistage et la gestion du RVP et de l'IMSC en Colombie-Britannique, en ce sens que l'identification de l'étiologie infectieuse est une étape nécessaire à cette gestion. Cependant, il ressort clairement de la littérature scientifique récente que la simple détection du RVP demeure insuffisante en tant que déterminant de la maladie. Par exemple, on décèle habituellement des charges élevées en RVP chez des poissons apparemment sains et sans signes cliniques de maladie, ce qui révèle la nature peu informative du dépistage du RVP en tant que diagnostic de l'apparition de la maladie.

Néanmoins, les travaux passés en revue dans la présente réponse rapide des Sciences fournissent des informations qui permettent de mieux orienter les enquêtes de recherche et, fait important, ils corroborent et affermissent (reconfirment) des résultats antérieurs qui sont pertinents pour la gestion et le dépistage du RVP et de l'IMSC. Ces résultats sont les suivants :

- tant en Norvège qu'en Colombie-Britannique, des saumons atlantiques ont été infectés par le RVP après avoir été exposés à une source marine du virus;
- le RVP est endémique chez plusieurs espèces de saumons du Pacifique dans la région géographique s'étendant depuis l'État de Washington jusqu'à l'Alaska;
- en Colombie-Britannique, l'apparition sporadique de lésions diagnostiques de l'IMSC chez des saumons atlantiques d'élevage a soulevé peu de préoccupations liées à la mortalité ou à la production;
- à l'échelle mondiale, l'IMSC a seulement été décrite chez des poissons d'élevage;

- PRV may contribute to the rare disease occurrence of Jaundice Syndrome in BC farmed Chinook but in most circumstances has low to no virulence within Pacific salmon species

Moreover, in the context of testing and management of PRV and HSMI in BC, it is worth noting that the Pacific Northwest Fish Health Protection Committee (PNFHPC), an organization in the United States of technical and policy representatives from conservation agencies, tribes and commercial fish producers from the Pacific Northwest, conducted a review in September 2017 of the information available on PRV and concluded, “The ubiquitous nature of piscine orthoreovirus (PRV), its apparent historic presence in wild Pacific salmonid stocks in the Pacific Northwest and the lack of clear association with disease in Pacific salmonids suggest the virus poses a low risk to wild species of Pacific Salmonids.”

(iv) *June 2018 Rapid Science Response*

[67] The June 2018 RSR was made in response to a June 14, 2018, request by Allison Webb, RDG, and required a response by June 21, 2018. The June RSR also states that it does not constitute delivery of peer-reviewed Science advice. The responders were Mark Higgins and Stewart Johnson, DFO Science. It was reviewed by Lesley MacDougall on June 21, 2018, and approved by Carmel Lowe on June 27, 2018. It repeats the introductory background information found in the prior RSR, but notes that since then, there had been at least one new paper published in the primary peer-reviewed literature on PRV. This paper is identified as Di Cicco *et al.* (2018), “The same strain of *Piscine orthoreovirus* (PRV-1) is involved in the development of different, but related diseases in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia”, FACETS, in press (subsequently published as FACETS 3:599-641, online: <https://doi.org/10.1139/facets-2018-0008>, accepted April 23, 2018, published June 18, 2018) (Di Cicco 2018)).

- le RVP peut contribuer aux rares cas de syndrome de jaunisse relevés chez des saumons chinooks d'élevage en Colombie-Britannique, mais la plupart du temps il présente une virulence faible ou nulle chez les espèces de saumons du Pacifique.

Par ailleurs, dans le contexte du dépistage et de la gestion du RVP et de l'IMSC en Colombie-Britannique, il est utile de signaler que le Pacific Northwest Fish Health Protection Committee (PNFHPC), organisme américain formé de représentants du secteur technique et du secteur des politiques d'organismes de conservation, de tribus et de producteurs de poissons commerciaux du Pacifique Nord-Ouest, a procédé en septembre 2017 à un examen des informations disponibles sur le RVP et a conclu comme suit : « [l']omniprésence de l'orthoréovirus pisciaire (le RVP), sa présence apparemment continue dans les stocks de saumons du Pacifique sauvages du Pacifique Nord-Ouest et l'absence d'association évidente avec la maladie chez les saumons du Pacifique donnent à penser que le virus pose peu de risques pour les espèces sauvages de salmonidés du Pacifique ».

(iv) *La réponse rapide des Sciences de juin 2018*

[67] La RRS de juin 2018 a été produite en réponse à une demande datée du 14 juin 2018, de la part d'Allison Webb, DGR, et la réponse était attendue le 21 juin 2018. La RRS de juin indique elle aussi qu'elle ne constitue pas un avis des Sciences évalué par des pairs. Ces auteurs sont Mark Higgins et Stewart Johnson, Sciences du MPO. La réponse a été révisée par Lesley MacDougall le 21 juin 2018 et approuvée par Carmel Lowe le 27 juin 2018. Ce document réitère les renseignements généraux introductifs qui figurent dans la RRS antérieure, mais il signale que, depuis ce temps, au moins un nouvel article a été publié dans la littérature principale portant sur le RVP et évaluée par des pairs. Il s'agit de l'étude de Di Cicco *et al.* (2018) « The same strain of *Piscine orthoreovirus* (PRV-1) is involved in the development of different, but related diseases in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia », FACETS, sous presse (document publié par la suite sous la référence suivante : FACETS 3:599-641, en ligne : <https://doi.org/10.1139/facets-2018-0008>, document accepté le 23 avril 2018 et publié le 18 juin 2018) (l'étude « Di Cicco 2018 »).

[68] The request posed two questions:

1. How does this recently published paper, and other recently published papers not yet reviewed, alter the scientific perspective on the role of PRV in the development of disease?

2. Given the recent review (DFO, 2018), how is this study relevant (or not relevant) to the testing and management of PRV and HSMI in BC?

[69] The June RSR notes that it limits its discussion primarily to the evidence presented in Di Cicco 2018 for a link between infection with PRV to development of Jaundice Syndrome in farmed Chinook salmon. Links between infection with PRV and HSMI in Atlantic salmon are the subject of the prior informal March RSR and the perspective presented there remains valid.

[70] The June RSR states that Di Cicco 2018 provides information and related inferences/interpretations on the impacts of PRV in B.C. farmed Chinook salmon and expands on the previously reported HSMI diagnosis. The June RSR states that its review of the manuscript reveals deficiencies with the data presented and the criteria used to characterize jaundice disease that render the article's conclusions unsupported. Further, the study fails to consider previously published information that has direct relevance to the role of PRV in the development of Jaundice Syndrome. Therefore, altering the current scientific perspective of the role on PRV in the development of disease is not recommended.

[71] More specifically, the Aquaculture Management Division's Fish Health Audit and Surveillance Program (FHASP) assigns a diagnosis of Jaundice Syndrome in a farmed Chinook population when there is an elevated mortality rate with a substantial proportion of the carcasses presenting a characteristic yellow discolouration of the skin of the abdominal and periorbital region.

[68] La demande comportait deux questions :

[TRADUCTION]

1. En quoi cet article récemment publié, ainsi que d'autres articles récemment publiés mais non encore examinés, change-t-il le point de vue scientifique sur le rôle que joue le RVP dans l'apparition de maladie?

2. Compte tenu de l'examen récent (MPO, 2018), en quoi cette étude est-elle pertinente (ou non) pour le dépistage et la gestion du RVP et de l'IMSC en Colombie-Britannique?

[69] La RRS de juin signale qu'elle limite principalement son analyse aux preuves présentées dans l'étude Di Cicco 2018 pour ce qui est de l'existence d'un lien entre l'infection par le RVP et l'apparition du syndrome de la jaunisse chez les saumons chinooks d'élevage. Les liens qui existent entre l'infection par le RVP et l'IMSC chez le saumon atlantique sont le sujet d'un document informel antérieur, la RRS de mars, et le point de vue qui y est présenté demeure valable.

[70] La RRS de juin mentionne que l'étude Di Cicco 2018 présente des informations et des inférences ou interprétations connexes sur les effets du RVP chez les saumons chinooks en Colombie-Britannique et qu'elle fournit de plus amples détails sur le diagnostic de l'IMSC rapporté précédemment. La RRS de juin ajoute que l'examen du manuscrit révèle des lacunes dans les données présentées et les critères utilisés pour caractériser la jaunisse et qu'elles ont pour effet de ne pas corroborer les conclusions de l'article. De plus, l'étude omet de prendre en compte des informations publiées antérieurement qui ont une incidence directe sur le rôle du RVP dans l'apparition du syndrome de la jaunisse. Il n'est donc pas recommandé de changer le point de vue scientifique actuel sur le rôle que joue le RVP dans l'apparition de la maladie.

[71] Plus précisément, le Programme de vérification et de surveillance de la santé des poissons (le PVSSP) de la Division de la gestion de l'aquaculture attribue un diagnostic de syndrome de la jaunisse à une population de saumons chinooks d'élevage lorsque le taux de mortalité est élevé et qu'une part importante des carcasses présente une décoloration jaune caractéristique de la peau

Di Cicco 2018 utilized a broader suite of signs drawn from notes made by the attending veterinarian at the time of collection to reclassify the archived samples, including that such Chinook salmon were classified as “jaundice/anemia” if the veterinarian’s diagnostic comments indicated “Jaundice Syndrome” or “jaundice—no agent”, and/or the gross lesions indicated “yellow fluid”, “yellow bile” or “yellow bile like fluid” noted in the peritoneal cavity or on the pyloric caeca and/or liver. The RSR states that as a consequence of this broader classification, Di Cicco 2018 characterized three times as many fish (9 fish or 3.7 percent of the study samples) as showing signs of a new disease which they referred to as “jaundice/anemia”. The June RSR states that the Di Cicco 2018 authors do not provide a clear description of why they broadened the definition, nor discuss how the lesions they considered compare to those described for Jaundice Syndrome in Garver 2016(a). Nor did the authors acknowledge that several of the characteristics they included in their definition of jaundice/anemia were shared with other diseases, leading to bias in their conclusions. They also provide little consideration of the role of other pathogens.

[72] The June RSR also states that Di Cicco 2018 proposes a cause and effect relationship between infection with PRV and the development of jaundice/anemia, yet present no direct evidence to support this. Additionally, the study does not consider the findings, which the June RSR then summarizes, of previously published studies, being Garver 2016(a), and more recent challenge trials in Washington state as reported on the BC Salmon Farmers website, which indicate that even though a potential linkage between PRV presence in the occurrence of HSMI has been determined, presence of PRV does not guarantee the development of HSMI or Jaundice Syndrome in Chinook, sockeye, coho or Atlantic salmon.

entourant la région abdominale et périorbitale. L’étude Di Cicco 2018 s’est servie d’un éventail plus large de signes tirés de notes prises par le vétérinaire traitant au moment de la collecte pour reclasser les échantillons archivés, dont le fait que ces saumons chinooks étaient considérés comme atteints de [TRADUCTION] « jaunisse/anémie » si les commentaires diagnostiques du vétérinaire comportaient les mentions [TRADUCTION] « syndrome de la jaunisse » ou [TRADUCTION] « jaunisse – pas d’agent », ou si, dans le cas des lésions macroscopiques, les notes signalaient la présence d’un [TRADUCTION] « liquide jaune », d’une [TRADUCTION] « bile jaune » ou d’un [TRADUCTION] « liquide semblable à de la bile jaune » dans la cavité péritonéale ou sur les caeca pyloriques ou le foie. La RRS indique que, par suite de ce classement plus large, l’étude Di Cicco 2018 a déterminé que trois fois plus de poissons (9 poissons, ou 3,7 p. 100 des échantillons de l’étude) présentaient les signes d’une nouvelle maladie, qualifiée de [TRADUCTION] « jaunisse/anémie ». La RRS de juin mentionne que les auteurs de l’étude Di Cicco 2018 ne décrivent pas clairement pourquoi ils ont élargi la définition, pas plus qu’ils n’analysent la manière dont les lésions qu’ils ont prises en considération se comparent à celles qui ont été décrites pour le syndrome de la jaunisse dans l’étude Garver 2016(a). Les auteurs ne reconnaissent pas non plus que plusieurs des caractéristiques qu’ils ont incluses dans leur définition de la jaunisse/anémie sont également associées à d’autres maladies, ce qui a pour effet de fausser leurs conclusions. De plus, ils examinent peu le rôle que jouent d’autres agents pathogènes.

[72] La RRS de juin indique par ailleurs que l’étude Di Cicco 2018 propose une relation de cause à effet entre l’infection par le RVP et l’apparition de la jaunisse/anémie, sans toutefois présenter de preuves directes à cet effet. De plus, l’étude ne tient pas compte des conclusions, que la RRS de juin résume ensuite, qui sont tirées d’études publiées antérieurement, soit l’étude Garver 2016(a), ni des épreuves de provocation plus récentes réalisées dans l’État de Washington, dont les résultats, rapportés dans le site Web des éleveurs de saumons de la Colombie-Britannique, indiquent que, même si l’on a déterminé l’existence d’un lien possible entre la présence du RVP et l’apparition de l’IMSC, la présence du virus ne garantit pas l’apparition de l’IMSC ou du syndrome de la jaunisse chez le saumon chinook, le saumon rouge, le saumon coho ou le saumon atlantique.

[73] Further, while Di Cicco 2018 stated that individuals infected with PRV and identified as being in a viral state represent a fish that is destined to develop jaundice/anemia and die, that prognosis has not been established. To accurately assess fish in varying states of disease progression, it is necessary to examine live, moribund and recently dead fish over time. As Di Cicco 2018 only examined samples that were in the same point in disease progression, their assessment of disease progression is unsupported. And, although mixed pathogen infections were detected in the salmon examined, Di Cicco 2018 does not discuss the potential of one of these (Erythrocytic Necrosis Virus) to contribute to the histopathological response they associate with jaundice/anemia. Nor does Di Cicco 2018 explicitly state what proportion of the Chinook salmon audit samples were infected with PRV, and it provides no data on the proportion of farmed Chinook salmon carrying PRV, or on the loads of PRV in apparently healthy fish. The June RSR states that this is essential information to support Di Cicco 2018's conclusions on the importance of PRV load in the development of jaundice/anemia or other disease in Chinook salmon.

[74] This is summarized as:

Di Cicco et al. (2018), demonstrated that PRV is found in association with a variety of different types of lesions on a small sample of recently dead Chinook salmon. Di Cicco et al. (2018) conclude that PRV is "*likely* also to be the cause of jaundice/anemia in farmed Chinook salmon". However, theirs is not a cause and effect study, but rather a retrospective analysis of archived FHASP audit samples. The authors failed to consider the findings from important published cause and effect studies, including: 1) Jaundice Syndrome challenge trials reported in Garver et al. (2016), which injected tissues from Jaundice Syndrome fish but failed to cause jaundice, although PRV was transferred, and 2) Chinook and Coho PRV challenge trials conducted in Washington State which similarly did not result in anemia or other signs of disease. Di Cicco et al (2018) included a larger number of disease signs, many of which are shared with other diseases known to occur

[73] De plus, même si l'étude Di Cicco 2018 a indiqué que les individus infectés par le RVP et considérés comme étant dans un état viral représentent des poissons qui sont destinés à contracter la jaunisse/anémie et à mourir, ce pronostic n'a pas été établi. Pour évaluer avec exactitude des poissons qui se situent à divers stades d'évolution de la maladie, il est nécessaire d'examiner dans le temps des poissons vivants, moribonds et morts depuis peu. Comme l'étude Di Cicco 2018 n'a examiné que des échantillons se situant au même stade d'évolution de la maladie, l'évaluation de cette évolution n'est pas corroborée. Et, même si l'on a décelé des infections par agents pathogènes mixtes chez les saumons examinés, l'étude Di Cicco 2018 n'analyse pas la possibilité que l'un d'eux (le virus de la nécrose érythrocytaire) contribue à la réponse histopathologique que ses auteurs associent à la jaunisse/anémie. L'étude Di Cicco 2018 n'indique pas non plus de manière explicite quelle proportion des échantillons de vérification des saumons chinooks ont été infectés par le RVP, et elle ne présente aucune donnée sur la proportion des saumons chinooks d'élevage qui sont porteurs du RVP, ou sur les charges en RVP chez les poissons apparemment sains. La RRS de juin indique qu'il s'agit là d'informations essentielles pour corroborer les conclusions de l'étude Di Cicco 2018 sur l'importance de la charge en RVP dans l'apparition de la jaunisse/anémie ou d'autres maladies chez le saumon chinook.

[74] Cela est résumé comme suit :

[TRADUCTION]

L'étude Di Cicco et coll. (2018) a démontré la présence du RVP en association avec différents types de lésions au sein d'un petit échantillon de saumons chinooks morts depuis peu. Cette étude conclut que le RVP est « *susceptible* aussi de causer la jaunisse/anémie chez les saumons chinooks d'élevage ». Cependant, il ne s'agit pas d'une étude de causalité, mais plutôt d'une analyse rétrospective d'échantillons de vérification du PVSSP archivés. Les auteurs ont omis de prendre en compte les conclusions d'importantes études de causalité publiées, dont les suivantes : 1) les épreuves de provocation du syndrome de la jaunisse rapportées dans l'étude de Garver et coll. (2016), où l'injection de tissus de poissons atteints du syndrome de la jaunisse n'a pas causé la jaunisse, et ce, malgré le transfert du RVP, et 2) les épreuves de provocation par le RVP chez le saumon chinook et le saumon rouge menées dans l'État de Washington qui, elles aussi,

in Pacific Salmon, to establish a new disease which they have referred to as “jaundice/anemia”. By doing this the number of fish within the audit samples that are identified as having jaundice relative to the AMD’s audit data is increased threefold. [Emphasis in original.]

[75] As to the second question, the June RSR repeats some of the above concerns, adding, regardless of the clinical signs used, jaundice in farmed Chinook salmon on the west coast of British Columbia is uncommon, yet this is not discussed or put into the context of overall factors leading to mortality of farmed Chinook salmon. Nor do the authors demonstrate why the disease is observed in some PRV infected fish and not others. Further,

The statement in the paper’s abstract that “Chinook salmon may be at more than a minimal risk of disease from exposure to PRV occurring on salmon farms” is not substantiated. Di Cicco et al. (2018), in summarizing the results, state that “Given that PRV-1a is the cause of HSMI in farmed Atlantic salmon, and likely also to be the cause of jaundice/anemia in farmed Chinook salmon,... illustrates that there may be very real risks associated with PRV transmission from farmed salmon (in which PRV is highly prevalent) to wild Pacific salmon”. However, this statement is subsequently qualified with “*The severity and extent of those risks still remain elusive...*”. We note that the magnitude of the risk of disease was not examined in the study nor should it have been reported given the quantity and quality of the data they utilized. [Emphasis in original.]

V. ‘NAMGIS’ MOTION FOR AN INJUNCTION (T-430-18)

[76] On March 9, 2018, ‘Namgis brought a motion in T-430-18 seeking an injunction to prevent the Minister

n’ont pas provoqué d’anémie ou d’autres signes de maladie. Di Cicco et coll. (2018) se sont fondés sur un nombre supérieur de signes de maladie, dont un grand nombre sont communs à d’autres maladies relevées chez les saumons du Pacifique, pour établir une nouvelle maladie qu’ils ont appelée « jaunisse/anémie ». En procédant de la sorte, le nombre de poissons présents dans les échantillons de vérification qui ont été désignés comme atteints de la jaunisse par rapport aux données de vérification de la Division de la gestion de l’aquaculture a triplé. [Souligné dans l’original.]

[75] Quant à la seconde question, la RRS de juin réitère certaines des préoccupations susmentionnées, en ajoutant, indépendamment des signes cliniques utilisés, que chez les saumons chinooks d’élevage présents le long de la côte Ouest de la Colombie-Britannique la jaunisse est peu fréquente, mais que ce fait n’est pas analysé ou situé dans le contexte des facteurs généraux qui entraînent la mort de saumons chinooks d’élevage. Les auteurs ne montrent pas non plus pourquoi on relève la maladie chez quelques poissons infectés par le RVP et non chez d’autres. De plus :

[TRADUCTION]

Le passage relevé dans le résumé de l’article, à savoir que « le saumon chinook court peut-être un risque plus que minime de maladie en étant exposé au RVP présent dans les fermes salmiconiques » n’est pas justifié. En résumant les résultats, Di Cicco et coll. (2018) indiquent : « Étant donné que le RVP-1a est la cause de l’IMSC chez les saumons atlantiques d’élevage, et probablement aussi la cause de la jaunisse/anémie chez les saumons chinooks d’élevage [...], cela illustre qu’il peut y avoir des risques bien réels associés à la transmission du RVP entre les saumons d’élevage (chez lesquels le virus est hautement prévalent) et les saumons du Pacifique sauvages. » Toutefois, cet énoncé est par la suite nuancé par la mention suivante : « *La gravité et l’étendue de ces risques demeurent encore incertaines [...]* ». Nous signalons que l’ampleur du risque de maladie n’a pas été examinée dans l’étude, pas plus qu’elle n’aurait dû être rapportée, vu la quantité et la qualité des données qu’ils ont utilisées. [Souligné dans l’original.]

V. LA REQUÊTE EN INJUNCTION DE LA PREMIÈRE NATION DES NAMGIS (T-430-18)

[76] Le 9 mars 2018, la PNN a déposé une requête dans le dossier T-430-18 en vue d’obtenir une injonction

from issuing a transfer licence to Marine Harvest and preventing Marine Harvest from seeking or acting upon such a licence.

[77] By order and reasons dated March 23, 2018 [*Namgis First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)*, 2018 FC 334], Justice Manson denied the motion. Based on the evidence before him and applying the three-part conjunctive test for interlocutory relief set out by the Supreme Court of Canada in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, Justice Manson found there was a serious issue to be tried relating to the Minister’s obligation to regulate fish transfers and the duty to consult and accommodate ‘Namgis. Further, irreparable harm had been established based on a lack of consultation, the importance of wild salmon to ‘Namgis, the wild salmon fishery being at serious risk given the depleted wild salmon populations in ‘Namgis’ asserted territory, and recent science establishing a connection between PRV and HSMI and the resulting risk of disease and mortality. However, the balance of convenience favoured Marine Harvest. The evidence was that it would take several weeks to prepare a different site to receive the nearly 1 million smolts intended for transfer to Marine Harvest’s Swanson Island facility, but that this option was not available as the smolts were ready and in need of immediate transfer. ‘Namgis had, without explanation, delayed in bringing its injunction motion. Although it had been told by Marine Harvest in December 2017 that the company planned to restock the facility in March or April 2018, ‘Namgis did not file its injunction motion until March 9, 2018, mere days before the transfer was set to begin. As the third branch of the tripartite test for injunctive relief had not been met, the motion was denied.

VI. ISSUES

[78] In my view, the issues arising in these three applications can be addressed as follows:

empêchant le ministre de délivrer un permis de transfert à Marine Harvest et empêchant Marine Harvest de demander un tel permis ou de l’utiliser.

[77] Par une ordonnance et des motifs datés du 23 mars 2018, le juge Manson a rejeté la requête [*Première nation de Namgis c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière)*, 2018 CF 334]. Se fondant sur la preuve dont il disposait et appliquant le critère à trois volets relatif aux injonctions interlocutoires établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, il a conclu qu’il existait une question sérieuse à juger relativement à l’obligation du ministre de réglementer les transferts de poissons et à son obligation de consultation et d’accommodement envers la PNN. De plus, l’existence d’un préjudice irréparable avait été établi du fait de l’absence de consultation, de l’importance des saumons sauvages pour la PNN — la pêche aux saumons sauvages étant exposée à un risque sérieux vu la diminution des populations de saumons sauvages dans le territoire revendiqué par la PNN —, ainsi que l’existence de données scientifiques récentes établissant un lien entre le RVP et l’IMSC et le risque concomitant de maladie et de mortalité. Toutefois, la prépondérance des inconvénients faisait pencher la balance en faveur de Marine Harvest. Il ressortait de la preuve qu’il faudrait plusieurs semaines pour préparer un site différent pour accueillir près de 1 million de smolts censés être transférés à l’installation de l’île Swanson de Marine Harvest, mais que cette solution ne pouvait être envisagée parce que les smolts étaient prêts et devaient être transférés rapidement. La PNN avait, sans explication, tardé à déposer sa requête en injonction. Même si Marine Harvest lui avait dit en décembre 2017 que l’entreprise prévoyait repeupler l’installation en mars ou en avril 2018, la PNN n’avait déposé sa requête en injonction que le 9 mars 2018, quelques jours seulement avant le début prévu du transfert. Le dernier des trois volets du critère de redressement par voie d’injonction n’étant pas respecté, la requête a été rejetée.

VI. LES QUESTIONS EN LITIGE

[78] À mon avis, il est possible de traiter de la manière suivante des questions soulevées dans ces trois demandes :

Issue 1: Is the PRV Policy Decision Reasonable (T-1710-16 and T-430-18)?

- (a) Preliminary issue—rule 312 motions (T-1710-16)
- (b) Standard of review
- (c) Was the Minister’s Interpretation of section 56 of the FGRs reasonable?
- (d) Did the Minister derogate from the precautionary principle?
- (e) Did the Minister ignore the health of wild salmon?
- (f) Did the Minister act in bad faith? (T-430-18)

Issue 2: Did the Minister breach the duty to consult ‘Namgis concerning the PRV Policy Decision? (T-430-18)

- (a) Standard of review
- (b) Was there a duty to consult and, if so, was it breached?

Issue 3: Was the decision to issue the Marine Harvest transfer licence reasonable?

(T-744-18)

- (a) Was the transfer licence issued in contravention of section 56 of the FGRs?
- (b) Did the Minister breach the duty to consult?
- (c) Did the Minister breach the duty of procedural fairness?

Issue 4: Remedies

Issue 5: Costs

Question n° 1 : La décision sur la Politique concernant le RVP est-elle raisonnable (T-1710-16 et T-430-18)?

- a) Question préliminaire — Les requêtes fondées sur la règle 312 des Règles (T-1710-16)
- b) La norme de contrôle applicable
- c) Le ministre a-t-il interprété l’article 56 du RPDG de manière raisonnable?
- d) Le ministre a-t-il dérogé au principe de précaution?
- e) Le ministre a-t-il fait abstraction de l’état de santé des saumons sauvages?
- f) Le ministre a-t-il agi de mauvaise foi? (T-430-18)

Question n° 2 : Le ministre a-t-il manqué à l’obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP? (T-430-18)

- a) La norme de contrôle applicable
- b) Existait-il une obligation de consultation et, dans l’affirmative, y a-t-il eu un manquement à cette obligation?

Question n° 3 : La décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest est-elle raisonnable?

(T-744-18)

- a) Le permis de transfert a-t-il été délivré en violation de l’article 56 du RPDG?
- b) Le ministre a-t-il manqué à l’obligation de consultation?
- c) Le ministre a-t-il manqué à l’obligation d’équité procédurale?

Question n° 4 : Les mesures de réparation

Question n° 5 : Les dépens

[79] As a preliminary observation, I note that the materials filed in these three applications for judicial review are extensive. The records filed by each party include lengthy affidavits with multiple exhibits, reply affidavits as well as transcripts of cross-examinations of the deponents. There are also multiple outstanding preliminary motions deferred by the case management Judge, other motions, and attendant records. By my estimation, approximately 35 000 pages have been filed. In the result, while I have reviewed and considered all of the parties' submissions, these reasons do not attempt to describe all of the evidence or capture the level of detail contained in the evidence that is described. Nor do they set out every submission or nuance of every submission made before me. Instead, I have set out in these reasons the evidence and submissions that I consider to be most relevant to the resolution of the applications.

VII. ANALYSIS

A. Issue 1: Is the PRV Policy Decision reasonable (T-1710-16 and T-430-18)?

(i) *Preliminary issue – rule 312 motions (T-1710-16)*

[80] By Direction of July 12, 2018, the case management Judge required that Ms. Morton and 'Namgis, the applicants in T-1710-16 and T-430-18 respectively, file any proposed supplemental affidavits no later than July 13, 2018, and that the respondents raise any objections to the proposed supplemental affidavits by July 20, 2018. In the event of an objection, the applicant seeking to file the proposed supplemental affidavit would bring an informal motion (written representations only) for leave, pursuant to rule 312 [of the *Federal Courts Rules*], to be determined by the applications Judge.

[81] On August 17, 2018, Ms. Morton filed written representations in T-1710-16 seeking to file the supplemental

[79] À titre d'observation préliminaire, je signale que de nombreux documents ont été déposés dans le cadre des trois demandes de contrôle judiciaire. Les dossiers déposés par les parties contiennent de longs affidavits, auxquels sont joints plusieurs pièces, des affidavits en réponse ainsi que les transcriptions des contre-interrogatoires des déposants. Il y a également de multiples requêtes préliminaires en instance, reportées par la juge chargée de la gestion de l'instance, d'autres requêtes ainsi que des dossiers connexes. Selon mon estimation, les documents déposés par les parties totalisent environ 35 000 pages. Bien que j'aie passé en revue et pris en compte toutes les observations des parties, je n'entends pas, dans les présents motifs, décrire la totalité des éléments de preuve et rendre compte de l'abondance de détails que renferment ceux qui le seront. Je ne ferai pas non plus état de chacune des observations qui m'ont été soumises et de leurs nuances. Je ferai plutôt état des éléments de preuve et des observations qui, d'après moi, sont les plus utiles pour trancher les demandes.

VII ANALYSE

A. La question n° 1 : La décision sur la Politique concernant le RVP est-elle raisonnable (T-1710-16 et T-430-18)?

(i) *Question préliminaire — Les requêtes fondées sur la règle 312 des Règles (T-1710-16)*

[80] Par une directive datée du 12 juillet 2018, la juge chargée de la gestion de l'instance a exigé que M^{me} Morton et la PNN — les demanderesse dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18, respectivement — déposent, au plus tard le 13 juillet 2018, tout affidavit supplémentaire qu'elles entendaient utiliser et que les défendeurs fassent part de leurs objections, le cas échéant, à l'égard de ces affidavits avant le 20 juillet 2018. En cas d'objection, la demanderesse souhaitant déposer un affidavit supplémentaire présenterait une requête informelle (observations écrites seulement) aux fins d'autorisation, conformément à la règle 312 des Règles, pour que le juge des demandes la tranche.

[81] Le 17 août 2018, M^{me} Morton a présenté des observations écrites dans le cadre du dossier T-1710-16

affidavit of Carmen M. Valenzuela, legal assistant employed by Ms. Morton's counsel, Ecojustice Canada, sworn on July 9, 2018 (Valenzuela affidavit), for the purpose of placing on the record evidence provided by Ms. Morton, which she submits was: in the possession of the decision maker; should have been considered in making the June 28, 2018, PRV Policy Decision; and, is relevant to the issues raised in her application for judicial review.

[82] The Valenzuela affidavit attaches as exhibits correspondence between counsel for the Minister and counsel for Ms. Morton pertaining to the anticipated decision. By letter of June 1, 2018 (Exhibit A), counsel for the Minister informs counsel for Ms. Morton that DFO is considering options for reviewing the PRV Policy based on new information that has arisen since the March 9, 2018 reconsideration, including the Di Cicco 2018 publication. Minister's counsel advises that instructions are expected shortly in that regard, which will be relayed.

[83] In response, on June 6, 2018 (Exhibit B), counsel for Ms. Morton sent an email to counsel for the Minister asking that her letter, which was attached, be forwarded to the Minister and, in keeping with the desire of Minister's counsel to keep communication through counsel, that it also be forwarded to those in DFO charged with reviewing the PRV Policy, and others. Attached was a June 6, 2018, letter from Ecojustice (Exhibit C), on behalf of Ms. Morton, to the Minister. This letter states that Ecojustice is writing to ensure that the Minister and DFO are aware of information that Ms. Morton believed to be germane to any reconsideration of the PRV Policy and attaches the following:

- Office of the Auditor General of Canada, Reports of the Commissioner of the Environment and Sustainable Development to the Parliament of Canada, Independent

par lesquelles elle cherchait à déposer l'affidavit supplémentaire de Carmen M. Valenzuela, adjointe juridique au sein du cabinet d'avocats représentant M^{me} Morton, Ecojustice Canada, souscrit le 9 juillet 2018 (l'affidavit de M^{me} Valenzuela), l'objectif étant de verser au dossier des éléments de preuve émanant de M^{me} Morton, qui, soutient-elle, avaient été mis à la disposition de la décideure et auraient dû être pris en compte au moment de prendre la décision sur la Politique concernant le RVP du 28 juin 2018, et qu'elles estiment être pertinents en ce qui concerne les questions soulevées dans sa demande de contrôle judiciaire.

[82] Des lettres échangées entre les avocats respectifs du ministre et de M^{me} Morton (respectivement désignés les avocats du ministre et les avocats de M^{me} Morton) en rapport avec la décision anticipée sont jointes comme pièces à l'affidavit de M^{me} Valenzuela. Par une lettre datée du 1^{er} juin 2018 (pièce A), les avocats du ministre informent les avocats de M^{me} Morton que le MPO envisage de réviser la Politique concernant le RVP en raison de nouvelles informations diffusées après le réexamen du 9 mars 2018, dont l'étude Di Cicco 2018. Ils les informent aussi qu'ils attendent des instructions sous peu à cet égard et qu'ils leur feront part de leur teneur lorsqu'elles leur seront communiquées.

[83] En réponse, le 6 juin 2018 (pièce B), les avocats de M^{me} Morton ont envoyé aux avocats du ministre un courriel demandant que leur lettre, qui y était jointe, soit transmise au ministre et, comme les avocats du ministre souhaitaient que les communications se fassent entre avocats, que cette lettre soit également transmise aux représentants du MPO chargés de réviser la Politique concernant le RVP, de même qu'à d'autres. Était jointe à ce courriel une lettre datée du 6 juin 2018 d'Ecojustice (pièce C), rédigée pour le compte de M^{me} Morton à l'intention du ministre. Cette lettre indique qu'Ecojustice souhaite s'assurer que le ministre et le MPO sont au courant d'informations qui, selon M^{me} Morton, sont pertinentes pour tout réexamen de la Politique concernant le RVP et les documents suivants y étaient joints :

- Bureau du vérificateur général du Canada, Rapports de la commissaire à l'environnement et au développement durable au Parlement du Canada, Rapport de l'auditeur

Auditor's Report, Report 1: Salmon Farming (spring 2018) ("Auditor General Report");

- A pre-release of Di Cicco et al, "The same strain of Piscine orthoreovirus (PRV-1) is involved in the development of different, but related disease in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia", accepted for publishing in FACETS on April 23, 2018;
- A Washington Department of Fish and Wildlife News news release, dated May 17, 2018, regarding the Department's refusal to issue a transfer permit for PRV-infected farmed salmon ("Washington State news release"); and
- December 14, 2017, correspondence from Ecojustice, on behalf of Ms. Morton, to the Minister setting out Ms. Morton's view that the PRV Policy was creating significant risk for wild salmon migrating past fish farms, identifying what she believed to be significant recent scientific developments regarding PRV since the January 2017 decision and which she felt must be considered in the context of the health of wild salmon stocks. She requested that the Minister reconsider and revise the PRV Policy in light of this.

[84] Minister's counsel, by email of June 14, 2018 (Exhibit D), advises counsel for Ms. Morton that DFO has instructed him that the letter has been forwarded to the Minister's office and to the decision maker, Allison Webb, as well as others.

[85] However, these materials are not included in the June 28, 2018, decision materials in the CTR. Given this, on July 3, 2018 (Exhibit E), Ms. Morton's counsel wrote to the Minister's counsel requesting that the CTR be re-certified to include the materials. By letter of July 9, 2018 (Exhibit H), counsel for the Minister advises that the reason the materials are not included in the June 28, 2018, materials in the CTR is that they were not before the decision maker when she reconsidered the PRV Policy on that date. Counsel for the Minister states that, "As you can appreciate, DFO receives many submissions from the public regarding aquaculture. Not all

indépendant, Rapport 1 : L'élevage du saumon (printemps 2018) (« le rapport du vérificateur général »).

- Une prépublication de l'étude Di Cicco et coll., « The same strain of Piscine orthoreovirus (PRV-1) is involved in the development of different, but related disease in Atlantic and Pacific Salmon in British Columbia », un document accepté pour publication dans FACETS le 23 avril 2018.
- Un communiqué de presse du Department of Fish and Wildlife News de l'État de Washington, daté du 17 mai 2018 et portant sur son refus de délivrer un permis de transfert de saumons d'élevage infectés par le RVP (« le communiqué de presse de l'État de Washington »).
- Une lettre datée du 14 décembre 2017 d'Ecojustice (pour le compte de M^{me} Morton), adressée au ministre, exposant le point de vue de M^{me} Morton selon lequel la Politique concernant le RVP crée de sérieux risques pour les saumons sauvages migrant à proximité de fermes piscicoles et faisant état de ce qui constitue, selon elle, des avancées scientifiques importantes et récentes au sujet du RVP depuis la décision de janvier 2017 et qui, d'après elle, doivent être prises en considération en ce qui concerne la question de l'état de santé des stocks de saumons sauvages. Elle demande que le ministre réexamine et révisé la Politique concernant le RVP à la lumière de ces données.

[84] Par un courriel daté du 14 juin 2018 (pièce D), les avocats du ministre ont informé les avocats de M^{me} Morton que le MPO leur a fait savoir que la lettre susmentionnée a été transmise au cabinet du ministre et à la décideure, Allison Webb, ainsi qu'à d'autres personnes.

[85] Cependant, ces documents ne font pas partie des documents relatifs à la décision du 28 juin 2018 inclus dans le DCT. Cela étant, le 3 juillet 2018 (pièce E), les avocats de M^{me} Morton ont écrit aux avocats du ministre pour demander que le DCT fasse l'objet d'une nouvelle certification en vue d'y inclure les documents en question. Par une lettre datée du 9 juillet 2018 (pièce H), les avocats du ministre indiquent que les documents en question ne font pas partie des documents du DCT relatifs à la décision du 28 juin 2018 parce que la décideure ne les avait pas en main lorsqu'elle a réexaminé à cette date la Politique concernant le RVP, et ils précisent

materials received by DFO are automatically included in considerations by decision-makers.” The letter states that as the materials were not before the decision maker, they are irrelevant.

(a) Rule 312

[86] Rule 312 permits a party, with leave of the Court, to file additional affidavits. The Federal Court of Appeal in *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88, 466 N.R. 44, at paragraphs 4–6 (also see *Connolly v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 294 (*Connolly*), at paragraph 6 set out the requirements that must be met to obtain an order under rule 312. First, an applicant must satisfy two preliminary requirements:

- (1) The evidence must be admissible on the application for judicial review. Generally the record before the reviewing court consists of the material that was before the decision maker, although there are exceptions to this; and
- (2) The evidence must be relevant to an issue that is properly before the reviewing court.

[87] If the two preliminary requirements are met, the applicant must then convince the Court that it should exercise its discretion in favour of granting the order under rule 312. Three questions have been identified to guide the Court in determining whether the granting of an order under rule 312 is in the interests of justice:

- (a) Was the evidence sought to be adduced available when the party filed its affidavits under rule 306 or 308, as the case may be, or could it have been available with the exercise of due diligence?

ce qui suit : [TRADUCTION] « Vous êtes certainement conscients que le MPO reçoit du public de nombreuses observations au sujet de l’aquaculture. Or, les documents que reçoit le MPO ne sont pas automatiquement mis à la disposition des décideurs. » La lettre indique qu’étant donné que la décideure n’avait pas en main les documents en question, ceux-ci ne sont pas pertinents.

a) La règle 312 des Règles

[86] La règle 312 des Règles permet à une partie, avec l’autorisation de la Cour, de déposer des affidavits supplémentaires. Dans l’arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l’énergie*, 2014 CAF 88, aux paragraphes 4 à 6 (voir aussi *Connolly c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 294 (l’arrêt « *Connolly* »), au paragraphe 6, la Cour d’appel fédérale énonce les conditions auxquelles il est nécessaire de répondre pour obtenir une ordonnance en vertu de la règle 312 des Règles. Premièrement, le demandeur doit satisfaire à deux conditions préalables :

- 1) La preuve doit être admissible dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. Comme il est bien établi en droit, le dossier dont est saisie la cour de révision est habituellement composé des documents dont était saisi le décideur. Il y a cependant des exceptions à ce principe.
- 2) L’élément de preuve doit être pertinent pour trancher une question dont la cour de révision est saisie.

[87] S’il satisfait aux deux conditions préalables, le demandeur doit alors convaincre la Cour qu’elle devrait, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, octroyer l’ordonnance en vertu de la règle 312 des Règles. Trois questions ont été formulées afin d’aider la Cour à déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice d’accorder une ordonnance en vertu de cette disposition :

- a) Est-ce que la partie avait accès aux éléments de preuve dont elle demande l’admission au moment où elle a déposé ses affidavits en application des règles 306 ou 308 des Règles, selon le cas, ou

- aurait-elle pu y avoir accès en faisant preuve de diligence raisonnable?
- (b) Will the evidence assist the Court, in the sense that it is relevant to an issue to be determined and sufficiently probative that it could affect the result?
- (c) Will the evidence cause substantial or serious prejudice to the other party?
- b) Est-ce que la preuve sera utile à la Cour, en ce sens qu'elle est pertinente pour trancher une question en litige et que sa valeur probante est suffisante pour influencer sur la décision de la Cour?
- c) Est-ce que l'admission des éléments de preuve entraînera un préjudice important ou grave pour l'autre partie?

[88] In *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyrights Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 (*Assn. of Universities and Colleges*), Justice Stratas pointed out that, in determining the admissibility of an affidavit in support of an application for judicial review, the differing roles played by the Court and the administrative decision maker must be kept in mind. Parliament gave the administrative decision maker, and not the Court, jurisdiction to determine certain matters on their merits. Because of this demarcation of roles, the Court cannot allow itself to become a forum for fact-finding on the merits of the matter. Accordingly, as a general rule, the evidentiary record before a Court on judicial review is restricted to the evidentiary record that was before the decision maker. Evidence that was not before the decision maker and that goes to the merits of the matter is, with certain limited exceptions, not admissible.

[89] Justice Stratas listed three such exceptions and noted that the list may not be closed. The exceptions are an affidavit that, provides general background in circumstances where that information might assist the Court in understanding the issues relevant to the judicial review, noting that care must be taken to ensure that the affidavit does not go further and provide evidence relevant to the merits of the matter decided by the administrative decision maker; brings to the attention of the reviewing Court procedural defects that cannot be found in the evidentiary record of the administrative decision maker so that the Court can fulfill its role of reviewing for procedural unfairness; and, highlights the complete

[88] Dans l'arrêt *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyrights Licensing Agency*, 2012 CAF 22 (*Association des universités et collèges*), le juge Stratas a fait remarquer que, pour déterminer l'admissibilité d'un affidavit présenté au soutien d'une demande de contrôle judiciaire, il importe de garder à l'esprit que des rôles différents incombent à la Cour et au décideur administratif. Le législateur a conféré au décideur administratif, et non à la Cour, la compétence pour déterminer le bien-fondé de certaines questions. En raison de ces rôles bien distincts, la Cour ne peut s'autoriser à devenir une tribune de recherche des faits qui intéressent le fond. C'est donc dire qu'en règle générale le dossier de preuve qui est soumis à la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire se limite à celui dont le décideur a été saisi. Un élément de preuve qui n'a pas été soumis au décideur et qui a trait au fond de l'affaire est, sauf quelques exceptions restreintes, non admissible.

[89] Le juge Stratas a énuméré trois exceptions et indiqué que la liste n'était sans doute pas exhaustive. Voici ces trois exceptions : 1) un affidavit contenant des renseignements généraux susceptibles d'aider la cour de révision à comprendre les questions qui se rapportent au contrôle judiciaire, qui, s'est-on assuré, ne va pas plus loin en fournissant des éléments de preuve se rapportant au fond de la question déjà tranchée par le décideur administratif; 2) un affidavit portant à l'attention de la cour de révision des vices de procédure ne pouvant être décelés dans le dossier de preuve du décideur administratif, et permettant à la cour de révision de s'acquitter de sa tâche d'examiner les questions d'équité procédurale; et

absence of evidence before the administrative decision maker when it made a particular finding.

[90] Justice Stratas revisited the general rule in *Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, 2015 FCA 263, 479 N.R. 189 (*Bernard*), referencing the Federal Court of Appeal's prior decisions in *Assn. of Universities and Colleges; Connolly*; and *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171 (*Delios*), at paragraph 45, and elaborated on the three recognized exceptions [at paragraphs 23–28]:

The background information exception exists because it is entirely consistent with the rationale behind the general rule and administrative law values more generally. The background information exception respects the differing roles of the administrative decision-maker and the reviewing court, the roles of merits-decider and reviewer, respectively, and in so doing respects the separation of powers. The background information placed in the affidavit is not new information going to the merits. Rather, it is just a summary of the evidence relevant to the merits that was before the merits-decider, the administrative decision-maker. In no way is the reviewing court encouraged to invade the administrative decision-maker's role as merits-decider, a role given to it by Parliament. Further, the background information exception assists this Court's task of reviewing the administrative decision (*i.e.*, this Court's task of applying rule of law standards) by identifying, summarizing and highlighting the evidence most relevant to that task.

The second recognized exception is really just a particular species of the first. Sometimes a party will file an affidavit disclosing the complete absence of evidence on a certain subject-matter. In other words, the affidavit tells the reviewing court not what is in the record—which is the first exception—but rather what cannot be found in the record: see *Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 513 (C.A.) and *Access Copyright*, above at paragraph 20. This can be useful where the party alleges that an administrative decision is unreasonable because it rests upon a key finding of fact unsupported by any evidence at all. This too is entirely consistent with the rationale behind the general rule and administrative law values more generally, for the reasons discussed in the preceding paragraph.

The third recognized exception concerns evidence relevant to an issue of natural justice, procedural fairness,

3) un affidavit faisant ressortir que le décideur administratif ne disposait d'aucun élément de preuve lorsqu'il a tiré une conclusion donnée.

[90] Le juge Stratas a réexaminé la règle générale énoncée dans l'arrêt *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263 (*Bernard*), en faisant référence aux arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale *Association des universités et collèges, Connolly* et *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 (*Delios*), au paragraphe 45, et il a fourni des précisions sur les trois exceptions reconnues [aux paragraphes 23 à 28] :

L'exception des renseignements généraux existe parce qu'elle s'accorde entièrement avec la logique de la règle générale et les valeurs du droit administratif plus globalement. Elle respecte les rôles propres au décideur administratif et à la cour de révision, les rôles du juge du fond et du juge de révision et, de ce fait, la séparation des pouvoirs. Les renseignements généraux exposés dans l'affidavit ne représentent pas de nouveaux renseignements sur le fond. Ils se bornent à résumer la preuve dont était saisi le juge du fond, c'est-à-dire le décideur administratif. Rien n'incite le juge de révision à s'immiscer dans le rôle du décideur administratif en tant que juge du fond, rôle assigné à celui-ci par le législateur. Ajoutons que l'exception des renseignements généraux facilite à la Cour la tâche consistant à contrôler une décision administrative (soit la tâche de voir à la primauté du droit) en relevant, récapitulant et mettant en évidence les éléments de preuve les plus utiles dans cette tâche.

La deuxième exception reconnue n'est en réalité qu'une forme particulière de la première. Quelquefois, une partie déposera un affidavit faisant état de l'absence totale de preuve sur une certaine question. En d'autres termes, l'affidavit dit au juge de révision non pas ce qui figure au dossier — objet de la première exception —, mais plutôt ce qui n'y figure pas. Voir à ce sujet *Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), et *Access Copyright*, précité, au paragraphe 20. Cela peut être utile quand une partie allègue qu'une décision administrative est déraisonnable parce que reposant sur une conclusion de fait essentielle en toute absence de preuve. Là encore, cela s'accorde entièrement avec la logique de la règle générale et les valeurs du droit administratif plus globalement, pour les motifs énoncés au paragraphe précédent.

La troisième exception reconnue porte sur la preuve sur une question de justice naturelle, d'équité

improper purpose or fraud that could not have been placed before the administrative decision-maker and that does not interfere with the role of the administrative decision-maker as merits-decider: see *Keeprite* and *Access Copyright*, both above; see also *Mr. Shredding Waste Management Ltd. v. New Brunswick (Minister of Environment and Local Government)*, 2004 NBCA 69, 274 N.B.R. (2d) 340 (improper purpose); *St. John's Transportation Commission v. Amalgamated Transit Union, Local 1662* (1998), 161 Nfld. & P.E.I.R. 199 (fraud). To illustrate this exception, suppose that after an administrative decision was made and the decision-maker has become *functus* a party discovers that the decision was prompted by a bribe. Also suppose that the party introduces into its notice of application the ground of the failure of natural justice resulting from the bribe. The evidence of the bribe is admissible by way of an affidavit filed with the reviewing court.

I note parenthetically that if the evidence of natural justice, procedural fairness, improper purpose or fraud were available at the time of the administrative proceedings, the aggrieved party would have to object and adduce the evidence supporting the objection before the administrative decision-maker. Where the party could reasonably be taken to have had the capacity to object before the administrative decision-maker and does not do so, the objection cannot be made later on judicial review: *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, (2000), 195 D.L.R. (4th) 399; 264 N.R. 174; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.).

The third recognized exception is entirely consistent with the rationale behind the general rule and administrative law values more generally. The evidence in issue could not have been raised before the merits-decider and so in no way does it interfere with the role of the administrative decision-maker as merits-decider. It also facilitates this court's ability to review the administrative decision-maker on a permissible ground of review (*i.e.*, this Court's task of applying rule of law standards).

The list of exceptions is not closed. In some cases, reviewing courts have received affidavit evidence that facilitates their reviewing task and does not invade the administrative decision-maker's role as fact-finder and merits-decider: *Hartwig v. Saskatchewan (Commissioner of Inquiry)*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268 at paragraph 24. For example, in one case the applicant wished to submit that the administrative decision-maker's decision was unreasonable because it wrongly construed certain submissions made by counsel as admissions. But counsel's submissions to the administrative decision-maker

procédurale, de but illégitime ou de fraude dont le décideur administratif n'aurait pas pu être saisi et qui n'intervient pas dans le rôle du décideur administratif comme juge du fond; voir *Keeprite* et *Access Copyright*, précités, ainsi que *M. Shredding Waste Management Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Ministre de l'Environnement et des Gouvernements locaux)*, 2004 NBCA 69, 274 N.B.R. (2nd) 340 (but illégitime), et *St. John's Transportation Commission v. Amalgamated Transit Union, Local 1662*, 1998 CanLII 18670, 161 Nfld. & P.E.I.R. 199 (fraude). En guise d'illustration, supposons que, après qu'une décision administrative a été prise et que le décideur a été dessaisi, une partie découvre que la décision a été amenée par un pot-de-vin. Supposons également que l'avis de demande de cette partie invoque une atteinte à la justice naturelle à cause de ce pot-de-vin. La preuve du pot-de-vin est recevable par voie d'affidavit déposé auprès du juge de révision.

Notons en passant que, si un élément de preuve était disponible au moment de l'instance administrative en ce qui concerne la justice naturelle, l'équité procédurale, le but illégitime ou la fraude, la partie lésée devrait s'opposer et présenter cet élément de preuve devant le décideur administratif. Lorsqu'une partie peut raisonnablement être considérée comme ayant eu la capacité de s'opposer devant le décideur administratif sans l'avoir fait, l'opposition ne peut être faite par la suite lors d'un contrôle judiciaire : voir *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2000 CanLII 16575, ainsi que *In re Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.F.).

La troisième exception reconnue s'accorde entièrement avec la logique de la règle générale et les valeurs du droit administratif plus globalement. La preuve en question n'aurait pu être présentée au juge du fond et, ainsi, l'exception n'intervient en rien dans le rôle du décideur administratif à titre de juge du fond. Elle se trouve aussi à faciliter à la Cour la tâche de contrôler le décideur administratif à l'égard d'un motif admissible (tâche d'application de la primauté du droit).

La liste des exceptions n'est pas close. Dans certaines affaires, les juges de révision ont reçu en preuve un affidavit qui facilite leur tâche de contrôle et n'empiète pas sur le rôle du décideur administratif comme juge des faits et juge du fond. Voir à ce sujet *Hartwig v. Saskatchewan (Commission of Inquiry)*, 2007 SKCA 74, 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24. Par exemple, dans une affaire, le demandeur alléguait que la décision du décideur administratif était déraisonnable parce que celui-ci avait interprété à tort certaines observations faites par l'avocat comme étant des aveux. Toutefois, les

were not in the record filed with reviewing court. The reviewing court admitted evidence of counsel's submissions so that it could assess whether the decision was unreasonable: *Ontario Shores Centre for Mental Health v. O.P.S.E.U.*, 2011 ONSC 358. In another case, a reviewing court admitted a partial transcript of proceedings before an administrative decision-maker. The transcript was prepared by one of the parties, not by the administrative decision-maker. In the circumstances, the reviewing court was satisfied that the partial transcript was reliable, did not work unfairness or prejudice, and was necessary to allow it to review the administrative decision: *SELI Canada Inc. v. Construction and Specialized Workers' Union, Local 1611*, 2011 BCCA 353, 336 D.L.R. (4th) 577.

In *Delios*, Justice Stratas stated as follows with respect to the general background exception [at paragraphs 44–46]:

Under this exception, a party can file an affidavit providing “general background in circumstances where that information might assist [the review court to understand] the issues relevant to the judicial review”: *Access Copyright*, above at paragraph 20(a).

The “general background” exception applies to non-argumentative orienting statements that assist the reviewing court in understanding the history and nature of the case that was before the administrative decision-maker. In judicial reviews of complex administrative decisions where there is procedural and factual complexity and a record comprised of hundreds or thousands of documents, reviewing courts find it useful to receive an affidavit that briefly reviews in a neutral and uncontroversial way the procedures that took place below and the categories of evidence that the parties placed before the administrator. As long as the affidavit does not engage in spin or advocacy—that is the role of the memorandum of fact and law—it is admissible as an exception to the general rule.

But “[c]are must be taken to ensure that the affidavit does not go further and provide evidence relevant to the merits of the matter decided by the administrative decision-maker, invading the role of the latter as fact-finder and merits-decider”: *Access Copyright*, above at paragraph 20(a).

observations de l’avocat au décideur administratif ne figuraient pas dans le dossier présenté au juge de révision. La cour de révision a admis des éléments de preuve sur ces observations pour pouvoir évaluer si la décision était déraisonnable : voir *Ontario Shores Centre for Mental Health v. O.P.S.E.U.*, 2011 ONSC 358. Dans une autre affaire, la cour de révision a admis en preuve la transcription partielle d’une instance devant un décideur administratif. La transcription avait été préparée par une des parties, et non par le décideur. Dans les circonstances, la cour de révision a jugé que la transcription partielle était fiable et qu’elle n’était ni inéquitable ni préjudiciable et était nécessaire à son contrôle de la décision administrative : voir *SELI Canada Inc. v. Construction and Specialized Workers' Union, Local 1611*, 2011 BCCA 353, 336 D.L.R. (4th) 577.

Dans l’arrêt *Delios*, le juge Stratas a précisé ce qui suit au sujet de l’exception des renseignements généraux [aux paragraphes 44 à 46] :

Selon cette exception, une partie peut déposer un affidavit contenant « des informations générales qui sont susceptibles d’aider (la cour de révision) à comprendre les questions qui se rapportent au contrôle judiciaire » : *Access Copyright*, précité, au paragraphe 20a).

L’exception des « renseignements généraux » vise les observations pures et simples propres à diriger la réflexion du juge réformateur afin qu’il puisse comprendre l’historique et la nature de l’affaire dont le décideur administratif était saisi. Dans les procédures de contrôle judiciaire visant les décisions administratives complexes se rapportant à des procédures et des faits compliqués, étayées par des centaines ou des milliers de documents, le juge réformateur trouve utile de recevoir un affidavit qui passe brièvement en revue, d’une manière neutre et non controversée, les procédures qui se sont déroulées devant le décideur administratif, et les catégories de preuves que les parties ont présentées à l’administrateur. Dans la mesure où l’affidavit ne s’engage pas dans une interprétation tendancieuse ou une prise de position — rôle de l’exposé des faits et du droit —, il est recevable à titre d’exception à la règle générale.

Toutefois, « [o]n doit s’assurer que l’affidavit ne va pas plus loin en fournissant des éléments de preuve se rapportant au fond de la question déjà tranchée par le tribunal administratif, au risque de s’immiscer dans le rôle que joue le tribunal administratif en tant que juge des faits et juge du fond » : *Access Copyright*, précité, au paragraphe 20a).

[91] The Federal Court of Appeal has also held that an affidavit must be premised upon personal knowledge and that its purpose is to adduce facts relevant to the dispute without gloss or explanation. The purpose of an affidavit is not to be confused with the written submissions a party is entitled to make in support of their application (*Duyvenbode v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 120, at paragraphs 2–3). Affidavits must be free from argumentative materials and the deponent must not interpret evidence previously considered by a tribunal or draw negative conclusions (*Canadian Tire Corporation v. Canadian Bicycle Manufacturers Association*, 2006 FCA 56, 346 N.R. 186 (*Canadian Tire Corp.*), at paragraphs 9–10; also see *Canada (Attorney General) v. Quadri*, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33, at paragraph 18).

(b) Ms. Morton’s Position

[92] Ms. Morton notes that in August 2016 she sent a letter and an expert report to the Minister in support of her demand that he change the PRV Policy. Those materials were included in an affidavit affirmed by Ms. Morton. Although the respondents sought to have the materials struck from the record, by order dated August 11, 2017, the case management Judge refused to strike them on the basis that she was not prepared to foreclose Ms. Morton’s right to argue on the merits of the application that such material should have been before the decision maker and, accordingly, found that the materials fell within the *Assn. of Universities and Colleges* exceptions. The case management Judge also stated that she would not foreclose Ms. Morton’s ability to place before the Court evidence regarding the information and documentation that she had transmitted to the Minister, which Ms. Morton asserted was relevant to the Minister’s decision to adopt the PRV Policy. Ms. Morton submits that the Valenzuela affidavit should be admitted on the same grounds.

[93] Additionally, the Valenzuela affidavit and materials are admissible because they provide important background information for this Court’s assessment of the reasonableness of the PRV Policy and the

[91] La Cour d’appel fédérale a également précisé qu’un affidavit doit se fonder sur des connaissances personnelles et qu’il a pour but de présenter, sans commentaires ni explications, des faits liés au litige. L’objet d’un affidavit ne doit pas être confondu avec les observations écrites qu’une partie est en droit de présenter à l’appui de sa demande (*Duyvenbode c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 120, aux paragraphes 2 et 3). Les affidavits doivent être exempts d’arguments et le déposant ne doit pas interpréter la preuve qui a déjà été examinée par un tribunal administratif ou tirer des conclusions négatives (*Société Canadian Tire Ltée c. Canadian Bicycle Manufacturers Association*, 2006 CAF 56 (*Société Canadian Tire*), aux paragraphes 9 et 10; voir également *Canada (Procureur général) c. Quadri*, 2010 CAF 47, au paragraphe 18).

b) La thèse de M^{me} Morton

[92] M^{me} Morton signale qu’en août 2016 elle a envoyé au ministre une lettre et un rapport d’expert à l’appui de sa demande de changement de la Politique concernant le RVP. Ces documents étaient joints à un affidavit souscrit par M^{me} Morton. Les défendeurs ont tenté de faire rader les documents du dossier, mais, par une ordonnance datée du 11 août 2017, la juge chargée de la gestion de l’instance a refusé de le faire au motif qu’elle n’était pas disposée à priver M^{me} Morton du droit de faire valoir, dans le cadre de l’examen de la demande sur le fond, que ces documents auraient dû être soumis à la décideure, et elle a donc conclu que ces derniers tombaient sous le coup des exceptions prévues dans l’arrêt *Association des universités et collèges*. La juge chargée de la gestion de l’instance a également déclaré qu’elle n’empêcherait pas M^{me} Morton de soumettre à la Cour des preuves concernant les renseignements et les documents qu’elle avait transmis au ministre et qui, selon M^{me} Morton, étaient pertinents en ce qui concerne la décision du ministre d’adopter la Politique concernant le RVP. M^{me} Morton soutient qu’il y a lieu d’admettre en preuve l’affidavit de M^{me} Valenzuela pour les mêmes raisons.

[93] De plus, l’affidavit de M^{me} Valenzuela et les documents connexes sont admissibles parce qu’ils fournissent des renseignements généraux qui seront très utiles à la Cour pour évaluer le caractère raisonnable de

decision-making process in adopting that Policy. The rejection of Ms. Morton's good-faith response, excluded from the CTR, provides information as to the reasonableness of the decision-making process. Further, the background materials will assist the Court in understanding issues relevant to the judicial review. They provide the Court with a more accurate and complete factual context within which to understand and assess the legality of the Minister's PRV Policy.

[94] Ms. Morton also submits that the Valenzuela affidavit meets the interests of justice test. None of the materials attached to the Valenzuela affidavit existed when Ms. Morton filed her initial affidavit in November 2016 in support of the application. Further, the materials are relevant because Minister's counsel assured Ms. Morton that they were in the decision maker's possession. The affidavit establishes that those materials were not considered by the decision maker, which is probative to Ms. Morton's assertion that the PRV Policy and the process for maintaining it were unreasonable. This evidence will also help the Court to discern the reasonableness of the Policy and the underlying decision-making process. Further, as to prejudice, the case management Judge gave the respondents an opportunity to file rule 312 affidavits responding to the Valenzuela affidavit. The Minister has done so, filing the July 28, 2018, affidavit of Lauren Situ (Situ affidavit), which attaches correspondence that the Minister claims should have been included in the Valenzuela affidavit. Ms. Morton does not object to the filing of the Situ affidavit. Thus, to the extent that the Valenzuela affidavit causes prejudice, the opportunity to file additional materials cures this. Marine Harvest and Cermaq chose not to file responding affidavits, which speaks to the lack of prejudice that the Valenzuela affidavit being included in the record will cause.

(c) The respondents' positions

[95] The respondents submit that the Valenzuela affidavit does not meet the preliminary requirements for

la Politique concernant le RVP et du processus décisionnel qui a été suivi pour l'adopter. Le rejet de la réponse de bonne foi de M^{me} Morton, exclue du DCT, donne un éclairage utile pour évaluer le caractère raisonnable du processus décisionnel. Par ailleurs, ces renseignements aideront la Cour à comprendre des questions pertinentes dans le contexte du contrôle judiciaire. Ils apportent à la Cour un contexte factuel plus précis et complet dans le cadre duquel comprendre et évaluer la légalité de la Politique concernant le RVP du ministre.

[94] M^{me} Morton soutient également que l'affidavit de M^{me} Valenzuela répond au critère de l'intérêt de la justice. Aucun des documents joints à cet affidavit n'existait à l'époque où elle a déposé son affidavit initial, en novembre 2016, à l'appui de la demande. De plus, les documents sont pertinents parce que les avocats du ministre ont assuré à M^{me} Morton que la décideure les avait en sa possession. L'affidavit établit que ces documents n'ont pas été pris en compte par la décideure, ce qui étaye l'affirmation de M^{me} Morton selon laquelle la Politique concernant le RVP et le processus qui a été suivi pour la maintenir étaient déraisonnables. De plus, cette preuve aidera également la Cour à déterminer le caractère raisonnable de la Politique et du processus décisionnel sous-jacent. En outre, pour ce qui est du préjudice causé, la juge chargée de la gestion de l'instance a donné aux défendeurs la possibilité de déposer des affidavits en application de la règle 312 des Règles en réponse à l'affidavit de M^{me} Valenzuela. Le ministre l'a fait, en déposant l'affidavit du 28 juillet 2018 de Lauren Situ (l'affidavit de M^{me} Situ), auquel sont jointes des lettres qui, d'après le ministre, auraient dû être incluses dans l'affidavit de M^{me} Valenzuela. M^{me} Morton ne s'oppose pas au dépôt de l'affidavit de M^{me} Situ. Ainsi, dans la mesure où l'affidavit de M^{me} Valenzuela cause préjudice, la possibilité de déposer des documents supplémentaires corrige la situation. Marine Harvest et Cermaq ont décidé de ne pas déposer d'affidavits en réponse, ce qui témoigne de l'absence de préjudice que causera le fait de verser au dossier l'affidavit de M^{me} Valenzuela.

c) Les thèses des défendeurs

[95] Les défendeurs soutiennent que l'affidavit de M^{me} Valenzuela ne répond pas aux conditions préalables

admitting additional affidavit evidence. It is inadmissible and irrelevant as it is evidence that was not before the decision maker and is not admissible under any of the exceptions to the general rule against extrinsic evidence on judicial review. A court sitting in judicial review is not a forum for fact-finding on the merits of the decision, its job is not to conduct a trial *de novo* on the issues, and it is not an academy of science tasked with mediating scientific debates (*Assn. of Universities and Colleges*, at paragraphs 17–18; *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of the Environment)* (2000), 191 F.T.R. 20, at paragraph 71; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176, at paragraph 41). The Minister submits that under the *Fisheries Act* and its associated regulations, it is the Minister who is responsible for managing fisheries. The role of the Court is to consider whether the decision under review is reasonable based on the grounds of review set out in the notice of application, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and on the record that was before the decision maker.

[96] The respondents submit that here, Ms. Morton seeks to introduce additional evidence and argument going to the merits of the decision. In particular, the June 6, 2018, letter attached as Exhibit C of the Valenzuela affidavit contains extensive argument by Ms. Morton on the merits of the PRV Policy. The affidavit attaches additional evidence intended to supplement the findings of the decision maker and encourage the Court to form its own view on the factual merits of the reviewed decision. Nor does the Valenzuela affidavit meet the requirements of helpful, general background information. And, although Ms. Morton seeks to admit the affidavit to show that the decision maker chose not to consider these materials, her pleadings have not challenged the Minister's process for maintaining the PRV Policy. Thus, although Ms. Morton submits that the Valenzuela affidavit illustrates that the Minister chose not to consider the submitted material, these materials are irrelevant. If admitted, the parties would be prejudiced because it puts evidence before the Court that did not form a part of the

à l'admission d'une preuve par affidavit supplémentaire. Cet affidavit est inadmissible et non pertinent, car il s'agit d'une preuve qui n'a pas été soumise à la décideure et il ne peut être admis en vertu d'aucune des exceptions à la règle générale interdisant la production d'une preuve extrinsèque dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Un tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire n'est pas une tribune de recherche des faits qui intéressent le fond, sa tâche ne consiste pas à tenir un nouveau procès sur les questions en litige et il n'est pas une « académie des sciences » chargée de trancher des débats scientifiques (*Association des universités et collèges*, aux paragraphes 17 et 18; *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15291, au paragraphe 71; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, au paragraphe 41). Le ministre fait valoir que, sous le régime de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application, c'est lui qui est chargé de gérer les pêches. Le rôle de la Cour consiste à examiner si la décision faisant l'objet d'un contrôle est raisonnable compte tenu des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de demande, présenté en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ainsi que du dossier qui a été soumis au décideur.

[96] Les défendeurs soutiennent que, en l'espèce, M^{me} Morton souhaite introduire des éléments de preuve et des arguments additionnels qui ont trait au fond de la décision. En particulier, la lettre du 6 juin 2018 jointe comme pièce C à l'affidavit de M^{me} Valenzuela contient de nombreux arguments de la part de M^{me} Morton sur le fond de la Politique concernant le RVP. À cet affidavit sont jointes des preuves supplémentaires qui visent à compléter les conclusions du décideur et à inciter la Cour à former sa propre opinion sur le bien-fondé factuel de la décision contrôlée. L'affidavit de M^{me} Valenzuela ne répond pas non plus à l'exigence de fournir des renseignements de base généraux et utiles. Et, bien que M^{me} Morton cherche à faire admettre en preuve cet affidavit pour montrer que la décideure a choisi de ne pas examiner les documents en question, par ses actes de procédure, elle ne conteste pas le processus que le ministre a suivi pour maintenir la Politique concernant le RVP. C'est donc dire que, bien que M^{me} Morton soutienne que l'affidavit de M^{me} Valenzuela montre que

record and raises a new issue of procedural fairness that Ms. Morton does not challenge in her application for judicial review.

[97] Marine Harvest adds that while Ms. Morton's public interest litigant standing is not contested, she is still just a member of the public, and while she is entitled to send materials to the Minister, she is not entitled to have them considered in specific decisions, and she is not entitled to "shape the record". The idea that a private party without a right of hearing can send materials to a decision maker and then argue that they form part of the record could have far-reaching consequences.

(d) Analysis

[98] I have considerable difficulty with the Minister's refusal to include the correspondence and materials attached to the Valenzuela affidavit in the CTR. It is apparent from these materials that subsequent to Ms. Morton commencing her application on October 12, 2016, counsel for the Minister advised Ms. Morton's counsel that DFO was considering reviewing the PRV Policy as new information had become available. Ms. Morton was not, at this stage, just another member of the public. She had commenced her application and had an ongoing interest in the Policy reconsiderations that post-dated her application. It was in this context that she was specifically advised by counsel for the Minister of the intended further reconsideration.

[99] She also specifically requested that the letter and materials provided in response be sent to the Minister and those within DFO who would be reviewing the PRV Policy. Her counsel was advised by counsel for the Minister that this had been done, specifically referencing the decision maker, Allison Webb. Given this, it is impossible to see how counsel for the Minister could subsequently attempt to justify the omission from the

le ministre a décidé de ne pas prendre en considération les documents soumis, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ne sont pas pertinents. S'ils étaient admis, les parties subiraient un préjudice, étant donné que des preuves qui ne faisaient pas partie du dossier et une nouvelle question d'équité procédurale que M^{me} Morton ne conteste pas dans sa demande de contrôle judiciaire seraient de la sorte soumises à la Cour.

[97] Marine Harvest ajoute que nul ne conteste que M^{me} Morton a la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais qu'il n'en demeure pas moins qu'elle n'est qu'un simple membre du public et que, même s'il lui est loisible d'envoyer des documents au ministre, elle n'a ni le droit de les faire examiner dans le cadre de décisions précises, ni celui d'[TRADUCTION] « orienter le dossier ». L'idée qu'une partie privée, n'ayant pas le droit d'être entendue, puisse envoyer des documents à un décideur et soutenir ensuite qu'ils font partie du dossier pourrait être lourde de conséquences.

d) Analyse

[98] J'ai de la difficulté à accepter l'idée que le ministre refuse que l'on inclue dans le DCT les lettres et les documents joints à l'affidavit de M^{me} Valenzuela. Il ressort de ces documents qu'après le dépôt de la demande de M^{me} Morton le 12 octobre 2016, les avocats du ministre ont informé les avocats de M^{me} Morton que le MPO envisageait de revoir la Politique concernant le RVP, car de nouvelles informations étaient disponibles. À ce stade, M^{me} Morton était plus qu'un simple membre du public. Elle avait introduit sa demande et avait un intérêt continu à l'égard des réexamens de la Politique qui étaient postérieurs à sa demande. C'est dans ce contexte que les avocats du ministre l'avaient précisément informée du nouveau réexamen prévu.

[99] Elle a aussi expressément demandé que la lettre et les documents fournis en réponse soient envoyés au ministre ainsi qu'aux agents du MPO qui allaient revoir la Politique concernant le RVP. Ses avocats avaient été informés par les avocats du ministre que cela avait été fait, en faisant précisément mention de la décideure, Allison Webb. Cela étant, il est impossible de voir comment les avocats du ministre ont pu tenter par la suite

CTR on the basis that Ms. Morton's letter was not before Ms. Webb when she reconsidered the PRV Policy on June 28, 2018. And while it may be true that DFO receives many submissions from the public regarding aquaculture and that they are not automatically included in considerations by decision makers, here Ms. Morton requested and was told that the materials had been forwarded to Ms. Webb.

[100] It was, of course, open to Ms. Webb to afford the letter and materials little weight or to find that they were not relevant to her consideration. However, in my view, she was not entitled to pretend that they did not exist or were not before her and, on that basis, exclude them from the record.

[101] Accordingly, the correspondence and materials attached as exhibits to the Valenzuela affidavit, in these circumstances, should have been included in the CTR.

[102] However, Ms. Morton did not bring a motion challenging the refusal of the Minister to re-certify the record. Nor does she argue that the Minister's delegate breached the duty of procedural fairness by excluding the materials from the record, thereby failing to consider them when reconsidering the PRV Policy. Instead, Ms. Morton relies primarily on the general background exception to the rule precluding the submission of new evidence that was not before the decision maker.

[103] Given this, and applying the above requirements that must be met to obtain an order under rule 312, I find that only paragraphs 1 to 3 of the Valenzuela affidavit and two of the documents attached to the exhibits of the affidavit are admissible.

[104] Exhibit C, Ecojustice's June 6, 2018, letter on behalf of Ms. Morton is not admissible as it contains what is described as her scientific opinion that the PRV Policy was creating a significant risk to migrating wild salmon

de justifier l'absence des documents dans le DCT en faisant valoir que la lettre de M^{me} Morton ne se trouvait pas entre les mains de M^{me} Webb quand celle-ci a réexaminé la Politique concernant le RVP le 28 juin 2018. Et s'il est peut-être vrai que le MPO reçoit du public de nombreuses observations au sujet de l'aquaculture et que celles-ci ne sont pas automatiquement mises à la disposition des décideurs, dans le cas présent, M^{me} Morton avait demandé que les documents soient transmis à M^{me} Webb et on lui a dit que cela avait été fait.

[100] Il était bien sûr loisible à M^{me} Webb d'accorder peu de poids à la lettre et aux documents ou de conclure qu'ils n'étaient pas pertinents dans le cadre de l'examen auquel elle procédait. Cependant, à mon avis, elle ne pouvait pas prétendre qu'ils n'existaient pas ou qu'elle ne les avait pas en main et, pour cette raison, les exclure du dossier.

[101] C'est donc dire que, dans ces circonstances, les lettres et les documents joints comme pièces à l'affidavit de M^{me} Valenzuela auraient dû être inclus dans le DCT.

[102] Cependant, M^{me} Morton n'a pas déposé de requête contestant le refus du ministre de certifier de nouveau le dossier. Elle ne soutient pas non plus que la déléguée du ministre a manqué à l'obligation d'équité procédurale en excluant les documents du dossier, et par conséquent de ne pas prendre en compte au moment de réexaminer la Politique concernant le RVP. Au lieu de cela, M^{me} Morton se fonde principalement sur l'exception dite des « renseignements généraux » à la règle interdisant la présentation de nouveaux éléments de preuve n'ayant pas été mis à la disposition du décideur.

[103] Compte tenu de cela, appliquant les conditions susmentionnées devant être remplies pour pouvoir obtenir une ordonnance en vertu de la règle 312 des Règles, je conclus que seuls sont admissibles les paragraphes 1 à 3 de l'affidavit de M^{me} Valenzuela et deux des documents joints comme pièces à cet affidavit.

[104] La pièce C, la lettre du 6 juin 2018 d'Ecojustice, écrite pour le compte de M^{me} Morton, n'est pas admissible du fait qu'elle referme ce qui est décrit comme son opinion scientifique, à savoir que la Politique concernant

and that the materials she attached supported her opinion that the PRV Policy was unlawful and unreasonable. The letter also summarizes what it describes as the most pertinent points of the Auditor General's Report and Di Cicco 2018, as well as including what are described as brief references to "the dire state of wild Chinook stocks in British Columbia" and the significance of the Washington State news release. This letter, and other letters of Ecojustice to the Minister that are enclosed with it, go beyond what is encompassed by the general background exception for non-argumentative orienting statements that assist the reviewing court in understanding the history and nature of the case that was before the administrative decision maker, and instead provide opinion evidence relevant to the merits of the matter decided by the administrative decision maker.

[105] However, the Auditor General's Report, which is attached as part of Exhibit C, is an independent report and a public document. It is a performance audit focused on whether DFO and the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) managed the risks associated with salmon aquaculture in a manner that protected wild fish. It follows up on the federal Government's commitment to implementing the recommendations of the Cohen Commission. The Auditor General's Report makes recommendations and includes DFO's responses to each recommendation. In my view, the Auditor General's Report is helpful background information. I would also point out that the Auditor General's Report was put to Andrew Thomson, Regional Director of the Fisheries Management Branch of DFO, when he was cross-examined by counsel for Ms. Morton on his January 29, 2018, affidavit filed by the Minister in T-1710-16 (Thomson affidavit No. 1). It is therefore before me as Exhibit 7 to the transcript of cross-examination on Thomson affidavit No. 1. The transcript of that cross-examination also indicates that counsel for the Minister agreed that the cross-examination of Mr. Thomson with respect to the questions posed by and answers responding to counsel for Ms. Morton in T-1710-16 could be utilized by 'Namgis in T-430-18 and T-744-18, subject to any objections by the Minister made

le RVP crée un risque considérable pour les saumons sauvages en migration et que les documents qu'elle joint à la lettre étayent son opinion selon laquelle la Politique concernant le RVP est illégale et déraisonnable. La lettre résume aussi ce qu'elle décrit comme les points les plus pertinents du rapport du vérificateur général et de l'étude Di Cicco 2018, et elle inclut ce qui est décrit comme de brèves mentions de [TRADUCTION] « l'état déplorable des stocks de saumons chinooks sauvages en Colombie-Britannique » et de l'importance du communiqué de presse de l'État de Washington. Cette lettre ainsi que d'autres lettres d'Ecojustice au ministre qui y sont jointes vont au-delà de ce qu'englobe l'exception des renseignements généraux, qui vise les observations pures et simples propres à diriger la réflexion de la cour de révision afin qu'elle puisse comprendre l'historique et la nature de l'affaire dont le décideur administratif était saisi, et elles fournissent plutôt une preuve d'opinion quant au bien-fondé de l'affaire que le décideur administratif a tranchée.

[105] Cependant, le rapport du vérificateur général, qui figure dans la pièce C, est un rapport indépendant et un document public. Il s'agit d'un rapport d'audit de gestion axé sur le fait de savoir si le MPO et l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'« ACIA ») ont géré les risques associés à la salmoniculture d'une manière qui protégeait les poissons sauvages. Ce rapport donne suite à l'engagement pris par le gouvernement fédéral d'appliquer les recommandations de la Commission Cohen. Il formule des recommandations et il contient les réponses du MPO à chacune d'entre elles. À mon avis, le rapport du vérificateur général est une source de renseignements généraux utiles. Je signalerais également que ce rapport a été soumis à Andrew Thomson, directeur régional de la Direction de la gestion des pêches du MPO, quand il a été contre-interrogé par les avocats de M^{me} Morton sur son affidavit du 29 janvier 2018, déposé par le ministre dans le dossier T-1710-16 (l'affidavit n° 1 de M. Thomson). Il m'est donc soumis comme pièce 7 jointe à la transcription du contre-interrogatoire portant sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson. Il ressort également de la transcription de ce contre-interrogatoire que les avocats du ministre ont convenu que le contre-interrogatoire de M. Thomson sur les questions posées par les avocats de M^{me} Morton

pursuant to subsection 95(1) [of the Rules]. The Auditor General's Report is therefore also found as an exhibit to that cross-examination in 'Namgis' application records in T-430-18 and T-744-18. The Auditor General's Report is also referenced by Mr. Thomson in his affidavit sworn on July 5, 2018, and filed in T-430-18 (Thomson affidavit No. 2).

[106] As to Di Cicco 2018, it was this report that prompted the Minister to conduct the June 28, 2018, reconsideration of the PRV Policy. The June 2018 Rapid Science Response indicates that the Aquaculture Management Division of DFO requested a review of that paper, and other recently published studies, to ensure that DFO's testing and fish health management approach are informed by the latest scientific evidence and to determine if changes to DFO's management approach should be considered as a result of the new information Di Cicco 2018. Di Cicco 2018, which was authorized in part by DFO scientists, was also put to Mr. Thomson on cross-examination on Thomson Affidavit No. 1 by counsel for Ms. Morton in T-1710-16 and is therefore in the record before me as Exhibit 11 to the transcript of that cross-examination and, as stated above, it is similarly found as an exhibit in 'Namgis' application records in T-430-18 and T-744-18. Di Cicco 2018 is also background information to the extent that it informed the June 2018 Rapid Science Response upon which the Minister's delegate relied in reaching her decision, and it is admissible on that basis.

(e) Situ affidavit

[107] The Minister also brought a rule 312 motion seeking to admit the July 27, 2018, Situ affidavit in the event that the Valenzuela affidavit is admissible. The

dans le dossier T-1710-16, ainsi que sur les réponses qui y ont été données, pourraient être utilisés par la PNN dans les dossiers T-430-18 et T-744-18, sous réserve de toute objection que formulerait le ministre en application du paragraphe 95(1) des Règles. Le rapport du vérificateur figure donc aussi comme pièce jointe à ce contre-interrogatoire dans les dossiers de demande de la PNN déposés dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. Dans l'affidavit qu'il a souscrit le 5 juillet 2018 et qui a été déposé dans le dossier T-430-18, M. Thomson fait également référence au rapport du vérificateur général (l'affidavit de M. Thomson n° 2).

[106] Pour ce qui est de l'étude Di Cicco 2018, c'est ce rapport qui a incité le ministre à procéder au réexamen du 28 juin 2018 de la Politique concernant le RVP. La RRS de juin 2018 indique que la Division de la gestion de l'aquaculture du MPO a demandé que l'on examine l'article, ainsi que d'autres études récemment publiées, afin de s'assurer que la méthode de dépistage et de gestion de la santé des poissons du MPO tenait compte des données scientifiques les plus récentes et de déterminer si, à la suite des nouvelles informations découlant de l'étude Di Cicco 2018, il fallait envisager d'apporter des changements à la méthode de gestion du MPO. L'étude Di Cicco 2018, qui a été autorisée en partie par des scientifiques du MPO, a également été soumise à M. Thomson lors du contre-interrogatoire sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson mené par les avocats de M^{me} Morton dans le cadre du dossier T-1710-16; cette étude figure donc dans le dossier qui m'a été soumis, comme pièce 11 jointe à la transcription de ce contre-interrogatoire, et, comme il a déjà été mentionné, elle figure également sous forme de pièce dans les dossiers de demande de la PNN figurant dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. L'étude Di Cicco 2018 sert également de source de renseignements généraux dans la mesure où elle a une incidence sur la RRS de juin 2018 dont s'est inspirée la déléguée du ministre pour arriver à sa décision, et elle est admissible sur ce fondement.

e) L'affidavit de M^{me} Situ

[107] Le ministre a également déposé une requête en vertu de la règle 312 des Règles en vue de faire admettre en preuve l'affidavit de M^{me} Situ, daté du 27 juillet 2018,

Situ affidavit attaches as exhibits a copy of an October 24, 2017, letter from counsel for the Minister to counsel for Ms. Morton responding to Ecojustice's letter of September 28, 2017 (enclosed with the June 6, letter from Ecojustice). Additionally, an email dated January 10, 2018, from counsel for the Minister to counsel for Ms. Morton advising that the Minister had forwarded copies of Ecojustice's letter of December 14, 2017 (enclosed with the June 6, 2018, letter from Ecojustice) to counsel, who asked that, in future, all communications dealing with the subject matter of Ms. Morton's litigation against the Minister be directed to the Department of Justice litigation counsel. Counsel for Ms. Morton responded by email on the same date advising that Ecojustice had not communicated directly with any Minister and had sent all correspondence through the Minister's counsel to be forwarded, she was therefore unclear as to the nature of the objection.

[108] The Minister submits that the Situ affidavit falls under the general background exception as it will assist the Court's understanding of the relevant issues in the underlying judicial review as the exhibits identify documents that are key to the Court's understanding of the record and provide important context not otherwise in the Court's knowledge or in the evidentiary record. According to the Minister, should the Valenzuela affidavit be admitted into evidence, then it would be in the interest of justice to admit the Situ affidavit, which provides a complete record of the relevant communications and will assist the Court in understanding the context of the materials attached to the Valenzuela affidavit.

[109] In my view, the Situ affidavit adds little to the Court's understanding of the record or the context of the materials attached to the Valenzuela affidavit. As is clear from Ecojustice's cover email of June 6, 2018, it requested counsel for the Minister to forward its letter of June 6, 2018, to the Minister and to the decision maker. Counsel for the Minister confirmed that this had been

au cas où l'affidavit de M^{me} Valenzuela serait admissible. Deux pièces sont jointes à l'affidavit de M^{me} Situ : une copie d'une lettre datée du 24 octobre 2017, des avocats du ministre aux avocats de M^{me} Morton, répondant à la lettre d'Ecojustice du 28 septembre 2017 (jointe à la lettre du 6 juin 2018 d'Ecojustice) et un courriel daté du 10 janvier 2018, des avocats du ministre aux avocats de M^{me} Morton, indiquant que le ministre a transmis des copies de la lettre d'Ecojustice du 14 décembre 2017 (jointe à la lettre du 6 juin 2018 d'Ecojustice) aux avocats, lesquels demandaient que, dorénavant, toutes les communications concernant l'objet du recours intenté par M^{me} Morton contre le ministre soient adressées aux avocats plaideurs du ministère de la Justice. Par un courriel transmis à la même date, les avocats de M^{me} Morton ont répondu qu'Ecojustice n'avait communiqué directement avec aucun ministre et avait envoyé toutes les lettres par l'entremise des avocats du ministre pour qu'ils les transmettent aux intéressés, et qu'ils n'étaient donc pas certains de comprendre la nature de l'objection formulée.

[108] Le ministre soutient que l'affidavit de M^{me} Situ tombe sous le coup de l'exception des renseignements généraux, car il aidera la Cour à comprendre les questions pertinentes dans le contrôle judiciaire sous-jacent; les pièces mentionnent en effet des documents qui sont essentiels à la compréhension du dossier et elles fournissent des renseignements contextuels importants qui n'ont pas été par ailleurs portés à la connaissance de la Cour ou qui ne figurent pas dans le dossier de preuve. Selon le ministre, si l'affidavit de M^{me} Valenzuela est admis en preuve, il sera dans l'intérêt de la justice d'admettre l'affidavit de M^{me} Situ, qui rend compte de manière complète de toutes les communications pertinentes et qui aidera la Cour à comprendre le contexte dans lequel s'inscrivent les documents joints à l'affidavit de M^{me} Valenzuela.

[109] À mon avis, l'affidavit de M^{me} Situ n'aide guère la Cour à comprendre le dossier ou le contexte dans lequel s'inscrivent les documents joints à l'affidavit de M^{me} Valenzuela. Comme l'indique clairement le courriel d'accompagnement d'Ecojustice du 6 juin 2018, ce dernier demandait aux avocats du ministre de transmettre la lettre du 6 juin 2018 au ministre ainsi qu'à la décideure.

done. In any event, given my finding above, communications between counsel concerning the routing of such correspondence are not relevant. The Situ affidavit is therefore not admissible.

(ii) *Standard of review*

[110] The parties submit, and I agree, that the delegate's decision to maintain the PRV Policy of not testing for PRV or HSMI prior to issuing fish transfer licences is reviewable on the reasonableness standard. Indeed, in *Morton 2015* Justice Rennie found that the question of whether the licence conditions at issue in that case were consistent with section 56 of the FGRs was to be assessed against that standard.

[111] As stated by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 47, reasonableness is a deferential standard. Certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. In judicial review, reasonableness is concerned with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and also with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[112] Although the parties agree on the reasonableness standard, they emphasize different considerations in the application of that standard.

[113] Ms. Morton emphasizes that the overarching issue to be resolved by this Court is whether the impugned PRV Policy Decision is a reasonable articulation, or expression, of the mandatory requirements of section 56 of the FGRs. Reasonableness must be assessed in light of the particular type of decision making involved, as

Les avocats du ministre ont confirmé que cela avait été fait. Quoiqu'il en soit, compte tenu de la conclusion que j'ai tirée précédemment, les communications entre les avocats au sujet de l'acheminement de ces lettres ne sont pas pertinentes. L'affidavit de M^{me} Situ n'est donc pas admissible.

(ii) *La norme de contrôle applicable*

[110] Les parties soutiennent — et je suis d'accord avec elles — que la décision de la déléguée de maintenir la Politique concernant le RVP, c'est-à-dire le fait de ne pas procéder à des tests de dépistage du RVP ou de l'IMSC avant la délivrance des permis de transfert de poissons, est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. D'ailleurs, dans la décision *Morton 2015*, le juge Rennie a conclu que la question de savoir si les conditions du permis qui étaient en litige dans cette affaire étaient conformes à l'article 56 du RPDG devait être évaluée par rapport à cette norme.

[111] Comme l'a décrété la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 47, la norme de la décision raisonnable est une norme empreinte de déférence. Certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, et peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Lors d'un contrôle judiciaire, le caractère raisonnable d'une décision tient principalement à la justification de la décision et à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[112] Les parties conviennent que la norme de la décision raisonnable s'applique, mais, dans son application, elles s'attardent à des considérations différentes.

[113] M^{me} Morton souligne que la question fondamentale que la Cour doit trancher est celle de savoir si la décision contestée, qui porte sur la Politique concernant le RVP, est une expression raisonnable des exigences impératives de l'article 56 du RPDG. Le caractère raisonnable doit être évalué à la lumière du type particulier

well as all relevant factors. That is, it is a contextual inquiry (*Dunsmuir*, at paragraph 64; *Catalyst Paper Corporation v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18). Statutes and case law can constrain what is considered to be acceptable and defensible or within the margin of appreciation of the administrative decision maker (*Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112 (*Access Copyright*), at paragraphs 95 and 98; *Delios*, at paragraph 39).

[114] The Minister emphasizes that in the context of reviewing discretionary policy decisions concerning licensing, the Court should not interfere by substituting its own opinion (*Malcolm v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2014 FCA 130, 460 N.R. 357 (*Malcolm*), at paragraph 35 and should afford the Minister considerable deference (*Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1, at paragraph 879, affirmed on point, reversed and varied in part on other grounds 2011 BCCA 237, 333 D.L.R. (4th) 197).

[115] Marine Harvest takes a similar position, noting that the Minister has broad discretion with respect to licensing (*Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12 (*Comeau's Sea Foods*), at paragraphs 36–37; *UHA Research Society v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 169, [2014] 3 F.C.R. 42, at paragraph 10). Further, that when applied to a statutory interpretation exercise, a reasonableness review recognizes that the delegated decision maker is better situated to understand the policy concerns and context needed to resolve any ambiguities in the statute. Reviewing courts must refrain from reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraph 55).

[116] Cermaq builds on this, noting that the contextual approach includes, for example, that when the decision

de processus décisionnel en cause, ainsi que de tous les facteurs pertinents. Il s'agit donc d'une analyse contextuelle (*Dunsmuir*, au paragraphe 64; *Catalyst Paper Corporation c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, au paragraphe 18). Les lois et la jurisprudence peuvent limiter ce qui est considéré comme acceptable et défendable ou ce qui relève de la marge d'appréciation du décideur administratif (*Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58 (*Access Copyright*), aux paragraphes 95 et 98; *Delios*, au paragraphe 39).

[114] Le ministre souligne que la Cour, lors du contrôle de décisions de politique générale discrétionnaires concernant l'octroi de permis, ne devrait pas intervenir en substituant sa propre opinion (*Malcolm c. Canada (Pêches et Océans)*, 2014 CAF 130 (*Malcolm*), au paragraphe 35, et qu'elle devrait faire preuve d'une déférence considérable (*Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1, au paragraphe 879, confirmée sur ce point, infirmée et modifiée en partie pour d'autres motifs par 2011 BCCA 237, 333 D.L.R. (4th) 197).

[115] Marine Harvest adopte une position analogue, signalant que le ministre jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'octroi de permis (*Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12 (*Comeau's Sea Foods*), aux paragraphes 36 et 37; *UHA Research Society c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 169, [2014] 3 R.C.F. 42, au paragraphe 10). En outre, lorsqu'on a affaire à un exercice d'interprétation législative, l'examen fondé sur la norme de la décision raisonnable se fonde sur l'idée que le décideur délégué est mieux placé pour comprendre les questions de principe et les faits contextuels qui sont nécessaires pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi. Les cours de révision doivent s'abstenir de soupeser et d'apprécier à nouveau la preuve que le décideur a prise en compte (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, au paragraphe 55).

[116] Cermaq prend appui sur ce qui précède, pour faire valoir que l'approche contextuelle suppose notamment

maker is a Minister of the Crown and the decision is one of public policy, it has been held that the range of decisions that will fall within the ambit of reasonableness is very broad (*Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201, at paragraphs 47–48). While the range of decisions that are reasonable is narrower with respect to the statutory interpretation of section 56, it is much broader for the Minister's factual assessment regarding the risk of PRV (*Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120, at paragraph 14).

(iii) *Was the Minister's interpretation of section 56 of the FGRs reasonable?*

[117] Ms. Morton submits that the PRV Policy cannot subvert the law (*Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 156, [2015] 4 F.C.R. 297, at paragraphs 53, 55 and 57), more specifically, the regulatory requirements of section 56 of the FGRs. The PRV Policy, as continued by the PRV Policy Decision, must be consistent and not conflict with the statutory authority under which it was created or it will be found to be unlawful (Donald Brown & John Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf revision 2017-4 (Toronto: Thomson Reuters Canada Ltd., 2017) (Brown), at topics 15:81–15:83; *Morton 2015*, at paragraph 49; *David Suzuki Foundation v. Canada (Health)*, 2018 FC 380, 34 Admin. L.R. (6th) 21, at paragraphs 156–158). Thus, the PRV Policy cannot grant that which the FGRs exclude (*Morton 2015*, at paragraph 5). To determine whether the PRV Policy offends section 56 of the FGRs, it is necessary to determine the scope and nature of the Minister's authority under that provision applying the principles of statutory interpretation as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 322, 443 N.R. 291, at paragraphs 22–24. Here, Justice Rennie has already interpreted section 56 and his determinations are conclusions of law that bind the Minister (*Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, at paragraph 48). *Morton 2015* also provides important context against which the reasonableness of the PRV Policy must be assessed. However, the Minister

que, dans les cas où le décideur est un ministre et où la décision rendue est une décision de politique générale, l'éventail des décisions qui tombent sous le coup de la norme de la décision raisonnable est très large (*Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 47 et 48). Si l'éventail des décisions raisonnables est plus restreint en ce qui concerne l'interprétation législative de l'article 56, il est nettement plus large lorsqu'il s'agit de l'évaluation factuelle des risques associés au RVP effectuée par le ministre (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2013 CAF 75, au paragraphe 14).

(iii) *Le ministre a-t-il interprété l'article 56 du RPDG de manière raisonnable?*

[117] M^{me} Morton soutient que la Politique concernant le RVP ne peut pas contourner la loi (*Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 156, [2015] 4 R.C.F. 297, aux paragraphes 53, 55 et 57) et, plus précisément, les exigences réglementaires de l'article 56 du RPDG. Cette politique, dont l'application est maintenue par la décision sur la Politique concernant le RVP, doit être compatible et ne pas entrer en conflit avec le pouvoir législatif en vertu duquel elle a été créée, sans quoi elle sera considérée comme illégale (Donald Brown & John Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, révision 2017-4 (Toronto : Thomson Reuters Canada Ltd., 2017) (Brown), aux rubriques 15:81 à 15:83; *Morton 2015*, au paragraphe 49; *Fondation David Suzuki c. Canada (Santé)*, 2018 CF 380, aux paragraphes 156 à 158). C'est donc dire que la Politique concernant le RVP ne peut autoriser quelque chose qui est exclu par le RPDG (*Morton 2015*, au paragraphe 5). Pour déterminer si la Politique concernant le RVP contrevient à l'article 56 du RPDG, il est nécessaire de déterminer l'étendue et la nature du pouvoir que cette disposition confère au ministre en appliquant les principes d'interprétation législative qui ont été énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 322, aux paragraphes 22 à 24. Le juge Rennie a déjà interprété l'article 56 dans cet arrêt, et ses conclusions de droit lient le ministre (*Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308, au

disregarded *Morton 2015* when developing and maintaining the Policy and instead adopted an interpretation of section 56 that conflicts with that decision and other case law concerning “conservation” under the *Fisheries Act* (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193 (*Marshall*); *R. v. Douglas*, 2008 BCSC 7089 (*Douglas*); *R. v. Aleck*, 2000 BCPC 177, [2001] 2 C.N.L.R. 1138 (*Aleck*), at paragraph 35, affd 2008 BCSC 1096, [2008] 4 C.N.L.R. 102). Decision makers who decide contrary to statutory wording or case law without satisfactory explanation will fail the reasonableness review (*Access Copyright*, at paragraph 98). Further, the Minister brought but abandoned an appeal of *Morton 2015*, which places a greater burden on the Minister to explain why that decision should not be followed (*Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 FCA 257, [2017] 3 F.C.R. 123 (*Bri-Chem*), at paragraphs 59–61).

[118] In T-430-18, ‘Namgis characterizes the Minister’s Interpretation of section 56 as unreasonable, primarily in the context of its arguments on bad faith. However, it also submits that the interpretation is inconsistent with *Morton 2015* in that the Minister’s Interpretation of “protection and conservation of fish” is limited to the word “conservation” and omits, without justification, any analysis of the word “protection”, instead relying on the definition of “conservation” found in *Canada’s Policy for Conservation of Wild Pacific Salmon* (Vancouver (B.C.): Fisheries and Oceans Canada, 2005) (Wild Salmon Policy). Further, it effects a very high threshold of risk and harm in connection with the protection and conservation of fish. ‘Namgis submits that, ultimately, the Minister’s Interpretation turns the very function of section 56 on its head by associating a very high threshold of risk and harm with the phrase “protection and conservation of fish”. This serves to allow all transfers of fish excepting those with a very high risk and magnitude of harm to an entire conservation unit of wild fish or an

paragraphe 48). La décision *Morton 2015* présente aussi un contexte important par rapport auquel le caractère raisonnable de la Politique concernant le RVP doit être évalué. Le ministre a toutefois fait abstraction de cette décision lorsqu’il a élaboré la Politique et en a maintenu l’application et il a plutôt adopté une interprétation de l’article 56 qui entre en conflit avec cette décision ainsi qu’avec d’autres décisions concernant la « conservation des poissons » sous le régime de la *Loi sur les pêches* (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (*Marshall*); *R. v. Douglas*, 2008 BCSC 7089 (*Douglas*); *R. v. Aleck*, 2000 BCPC 177, [2001] 2 C.N.L.R. 1138 (*Aleck*), au paragraphe 35, confirmée par 2008 BCSC 1096, [2008] 4 C.N.L.R. 102). Les décisions administratives qui, sans explication satisfaisante, ne s’accordent pas avec le libellé d’une loi ou la jurisprudence ne résisteront pas à un contrôle fondé sur la norme de la norme de la décision raisonnable (*Access Copyright*, au paragraphe 98). De plus, le ministre a porté en appel la décision *Morton 2015* et s’est désisté par la suite, de sorte que le ministre doit s’acquitter du plus lourd fardeau d’expliquer pourquoi il ne faudrait pas suivre cette décision (*Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 CAF 257, [2017] 3 R.C.F. 123 (*Bri-Chem*), aux paragraphes 59 à 61).

[118] Dans le dossier T-430-18, la PNN qualifie de déraisonnable l’interprétation que fait le ministre de l’article 56, compte tenu principalement des arguments de mauvaise foi qu’elle invoque. Cependant, elle soutient aussi que cette interprétation ne cadre pas avec la décision *Morton 2015* dans la mesure où l’interprétation que fait le ministre du membre de phrase « la protection et [...] la conservation des espèces » ne s’intéresse qu’au mot « conservation » et, sans justification, ne fait aucunement appel à l’analyse du mot « protection », se fondant plutôt sur la définition de « conservation » qui apparaît dans le document intitulé *La politique du Canada pour la conservation du saumon sauvage du Pacifique* (Vancouver (C.-B.) : Pêches et Océans Canada, 2005) (la Politique concernant le saumon sauvage). De plus, elle fixe un seuil de risque et de dommages très élevé en ce qui a trait à la protection et de la conservation des poissons. La PNN soutient que, en fin de compte, l’interprétation que fait le ministre détourne l’article 56 de sa fonction en associant un seuil de risque et de dommages

entire population of a fish farm, as opposed to the lower threshold of harm determined in *Morton 2015*.

[119] Conversely, the Minister submits that his interpretation is reasonable. The Court should refrain from measuring interpretive outcomes by reference to its own exercise of statutory interpretation and from finding any inconsistency to be unreasonable (*Delios*, at paragraph 28), and that the Court must defer to any interpretation that the statutory language can reasonably bear (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 23–33). Moreover, *Morton 2015* is distinguishable. Marine Harvest and Cermaq both also submit that the Minister's Interpretation is reasonable, consistent with *Morton 2015* and entitled to deference.

[120] In my view, the starting point for this issue is the Minister's Interpretation itself.

[121] The Minister's Interpretation of section 56 of the FGRs first appears in the record in connection with the January 30, 2017, reconsideration of the PRV Policy and is then found in the background materials for all subsequent reconsiderations. It is undated and makes no reference to *Morton 2015*. Its introduction states that the three section 56 requirements are general in nature and relate to the broad purposes of the *Fisheries Act*. The interpretation itself includes:

4. Section 56(b) does not prohibit all transfers where the fish have a disease or disease agent. Rather it prohibits transfers where the fish have a disease or disease agent that may be harmful *to the protection and conservation*

très élevé au membre de phrase « la protection et [...] la conservation des espèces ». Elle permet d'autoriser tous les transferts de poissons, à l'exception de ceux qui présentent un risque très élevé de dommages d'une très grande ampleur pour une unité de conservation entière de poissons sauvages ou pour la population entière d'une ferme piscicole, par opposition au seuil de dommages inférieur qui a été établi dans la décision *Morton 2015*.

[119] À l'inverse, le ministre soutient que son interprétation est raisonnable. La Cour devrait s'abstenir d'évaluer les résultats qu'ont donné l'interprétation en s'appuyant sur son propre exercice d'interprétation législative et de conclure que toute incompatibilité est déraisonnable (*Delios*, au paragraphe 28), et elle doit s'en remettre à toute interprétation qu'autorise raisonnablement le texte de la loi (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 23 à 33). Par ailleurs, la décision *Morton 2015* est à distinguer de la présente espèce. Marine Harvest et Cermaq soutiennent toutes deux elles aussi que l'Interprétation du ministre est raisonnable, qu'elle concorde avec la décision *Morton 2015* et qu'elle commande la retenue.

[120] À mon avis, pour trancher cette question, le point de départ doit être l'Interprétation du ministre elle-même.

[121] L'Interprétation du ministre concernant l'article 56 du RPDG apparaît tout d'abord dans le dossier en lien avec le réexamen du 30 janvier 2017 de la Politique concernant le RVP et elle figure ensuite dans les documents utilisés pour effectuer tous les réexamens ultérieurs. Elle n'est pas datée et ne fait pas référence à la décision *Morton 2015*. Il est indiqué dans son introduction que les trois exigences de l'article 56 sont de nature générale et sont liées aux principaux objets de la *Loi sur les pêches*. L'Interprétation du ministre comprend ce qui suit :

[TRADUCTION]

4. L'alinéa 56b) n'interdit pas tous les transferts de poissons porteurs d'une maladie ou d'un agent pathogène. Il interdit plutôt les transferts de poissons porteurs d'une maladie ou d'un agent pathogène qui est susceptible de

of fish. This is an important qualifier. While all disease agents may be harmful to one degree or another, not all disease agents may be so harmful as to threaten the protection and conservation of fish. [Emphasis on original.]

[122] Further, it states that “protection and conservation of fish” relates to the Minister’s general duty to conserve under the *Fisheries Act*:

7. The Minister interprets “protection and conservation” as consistent with the definition of “conservation” in DFO’s *Wild Salmon Policy*:

Conservation: The protection, maintenance, and rehabilitation of genetic diversity, species, and ecosystems to sustain biodiversity and the continuance of evolutionary and natural production processes.

8. This definition was adopted in the Final Report of the Cohen Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River.

9. In this context the Minister interprets the “fish” which must be protected and conserved to be an aggregate of fish rather than an individual fish. The Minister considers the applicable aggregate of fish to be a farm for salmon aquaculture and a stock or conservation unit of wild fish.

10. The Minister’s interpretation is that s. 56(b) only prohibits transfers of fish where the genetic diversity, species, or ecosystem of a stock or conservation unit may be harmed such that they cannot sustain biodiversity and the continuance of evolutionary and natural production processes. The Minister’s interpretation is also that s. 56(b) only prohibits a transfer which may be harmful to the entire populations of Atlantic salmon at a given farm.

11. The Minister’s interpretation is that s. 56(b) does not prohibit all transfers where there is potential harm to a fish, or where potentially certain fish will die. Rather s. 56(b) prohibits transfers where the potential harm to fish reaches the level of potential harm to “the protection and conservation of” fish.

nuire à la protection et à la conservation des poissons. Il s’agit là d’une nuance importante. Tous les agents pathogènes peuvent être nuisibles à un degré ou à un autre, mais ils ne sont pas tous nuisibles au point de menacer la protection et la conservation des poissons. [En italique dans l’original.]

[122] De plus, l’Interprétation du ministre indique que le membre de phrase « à la protection et à la conservation des espèces » est lié à l’obligation générale qu’a ce dernier de prendre des mesures de conservation sous le régime de la *Loi sur les pêches* :

[TRADUCTION]

7. Le ministre est d’avis que le concept de « protection et conservation » concorde avec la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage du MPO :

Conservation : La conservation, l’entretien et le rétablissement de la diversité génétique, [des] espèces et [des] écosystèmes pour soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle.

8. Cette définition a été adoptée dans le Rapport final de la Commission d’enquête Cohen sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser.

9. Dans ce contexte, le ministre estime que le « poisson » qui doit être protégé et conservé s’entend d’un ensemble de poissons plutôt que d’un poisson particulier. Il considère que l’ensemble de poissons applicable est une ferme salmonicole et un stock ou une unité de conservation de poissons sauvages.

10. Le ministre est d’avis que l’alinéa 56b) n’interdit que les transferts de poissons susceptibles de nuire à la diversité génétique, aux espèces ou à l’écosystème d’un stock ou d’une unité de conservation, et ce, au point de ne pas pouvoir soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle. Il considère également que l’alinéa 56b) n’interdit que les transferts qui sont susceptibles de nuire aux populations entières de saumon atlantique dans une ferme particulière.

11. Selon l’interprétation du ministre, l’alinéa 56b) n’interdit pas tous les transferts susceptibles de nuire à des poissons ou de tuer potentiellement certains poissons. Il interdit plutôt les transferts qui sont susceptibles de nuire « à la protection et à la conservation » des poissons.

12. In short, the potential harm s. 56(b) is aimed at is macro in nature.

13. All of the many disease agents that exist are capable of causing disease, and therefore causing harm, given the appropriate host and environment. Outbreaks of disease cause harm at the level of the individual, and in some cases harm at the population from which that individual comes. It is a separate question as to whether that particular harm “is harm to the protection and conservation of fish”. There is a whole spectrum of harm. One disease may cause minor harm to the individual fish and clear the system in short order; another may cause a quick death. One disease may be extremely infectious and spread rapidly to other fish of the same or other species of fish; another may not.

14. There are also geographic considerations. For example, to use a hypothetical, a disease agent or pathogen that may cause harm to the protection of conservation of fish in the Indian Ocean may not be a concern for wild Pacific salmon species or farmed Atlantic salmon in the Pacific. As is set out in the definition of “disease” in the Conditions of Licence, a disease is a condition that can be caused “by a suite of infectious, non-infectious and inherent factors.” All of the necessary factors to cause a given disease may not be present in a different locale. In addition, where a disease does occur in a given locale, a wide variety of host and environmental factors which may be specific to that area influence the outcome of harm caused by the infection.

15. The broad requirement or principle set out in s 56(b) of protection and conservation of fish does not provide the Minister with specific guidance as to the circumstances in which a given transfer would be to the contrary. The Minister’s interpretation of s 56(b) is set out above. The application of that interpretation to the facts of a given transfer is a complex decision involving complex factual matters outside of s 56(b), for example the bodies of scientific knowledge in regard to fish disease and disease agents and the state of the fisheries for different species of fish.

[123] In my view, the Minister’s Interpretation of “fish”, which must be protected and conserved, as being an aggregate of fish, and his consideration of the appropriate

12. En bref, le risque de dommages que vise l’alinéa 56b) est de nature macroscopique.

13. Les nombreux agents pathogènes qui existent sont susceptibles de causer des maladies, et donc des dommages, si l’hôte et le milieu s’y prêtent. Les éclosions de maladie peuvent causer des dommages au niveau des individus et, dans certains cas, au niveau de la population à laquelle appartiennent ces individus. La question de savoir si ces dommages particuliers pourraient « nuire à la protection et à la conservation des [poissons] » est une question distincte. Il existe un large éventail de dommages. Une maladie donnée peut causer de légers dommages à des poissons individuels et se dissiper rapidement; une autre peut causer une mort rapide. Une maladie donnée peut être extrêmement infectieuse et se propager rapidement à d’autres poissons de la même espèce ou d’une autre espèce, contrairement à une autre maladie.

14. Il y a aussi des facteurs géographiques. Par exemple, pour utiliser une situation hypothétique, un agent pathogène qui peut nuire à la protection ou à la conservation des poissons dans l’océan Indien peut ne pas être un problème pour les espèces de saumons du Pacifique sauvages ou les saumons atlantiques d’élevage dans le Pacifique. Comme il est indiqué dans la définition de « maladie » figurant dans les conditions de permis, une maladie est un état qui peut être causé « par une série de facteurs infectieux, non infectieux ou inhérents ». Tous les facteurs nécessaires pour causer une maladie donnée peuvent ne pas être présents à un endroit différent. De plus, lorsqu’une maladie apparaît à un endroit donné, il existe un large éventail de facteurs hôtes et environnementaux qui peuvent être propres à l’endroit en question et influencer sur le résultat des dommages dus à l’infection.

15. La condition générale ou le principe général énoncé à l’alinéa 56b), soit la protection et la conservation des poissons, ne fournit pas au ministre d’indications précises quant aux circonstances dans lesquelles un transfert particulier aurait l’effet contraire. L’interprétation que fait le ministre de l’alinéa 56b) est énoncée ci-dessus. L’application de cette interprétation aux faits inhérents à un transfert particulier est une décision complexe qui met en cause des questions de fait complexes qui débordent le cadre de l’alinéa 56b), comme l’ensemble des connaissances scientifiques sur les maladies des poissons et les agents pathogènes connexes, ainsi que l’état des pêches de différentes espèces de poissons.

[123] À mon avis, le fait que le ministre considère les « poissons » à protéger et à conserver comme un agrégat de poissons et qu’il soit d’avis que l’agrégat

aggregate of fish to be a farm for salmon aquaculture and a stock or conservation unit of wild salmon, is not, in and of itself, unreasonable or inconsistent with *Morton 2015*. Nor is this seriously challenged by Ms. Morton or ‘Namgis.

[124] For the purposes of these applications, the only aspect of the Minister’s Interpretation that is in issue is the phrase “may be harmful to the protection and conservation of fish”. In that regard, in my view, to interpret “protection and conservation” in a manner that is consistent with the definition of conservation as found in DFO’s Wild Salmon Policy and the Cohen Commission is also, in and of itself, not unreasonable.

[125] However, and significantly, the Minister’s Interpretation appears to impose a threshold or “level” of potential harm that essentially permits any transfer of fish having a disease or a disease agent unless the transfer places genetic diversity, species or conservation units of fish at risk. This is not consistent with the Wild Salmon Policy definition of conservation, and it is unreasonable.

[126] By way of background, the Wild Salmon Policy was developed by DFO in June 2005. While it is not amongst the documents listed as comprising the record before the delegate when conducting her June 2018 reconsideration of the PRV Policy, it is referenced in the Minister’s Interpretation, which the delegate applied, and it is reasonable to infer that the Minister and delegate must have been aware of the Wild Salmon Policy, as well as the Cohen Commission, which is also referenced in the Minister’s Interpretation. The Cohen Commission is also mentioned in *Morton 2015*, following which decision DFO implemented the ITC transfer licence process, including that the delegate would consider the ITC recommendation when making her decision. In my view, knowledge of those keystone documents would comprise part of the Minister’s and the delegate’s underlying expertise.

approprié est une ferme salmonicole et un stock ou une unité de conservation de saumons sauvages n’est pas, en soi, déraisonnable ou incompatible avec la décision *Morton 2015*. Il ne s’agit pas là non plus d’un point que M^{me} Morton ou la PNN contestent sérieusement.

[124] Pour ce qui est des demandes dont il est question en l’espèce, le seul aspect de l’Interprétation du ministre qui est en litige est le passage suivant : « qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». À cet égard, selon moi, le fait d’interpréter les mots « protection et [...] conservation » d’une manière qui concorde avec la définition du mot « conservation » que l’on trouve dans la Politique concernant le saumon sauvage du MPO et le rapport de la Commission Cohen n’est pas non plus déraisonnable en soi.

[125] Toutefois, et il s’agit là d’un fait important, l’Interprétation du ministre semble imposer un seuil ou un « niveau » de dommages potentiels qui autorise essentiellement n’importe quel transfert de poissons porteurs d’une maladie ou d’un agent pathogène sauf si ce transfert présente un risque pour la diversité génétique, les espèces ou les unités de conservation. Cela ne concorde pas avec la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, et cela est déraisonnable.

[126] Pour situer le contexte, le MPO a instauré la Politique concernant le saumon sauvage en juin 2005. Bien que cette dernière ne soit pas du nombre des documents qui faisaient partie du dossier que la déléguée avait en main lorsqu’elle a procédé, en juin 2018, à un réexamen de la Politique concernant le RVP, il y est fait référence dans l’Interprétation du ministre que la déléguée a appliquée, et il est raisonnable d’inférer que le ministre et la déléguée étaient sûrement au courant de la Politique concernant le saumon sauvage, ainsi que du rapport de la Commission Cohen, lui aussi mentionné dans l’Interprétation du ministre. Le rapport de la Commission Cohen est aussi mentionné dans la décision *Morton 2015*, à la suite de laquelle le MPO a mis en œuvre le processus de permis de transfert du Comité des introductions et des transferts (CIT) qui supposait que la déléguée tienne compte de la recommandation du CIT au moment de rendre sa décision. À mon avis, la

[127] I also note these documents are evidence in the records before me. The Wild Salmon Policy is Exhibit 2 to the transcript of cross-examination of Andrew Thomson on Thomson affidavit No. 1 conducted by Ms. Morton on July 26, 2018, as are extracts of the Cohen Commission (Exhibit 1), the Auditor General's Report (Exhibit 7), and other documents. As noted above, that cross-examination was agreed by counsel for the Minister to also be utilized by 'Namgis in T-430-18 and T-744-18 and, accordingly, those exhibits, including the Wild Salmon Policy, are also found in each of those application records. The admissibility of the Wild Salmon Policy, the Cohen Commission extracts and the Auditor General's Report has not been challenged and the Minister has included portions of the Cohen Commission in its book of authorities in each application.

[128] The Wild Salmon Policy defines "species" as the "fundamental category of taxonomic classification consisting of organisms grouped by virtue of their common attributes and capable of interbreeding." The five species of wild salmon in British Columbia are Chinook, coho, sockeye, pink, and chum.

[129] A conservation unit is defined by the Wild Salmon Policy as "A group of wild salmon sufficiently isolated from other groups that, if extirpated, is very unlikely to recolonize naturally within an acceptable time frame". Extirpation is defined as local extinction of a species.

[130] Populations are groups of interbreeding salmon that are sufficiently isolated to have persistent adaptations to their local habitat. According to the Wild Salmon Policy, local adaptations and genetic differences between populations are an essential part of the diversity needed for long-term viability of Pacific salmon. A conservation

connaissance qu'avaient le ministre et la déléguée de ces documents constituait un aspect de leur expertise.

[127] Je signale également que ces documents sont des éléments de preuve dans les dossiers dont je suis saisie. La Politique concernant le saumon sauvage est la pièce 2 jointe à la transcription du contre-interrogatoire d'Andrew Thomson sur son affidavit n° 1 de M. Thomson que M^{me} Morton a mené le 26 juillet 2018, tout comme des extraits du rapport de la Commission Cohen (pièce 1), le rapport du vérificateur général (pièce 7) et d'autres documents. Comme il a été mentionné précédemment, les avocats du ministre ont accepté que ce contre-interrogatoire soit également utilisé par la PNN dans les dossiers T-430-18 et T-744-18 et, en conséquence, ces pièces, dont la Politique concernant le saumon sauvage, figurent aussi dans chacun de ces dossiers de demande. L'admissibilité de la Politique concernant le saumon sauvage, des extraits du rapport de la Commission Cohen et du rapport du vérificateur général n'a pas été contestée, et le ministre, dans chaque demande, a inclus des extraits du rapport de la Commission Cohen dans son recueil de jurisprudence et de doctrine.

[128] La Politique concernant le saumon sauvage définit le mot « espèces » en ces termes : « catégorie fondamentale de la classification taxonomique consistant en organismes regroupés selon leurs attributs communs et leur capacité de croisement ». Les cinq espèces de saumons sauvages présentes en Colombie-Britannique sont le saumon chinook, le saumon coho, le saumon rouge, le saumon rose et le saumon kéta.

[129] La Politique concernant le saumon sauvage définit une unité de conservation comme : « Un groupe de saumons sauvages suffisamment isolé des autres groupes qui, s'il disparaissait, aurait peu de chances de se recoloniser de manière naturelle dans une limite de temps acceptable. »

[130] Les populations sont des groupes de saumons qui se reproduisent entre eux et qui sont suffisamment isolés pour avoir développé des adaptations persistantes à l'habitat local. Selon la Politique concernant le saumon sauvage, les adaptations locales et les différences génétiques entre les populations forment un élément essentiel de

unit will contain one or more populations of the same species of salmon and the number and size of conservation units will vary considerably among species.

[131] Paragraph 56(b) of the FGRs states that the Minister may issue a licence if the fish do not have any disease or disease agent “that may be harmful to the protection and conservation of fish”. The Minister interprets “protection and conservation” as consistent with the definition of “conservation” found in the Wild Salmon Policy, that is, “[t]he protection, maintenance, and rehabilitation of genetic diversity, species, and ecosystems to sustain biodiversity and the continuance of evolutionary and natural production processes.”

[132] However, the Minister interprets paragraph 56(b) as *only* prohibiting transfers of “fish” where the *genetic diversity, species, or ecosystem of a stock or conservation unit* may be harmed *such that they cannot* sustain biodiversity and the continuance of evolutionary and natural production processes. The Minister clarifies this by adding that paragraph 56(b) prohibits transfers where the potential harm to fish reaches the level of potential harm to the protection and conservation of fish and points out that outbreaks of disease can cause harm at the individual level, and in some cases harm to the population from which that individual comes, but that it is a separate question whether that particular harm is harm to the protection and conservation of fish.

[133] This is consistent with the Minister’s approach to potential harm from transfers in the aquaculture setting. There the Minister interprets “fish” which must be protected and conserved to be an aggregate of fish, which is a farm for salmon aquaculture, and that transfers are only prohibited if they may be harmful to “the entire population of Atlantic salmon at a given farm”.

la diversité qui est nécessaire à la viabilité à long terme des saumons du Pacifique. Une unité de conservation contient une ou plusieurs populations de la même espèce de saumon, et le nombre et la taille de ces unités varient considérablement selon les espèces.

[131] L’alinéa 56b) du RPDG indique que le ministre peut délivrer un permis si les poissons sont exempts de maladies et d’agents pathogènes « qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Selon l’interprétation que fait le ministre, les mots « protection et [...] conservation » sont employés au sens de la définition de « conservation » que l’on trouve dans la Politique concernant le saumon sauvage, c’est-à-dire « [l]a conservation, l’entretien et le rétablissement de la diversité génétique, [des] espèces et [des] écosystèmes pour soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle ».

[132] Cependant, le ministre considère que l’alinéa 56b) interdit *uniquement* les transferts de « poissons » dans les cas où cela pourrait causer des dommages à la *diversité génétique, aux espèces* ou à l’écosystème d’un *stock ou d’une unité de conservation, de telle sorte que* ces transferts *ne peuvent pas* soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle. Le ministre précise cette interprétation en ajoutant que l’alinéa 56b) interdit les transferts qui sont susceptibles de nuire à la protection et à la conservation des poissons, et il signale que des épisodes de maladie peuvent causer des dommages au niveau des individus et, dans certains cas, au niveau de la population à laquelle ces individus appartiennent, mais que le fait de savoir si ces dommages particuliers constituent des dommages à la protection et à la conservation des poissons est une question distincte.

[133] Cela concorde avec la manière dont le ministre évalue les dommages potentiels dus aux transferts en milieu aquacole. Dans ce contexte, le ministre considère que les « poissons » qu’il faut protéger et conserver constituent un agrégat de poissons, c’est-à-dire une ferme salmonicole, et que les transferts ne sont interdits que s’ils risquent de nuire à la [TRADUCTION] « population entière de saumons atlantiques dans une ferme donnée ».

[134] Thus, the Wild Salmon Policy definition of “conservation” speaks to the protection of genetic diversity of wild salmon and species of wild salmon and their ability to sustain biodiversity and reproduce. Conversely, the Minister’s Interpretation of paragraph 56(b), based on that definition, is that it would only preclude a transfer of fish if the genetic diversity, species or ecosystem of a stock or conservation unit may be harmed “such that it cannot sustain biodiversity and the continuance of evolutionary and natural production processes.” As the Minister interprets “fish” as an aggregate of a stock or conservation unit of wild fish, this interpretation suggests a level of acceptable potential harm at the conservation unit or species level.

[135] The Minister and Cermaq submit that the Minister’s Interpretation of paragraph 56(b) includes that the potential harm aimed at is macro in nature. This means that it prohibits a transfer where the potential harm to fish reaches the level of potential harm to the protection and conservation of fish. They submit that this view is supported by the French version of paragraph 56(b). While the English version reads “protection and conservation of fish”, the French version reads “*la protection et à la conservation des espèces*”. The English translation of “*espèces*” being species. While I appreciate that the point the Minister and Cermaq are making is that the Minister’s Interpretation of section 56 includes requirements that are general in nature and relate to the broad purpose of the *Fisheries Act*, I am not persuaded that the difference in the French and English versions assists them. This is because the Minister specifically interpreted “fish”, in the context of section 56 in the Interpretation, as the aggregates described above. And, if anything, the French version supports the suggestion that the Minister’s Interpretation of paragraph 56(b) is such that any transfer of fish is permissible so long as it does not cause harm at the species level — which exceeds even a conservation unit level risk.

[134] C’est donc dire que la définition du mot « conservation » que l’on trouve dans la Politique concernant le saumon sauvage a trait à la protection de la diversité génétique des saumons sauvages et des espèces de saumons sauvages ainsi qu’à leur capacité de soutenir la biodiversité et de se reproduire. Réciproquement, l’interprétation que fait le ministre de l’alinéa 56b), à partir de cette définition, est que cette disposition n’interdirait un transfert de poissons que s’il risquait de causer des dommages à la diversité génétique, aux espèces ou à l’écosystème d’un stock ou d’une unité de conservation, [TRADUCTION] « de telle sorte que ce transfert ne pourrait pas soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle ». Comme le ministre considère les « poissons » comme un agrégat d’un stock ou d’une unité de conservation de poissons sauvages, cette interprétation dénote un degré de dommages potentiels acceptables au niveau des unités de conservation ou des espèces.

[135] Le ministre et Cermaq avancent que l’Interprétation du ministre relative à l’alinéa 56b) suppose que les dommages potentiels visés sont de nature macroscopique. Cela signifie que cette disposition interdit les transferts qui sont susceptibles de nuire à la protection et à la conservation des poissons. Ils soutiennent que ce point de vue est corroboré par la version française de l’alinéa 56b). La version anglaise fait mention de « *protection and conservation of fish* », alors que la version française fait mention de « la protection et [...] la conservation des espèces ». Or, l’équivalent anglais du mot « espèces » est « *species* ». Je suis consciente du fait que le ministre et Cermaq cherchent à faire valoir que, selon l’interprétation qu’en fait le ministre, les exigences qu’impose l’article 56 sont de nature générale et liées à l’objet général de la *Loi sur les pêches*. Toutefois, je ne suis pas convaincue que la différence entre les versions française et anglaise les aide étant donné que selon l’Interprétation du ministre « *fish* » s’entend, dans le contexte de l’article 56, des agrégats décrits précédemment. Et, si la version française étaye une thèse, c’est plutôt celle selon laquelle, suivant l’Interprétation du ministre relative à l’alinéa 56b), n’importe quel transfert de poissons est acceptable dans la mesure où il ne cause pas de dommages au niveau des espèces – ce qui constitue un seuil ou un niveau de risque encore plus élevé que le seuil de risque associé aux unités de conservation.

[136] As to the submissions by Ms. Morton and ‘Namgis that the Minister’s Interpretation is inconsistent with *Morton 2015*, I would first note that in that decision Justice Rennie found that section 56 established specific constraints on the Minister’s discretion in respect of transfer conditions forming part of an aquaculture licence. Specifically, the Minister can only issue a transfer licence if the three pre-conditions set out in paragraphs 56(a), (b) and (c) are met. Justice Rennie was concerned with whether the licence conditions in that case were consistent with section 56 and found that two of the conditions at issue maintained a lower standard than required by the regulatory scheme and, therefore, were inconsistent with paragraph 56(b). In that context, he interpreted section 56 and held that the Minister’s legal duty under section 56 extends to any disease or disease agent that “may be harmful to the protection and conservation of fish.” He found that interpreting paragraph 56(b) in that manner was consistent with a purposive and contextual approach, as it supported conservation of the resource, the Minister’s primary obligation under the *Fisheries Act* (citing *Marshall*, at paragraph 40). Justice Rennie found that this interpretation was also consistent with the precautionary approach and stated as follows [at paragraph 57]:

Again, a purposive, contextual and plain meaning analysis of the language “that *may* be harmful” suggests this phrase means any disease or disease agent that *might be harmful* to the protection and conservation of fish. This interpretive approach is again consistent with the precautionary principle, the essence of which is that where a risk of serious or irreversible harm exists, a lack of scientific certainty should not be used as a reason for postponing or failing to take reasonable and cost-effective conservation and management measures to address that risk (*Cohen Commission* vol 3 at 20).

[137] Justice Rennie also stated [at paragraph 97] that:

In my view, subsection 56(b) of the *FGRs*, properly construed, embodies the precautionary principle. First, subsection 56(b) prohibits the Minister from issuing a

[136] Quant aux arguments qu’ont invoqués M^{me} Morton et la PNN, à savoir que l’Interprétation du ministre est incompatible avec la décision *Morton 2015*, je signalerais tout d’abord que, dans cette décision, le juge Rennie a conclu que l’article 56 fixait des limites précises au pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministre quant aux conditions de transfert dont sont assortis les permis d’aquaculture. Plus précisément, le ministre ne peut délivrer un permis de transfert que s’il est satisfait aux trois conditions préalables qui sont énoncées aux alinéas 56a), b) et c). Le juge Rennie avait à décider si, dans cette affaire, les conditions de permis étaient compatibles avec l’article 56 et il a conclu que deux des conditions en litige établissaient une norme moins stricte que celle prescrite par le régime réglementaire et qu’elles étaient donc incompatibles avec l’alinéa 56b). Dans ce contexte, il a interprété l’article 56 et a conclu que l’obligation légale que cette disposition impose au ministre vise toute maladie ou tout agent pathogène « qui est susceptible de nuire à la protection et à la conservation du poisson ». Il a conclu que cette interprétation de l’alinéa 56b) cadrerait avec une approche téléologique et contextuelle, car elle favorisait la conservation de la ressource, qui est l’obligation première du ministre sous le régime de la *Loi sur les pêches* (citant l’arrêt *Marshall*, au paragraphe 40). Le juge Rennie a conclu que cette interprétation cadrerait également avec le principe de précaution et il a indiqué ce qui suit [au paragraphe 57] :

Encore une fois, une analyse téléologique, contextuelle et selon le sens ordinaire des mots « qui *pourraient* nuire » porte à croire que ce membre de phrase vise toute maladie ou tout agent pathogène qui *est susceptible de nuire* à la protection et à la conservation du poisson. Cette approche interprétative s’accorde encore une fois avec le principe de précaution, qui veut essentiellement que, lorsqu’il existe un risque de préjudice grave et irréversible, l’absence de certitude scientifique ne serve pas de prétexte pour ajourner ou omettre la prise de mesures de conservation et de gestion raisonnables et rentables pour composer avec ce risque (*Commission Cohen*, volume 3, à la page 20).

[137] Et, plus loin [au paragraphe 97] :

À mon avis, l’alinéa 56b) du RPDG, interprété correctement, donne corps au principe de précaution. Premièrement, l’alinéa 56b) interdit au ministre de délivrer

transfer licence if disease or disease agents are present that “may be harmful to the protection and conservation of fish.” The phrase “may be harmful” does not require scientific certainty, and indeed does not require that harm even be the likely consequence of the transfer. Similarly, the scope of “any disease or disease agent” in subsection 56(b) should not be interpreted as requiring a unanimous scientific consensus that a disease agent (e.g., PRV) is the cause of the disease (e.g., HSMI).

[138] In *Morton 2015*, Justice Rennie did not interpret paragraph 56(b) so as to define the phrase “protection and conservation” of fish, other than finding that the word “protection” does not stand for “management” but means “preservation”. Nor did he determine the specific level of harm that is permissible under that provision, other than in the context of the precautionary approach, which I have addressed below.

[139] However, he did state as follows [at paragraph 69]:

In my view, condition 3.1(b)(iii) is consistent with section 56(b). Condition 3.1(b)(iii) precludes transfer where stock is known to have had any diseases listed in Appendix IV – that is, where fish are known to have had any diseases that can “severely impact fisheries.” This is a reasonable articulation of the section 56(b) requirement that a fish transfer occur only where the fish do not have any disease or disease agent that *may be harmful* to the protection and conservation of fish. [Emphasis original.]

[140] Thus, transfer of fish known to have diseases that can severely impact fisheries is inconsistent with the paragraph 56(b) prohibition of transfers of fish having disease or disease agents that may be harmful to the protection and conservation of fish. In my view, a transfer of fish that may potentially cause harm up to the conservation unit or species level is a severe potential impact. Moreover, it represents a risk of serious or irreversible harm that, as will be discussed further below, is contrary to the precautionary approach.

un permis de transfert si une maladie ou des agents pathogènes sont présents qui « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Le membre de phrase « pourraient nuire » n'exige pas une certitude scientifique, et d'ailleurs, il n'exige même pas que le transfert puisse vraisemblablement être nuisible. Dans le même ordre d'idées, le membre de phrase « de maladies et d'agents pathogènes » à l'alinéa 56b) ne devrait pas être interprété comme exigeant un consensus scientifique unanime selon lequel un agent pathogène (p. ex. le RVP) est la cause de la maladie (p. ex. l'IMSC).

[138] Dans la décision *Morton 2015*, le juge Rennie, dans son interprétation de l'alinéa 56b), n'a pas cherché à définir les mots « protection et [...] conservation » des poissons, sinon pour conclure que le mot « protection » n'est pas synonyme de « gestion », mais signifie plutôt « préservation ». Il n'a pas non plus déterminé le niveau précis de dommages qui était acceptable selon cette disposition, autrement que dans le contexte du principe de précaution, dont je traite ci-après.

[139] Cependant, il a précisé ce qui suit [au paragraphe 69] :

À mon avis, la condition 3.1(b)(iii) est compatible avec l'alinéa 56b). La condition 3.1(b)(iii) empêche les transferts lorsque l'on sait qu'un stock a eu l'une quelconque des maladies énumérées à l'annexe IV – c'est-à-dire, lorsque l'on sait que les poissons ont eu une maladie qui peut [TRADUCTION] « avoir un impact *important* sur les pêches ». Il s'agit d'une expression raisonnable de l'exigence de l'alinéa 56b) selon laquelle un transfert de poissons peut avoir lieu seulement lorsque les poissons sont exempts de maladies et d'agents pathogènes qui *pourraient nuire* à la protection et à la conservation des espèces. [En italique dans l'original.]

[140] C'est donc dire que le transfert de poissons que l'on sait être porteurs d'une maladie susceptible de nuire gravement aux pêches est incompatible avec l'alinéa 56b), lequel interdit les transferts de poissons porteurs de maladies et d'agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des poissons. À mon avis, un transfert de poissons qui est susceptible de causer des dommages à une unité de conservation ou à une espèce est un transfert ayant un grave impact potentiel. De plus, il risque de causer des dommages graves ou irréversibles, ce qui, comme nous le verrons plus loin, est contraire au principe de précaution.

[141] It should also be noted that the Minister's Interpretation speaks only to paragraph 56(b). However, also relevant to the Minister's definition of conservation is paragraph 56(c). That section permits the issuance of a transfer licence if the release or transfer of the fish will not have an adverse effect on the stock size of fish or the genetic characteristics of fish or fish stocks. The high level of potential harm that the Minister imports by his interpretation of paragraph 56(b) could also adversely affect stock size or, by diminished numbers, the genetic characteristics of fish or fish stocks. Nor is it clear to me that this level of potential harm would be in keeping with the proper management and control of fisheries as required by paragraph 56(a).

[142] In my view, and contrary to the submissions of Ms. Morton and 'Namgis, the failure of the Minister's Interpretation to specifically mention *Morton 2015* is not fatal. Further, neither the Minister's Interpretation of "fish", nor the utilization by the Minister of the Wild Salmon Policy definition of conservation in his interpretation of paragraph 56(b), conflicts with Justice Rennie's decision. However, as Ms. Morton notes, in *Aleck*, at paragraph 35, the Court held that conservation means more than the protection of stocks from extinction. And, in *Douglas*, at paragraphs 29 and 61, it was held that conservation is more than preservation of a stock and includes enhancement of that stock for the future benefit of all user groups as an essential component in the management of the resource. It includes the concepts of preservation and sustainability. While I do not agree with Ms. Morton's suggestion that the Minister's Interpretation conflicts with these decisions or that it was an error for the Minister not to have addressed them, what these cases do highlight is that, because the Minister's Interpretation suggests that a high level of potential harm is required to preclude a transfer of fish, this may also conflict with the obligation to protect fish, which term is not addressed by the Minister's Interpretation. It is unclear whether the Minister believes the word "protection" sets a higher or lower threshold than "conservation" or whether he is of the view that "protection" is subsumed within the definition of

[141] Il convient également de signaler que l'Interprétation du ministre ne porte que sur l'alinéa 56b). Toutefois, l'alinéa 56c) est lui aussi pertinent pour ce qui est de la manière dont le ministre définit le mot « conservation ». Cette disposition permet de délivrer un permis de transfert lorsque la libération ou le transfert des poissons n'aura pas d'effet néfaste sur la taille du stock de poissons ou sur les caractéristiques génétiques du poisson ou des stocks de poissons. Le degré élevé des dommages potentiels qu'implique l'interprétation que fait le ministre de l'alinéa 56b) pourrait également avoir un effet néfaste sur la taille du stock ou, par la diminution du nombre de poissons, sur les caractéristiques génétiques des poissons ou des stocks de poissons. Il n'est pas clair non plus à mes yeux que de tels dommages potentiels soient compatibles avec la gestion et la surveillance judiciaires des pêches, comme le veut l'alinéa 56a).

[142] À mon avis, et contrairement aux observations de M^{me} Morton et de la PNN, le fait que l'Interprétation du ministre omette de mentionner expressément la décision *Morton 2015* n'est pas fatal. De plus, ni l'interprétation que fait le ministre du mot « poisson », ni l'utilisation qu'il fait de la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage dans son interprétation de l'alinéa 56b), n'entrent en conflit avec la décision du juge Rennie. Cependant, comme le signale M^{me} Morton, dans l'arrêt *Aleck*, au paragraphe 35, la Cour a conclu que la conservation signifie davantage que la protection des stocks contre leur extinction. Et, dans la décision *Douglas*, aux paragraphes 29 et 61, il a été décrété que la conservation désigne plus que la préservation d'un stock et qu'elle inclut la mise en valeur de ce stock pour le bénéfice futur de tous les groupes d'utilisateurs, en tant qu'élément essentiel de la gestion de la ressource. Le mot conservation englobe les concepts de préservation et de durabilité. Bien que je ne souscrive pas à la thèse de M^{me} Morton selon laquelle l'Interprétation du ministre entre en conflit avec ces décisions ou que le ministre a commis une erreur du fait qu'il ne les a pas examinées, il reste que ce qu'elles font ressortir c'est que, parce qu'elle donne à penser que les dommages potentiels doivent être importants pour interdire un transfert de poissons, l'Interprétation du ministre peut aussi entrer en conflit avec l'obligation de « protéger » les poissons, un terme dont elle ne traite pas.

“conservation”. However, given my findings below concerning the precautionary principle and the health of wild salmon, I need not further address this point.

[143] Nor do I agree with Ms. Morton’s and ‘Namgis’ submissions that it was particularly unreasonable for the Minister to fail to grapple with *Morton 2015* as the Minister initially brought, and then abandoned, an appeal in that matter. Ms. Morton submits that rather than fighting *Morton 2015* in Court, the Minister appears to have simply developed the PRV Policy to resist it at the administrative level. This is unreasonable and places a greater burden on the Minister to explain why *Morton 2015* should not be followed (*Bri-Chem*, at paragraphs 59–61). Conversely, the Minister submits that there is no issue with compliance with *Morton 2015* because counsel for Ms. Morton agreed that the Minister complied with the Court’s order in *Morton 2015*.

[144] In my view, the issue of the appeal is largely answered by the affidavit of Rio Mujagic, legal assistant with the Department of Justice, sworn on January 26, 2018, and filed in T-1710-16, which attaches, as Exhibit A, a December 7, 2016, letter from counsel for the Minister to counsel for Ms. Morton concerning the appeal and Ms. Morton’s new application in T-1710-16. In a responding letter dated December 12, 2016, Exhibit B, counsel for Ms. Morton notes, amongst other things, that the mere fact that PRV is involved in both of Ms. Morton’s applications does not make them the same. *Morton 2015* challenged the *vires* of conditions of aquaculture licences, while T-1710-16 challenges the Minister’s refusal to properly apply section 56 of the FGRs in making transfer decisions. Further, Justice Rennie’s order appears to have been implemented by DFO when it removed the illegal licence conditions. The correspondence states that Ms. Morton still considers the appeal moot and the new application does

On ne sait pas avec certitude si le ministre estime que le mot « protection » fixe un seuil supérieur ou inférieur à celui que fixe le mot « conservation » ou s’il est d’avis que la « protection » est englobée dans la définition de la « conservation ». Toutefois, compte tenu des conclusions que je tire ci-après au sujet du principe de précaution et de la santé des saumons sauvages, il n’est pas nécessaire que je traite davantage de ce point.

[143] Je ne souscris pas non plus aux arguments de M^{me} Morton et de la PNN selon lesquels il était particulièrement déraisonnable que le ministre ne s’attaque pas à la décision *Morton 2015*, celui-ci ayant déposé, puis abandonné, un appel dans cette affaire. M^{me} Morton soutient que le ministre, au lieu de contester la décision *Morton 2015* en Cour, semble simplement avoir conçu la Politique concernant le RVP en vue d’y résister au niveau administratif. Selon elle, cela est déraisonnable et cela impose au ministre le plus lourd fardeau d’expliquer pourquoi la décision *Morton 2015* ne devrait pas être suivie (*Bri-Chem*, aux paragraphes 59 à 61). À l’inverse, le ministre soutient que la question de savoir si la décision *Morton 2015* a été respectée ne se pose pas étant donné que les avocats de M^{me} Morton ont convenu que le ministre s’était conformé à l’ordonnance rendue par la Cour dans cette décision.

[144] À mon avis, l’affidavit de Rio Mujagic, adjoint juridique au ministère de la Justice, souscrit le 26 janvier 2018 et déposé dans le dossier T-1710-16, et auquel est jointe, comme pièce A, une lettre datée du 7 décembre 2016 des avocats du ministre aux avocats de M^{me} Morton au sujet de l’appel et de la nouvelle demande de M^{me} Morton dans le dossier T-1710-16, répond dans une large mesure à la question de l’appel. Dans une lettre de réponse datée du 12 décembre 2016, la pièce B, les avocats de M^{me} Morton signalent, notamment, que le simple fait que le RVP soit en cause dans les deux demandes de leur cliente ne veut pas dire qu’elles sont au même effet. L’affaire *Morton 2015* portait sur la légalité de conditions dont les permis d’aquaculture étaient assortis, tandis que le dossier T-1710-16 porte sur le refus du ministre d’appliquer correctement l’article 56 du RPDG au moment de prendre des décisions en matière de transfert. De plus, l’ordonnance du juge Rennie semble avoir été appliquée par le MPO, quand celui-ci a

not change her position. Justice Rennie’s order quashed conditions in aquaculture licences that are no longer in aquaculture licences—hence the appeals are moot (the December 7 and 12, 2016 correspondence is also found as Exhibits AA and BB, respectively, of Thomson affidavit No. 2, which affidavit also addresses the appeal.

[145] This correspondence provides an explanation of why the appeal was likely abandoned and, in any event, the evidence before me does not support that the Minister is attempting to fight the *Morton 2015* decision by resisting it at the administrative level. Further, given DFO’s confirmation to Ms. Morton that it does not intend to go back to the process whereby transfer conditions formed part of the aquaculture licence conditions, and Ms. Morton’s confirmation that she considers the appeal to be moot, it is not open to Ms. Morton to now claim, on the basis of the withdrawn appeal, that it is unreasonable for the Minister not to address *Morton 2015* in his interpretation.

[146] In summary, the Minister’s Interpretation, while purporting to adopt the Wild Salmon Policy definition of conservation, in effect, defeats the actual purpose of, and conflicts with, that definition by incorporating a level or magnitude of potential harm at the species or conservation unit level before paragraph 56(b) will be triggered to preclude a transfer.

[147] Given the foregoing, and considering the purpose of paragraph 56(b), as well as the definition of conservation adopted by the Minister, and the Minister’s primary obligation under the *Fisheries Act* to conserve the resource (*Morton 2015*, at paragraph 56), I am not persuaded that section 56 of the FGRs can justifiably bear the Minister’s Interpretation of the phrase “may be harmful to the protection and conservation of fish”.

supprimé les conditions illégales du permis. Les lettres indiquent que M^{me} Morton continue d’estimer que l’appel est devenu théorique, et la nouvelle demande ne change en rien sa position. L’ordonnance du juge Rennie a annulé des conditions de permis d’aquaculture qui n’existent plus — par voie de conséquence, les appels sont théoriques (les lettres du 7 et du 12 décembre 2016 figurent également comme pièces AA et BB, respectivement, jointes à l’affidavit n° 2 de M. Thomson, qui porte lui aussi sur l’appel).

[145] Ces lettres expliquent pourquoi vraisemblablement l’appel a été abandonné et, en tout état de cause, la preuve qui m’est soumise ne confirme pas que le ministre tente de contester la décision *Morton 2015* en y résistant au niveau administratif. De plus, étant donné que le MPO a confirmé à M^{me} Morton qu’il n’entend pas revenir au processus dans le cadre duquel des conditions de transfert faisaient partie des conditions des permis d’aquaculture, et que M^{me} Morton a confirmé que l’appel est à son avis théorique, il n’est pas loisible à cette dernière de soutenir maintenant, en raison de l’appel retiré, qu’il est déraisonnable de la part du ministre de ne pas traiter de la décision *Morton 2015* dans son interprétation.

[146] En résumé, bien qu’elle soit censée avoir pour effet d’adopter la définition du mot « conservation » qui figure dans la Politique concernant le saumon sauvage, l’Interprétation du ministre n’est pas compatible avec cette définition dont elle contrecarre l’objet en exigeant qu’une espèce ou une unité de conservation soit exposée à des dommages potentiels importants avant que l’on déclenche l’application de l’alinéa 56b) pour interdire un transfert.

[147] En raison de ce qui précède, et compte tenu de l’objet de l’alinéa 56b) et de la définition du mot « conservation » que le ministre a adoptée, de même que de l’obligation principale qu’a le ministre, sous le régime de la *Loi sur les pêches*, de conserver la ressource (*Morton 2015*, au paragraphe 56), je ne suis pas convaincue que l’article 56 du RPDG peut étayer de manière justifiable l’interprétation que fait le ministre du membre de phrase « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ».

[148] Moreover, this is tied to the issues of the application of the precautionary principle and the failure to consider wild salmon health, which are discussed below.

(iv) *Did the Minister derogate from the precautionary principle?*

[149] Ms. Morton points out that in *Morton 2015*, Justice Rennie found that paragraph 56(b) of the FGRs embodies the precautionary principle and that the consequence of interpreting paragraph 56(b) consistently with that principle is that the licence conditions must also reflect and not derogate from it. Ms. Morton submits that this must also hold true for the PRV Policy, which operationalizes section 56, and that Canada and the Minister have committed to upholding that principle including by way of the Wild Salmon Policy.

[150] She also submits that the Minister's Interpretation of section 56, which sets the PRV Policy level of harm at the potential loss of an entire population of wild salmon is, *prima facie*, not precautionary. Further, that the PRV Policy fails to embody the precautionary principle because it effectively requires the Minister's delegates to ignore PRV and the harm it might cause (by not testing or gathering information) when making a transfer licence decision, and perpetuates a state of willful blindness on the part of the Minister with respect to the extent of PRV infection in hatcheries and fish farms. In doing so, the PRV Policy fetters the Minister's delegate's discretion by preventing him from responding to the differential risk that PRV may present to healthy, as opposed to endangered, conservation units of wild salmon. This lack of discretion risks harm to at least some conservation units of wild salmon, particularly those at imminent risk of extinction.

[148] De plus, ce point de vue est lié aux questions relatives à l'application du principe de précaution ainsi qu'au défaut de prendre en compte la santé des saumons sauvages, dont il est question ci-après.

(iv) *Le ministre a-t-il dérogé au principe de précaution?*

[149] M^{me} Morton fait remarquer que, dans la décision *Morton 2015*, le juge Rennie a conclu que l'alinéa 56b) du RPDG intègre le principe de précaution et que le fait d'interpréter cet alinéa d'une manière conforme à ce principe a pour conséquence que les conditions du permis doivent elles aussi refléter ce principe et ne pas y déroger. Elle soutient que cela vaut tout autant pour la Politique concernant le RVP, qui met en application l'article 56, et que le Canada et le ministre se sont engagés à faire respecter ce principe, notamment par la voie de la Politique concernant le saumon sauvage.

[150] M^{me} Morton soutient par ailleurs que l'interprétation du ministre relative à l'article 56, suivant laquelle la Politique concernant le RVP exige la perte potentielle d'une population entière de saumons sauvages, n'est pas, à première vue, une mesure de précaution. De plus, force est de constater que la Politique concernant le RVP n'intègre pas le principe de précaution étant donné que, de fait, elle exige que les délégués du ministre fassent abstraction du RVP et des dommages que ce virus pourrait occasionner (à cause de l'absence de tests de dépistage ou de collecte d'informations) au moment de prendre une décision au sujet d'un permis de transfert, et qu'elle perpétue l'état d'aveuglement volontaire du ministre quant à l'étendue de l'infection par le RVP dans les écloseries et les fermes piscicoles. Ce faisant, la Politique concernant le RVP entrave le pouvoir discrétionnaire de la déléguée du ministre en l'empêchant de répondre au risque différentiel que peut poser le RVP pour les unités de conservation de saumons sauvages qui sont saines, par opposition à celles qui sont menacées. Cette absence de pouvoir discrétionnaire risque de causer des dommages à au moins quelques unités de conservation de saumons sauvages, notamment celles qui présentent un risque imminent de disparition.

[151] Additionally, Ms. Morton submits that the Minister unreasonably relies on a lack of full scientific certainty to justify the adoption and continuation of the PRV Policy. This is because under paragraph 56(b) the Minister may only issue a transfer licence if “the fish do not have any disease or disease agent that may be harmful to the protection and conservation of fish.” Justice Rennie concluded that the phrase “may be harmful” does not require scientific certainty for section 56 to preclude a transfer. Despite Justice Rennie’s findings, DFO has made statements that demonstrate its continued reliance on scientific uncertainty to justify its Policy, even though scientific literature subsequent to *Morton 2015* provides an even stronger argument that PRV and HSMI cause harm to fish. This is also a badge of unreasonableness.

[152] In T-430-18, ‘Namgis submits that the purpose authorized by section 56 is the protection and conservation of fish in accordance with the precautionary principle and that *Morton 2015*, in applying that principle, found the potential for harm to be at a much lower magnitude and probability. Further, by failing to assess conservation units of wild salmon, the Minister failed to adhere to even his own interpretation of section 56 or to the Government of Canada’s *A Framework for the Application of Precaution in Science-Based Decision Making about Risk* as identified by Mr. Thomson as guidance for DFO’s assessment of risk.

[153] The Minister, in T-1710-16 and T-430-18, submits that DFO fisheries management is informed by the precautionary approach to conservation including its Decision Framework (*A Framework for the Application of Precaution in Science-Based Decision Making about Risk*). Further, as regards to the PRV Policy, the precautionary principle serves as a guiding principle, and a decision maker need only account for considering it, not prove that it was adhered to (*Lake Waseosa Ratepayers’ Association v. Pieper*, 2008 CanLII 6999 (Ont. Div. Ct) (*Lake Waseosa*); *Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources)*, 2011 ONSC

[151] De plus, M^{me} Morton soutient que le ministre se fonde de manière déraisonnable sur le manque de certitude scientifique pour justifier l’adoption et le maintien de la Politique concernant le RVP. À l’appui de cet argument, elle invoque le fait qu’aux termes de l’alinéa 56b) le ministre ne peut délivrer un permis de transfert que si « les poissons sont exempts de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Le juge Rennie a conclu que les mots « pourraient nuire » n’exigent pas de certitude scientifique pour que l’article 56 empêche un transfert. Malgré les conclusions du juge Rennie, le MPO a fait des déclarations qui montrent qu’il continue de s’appuyer sur l’incertitude scientifique pour justifier sa politique, et ce, même si la littérature scientifique postérieure à la décision *Morton 2015* renforce la thèse que le RVP et l’IMSC nuisent aux poissons. Cela témoigne aussi du caractère déraisonnable.

[152] Dans le dossier T-430-18, la PNN soutient que l’objet de l’article 56 est la protection et la conservation des poissons d’une manière conforme au principe de précaution et que la décision *Morton 2015*, en appliquant ce principe, a conclu que, pour ce qui est de son ampleur et de la probabilité qu’il se concrétise, le risque de dommages requis était nettement moindre. De plus, en n’évaluant pas les unités de conservation de saumons sauvages, le ministre ne s’est même pas conformé à sa propre interprétation de l’article 56 ou au *Cadre d’application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque* du gouvernement du Canada, qui selon M. Thomson fournit des éléments d’orientation au MPO pour apprécier les risques.

[153] Dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18, le ministre soutient que le processus de gestion des pêches du MPO est guidé par une perspective de la conservation qui reflète le principe de précaution et, notamment, par son Cadre de décision (*Cadre d’application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque*). De plus, pour ce qui est de la Politique concernant le RVP, le principe de précaution sert de principe directeur, et le décideur n’a qu’à indiquer qu’il en a tenu compte, et non pas à prouver qu’il l’a respecté (*Lake Waseosa Ratepayers’ Association v. Pieper*, 2008 CanLII 6999 (C. div. Ont.) (*Lake Waseosa*);

4655, 344 D.L.R. (4th) 148 (Div. Ct) (*Sierra Club*), at paragraphs 53, 59 and 60). Its application is also subject to considerable deference (*Western Canada Wilderness Committee v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403, 1 Admin. L.R. (4th) 167). The decision to continue the PRV Policy of not testing, incorporates and is also consistent with the precautionary principle. The PRV Policy provides science-based guidance to the decision maker about how to consider PRV and HSMI when deciding whether to authorize transfers of fish under section 56, and DFO updates the PRV Policy when new information is received. DFO's attention to novel science from a variety of sources reflects its attentiveness to the precautionary approach. Here the decision maker relied on her expertise and DFO's science-driven policy and, in this way, considered and accounted for the precautionary principle when making a fact based judgment call.

[154] Marine Harvest takes the position that Justice Rennie did not expressly state that section 56 requires the application of the precautionary principle. An interpretation of that section requiring the application of the principle could lead to extreme results, and clear and unambiguous language would be required to support that interpretation. Nor does the PRV Policy violate the principle as the decision record contains no evidence that the transfer of fish with BC-PRV will cause serious or irreversible harm to fish.

[155] Cermaq takes the position that the Minister's Interpretation of harm with respect to section 56 is consistent with the precautionary principle as the focus of the principle is on serious or irreversible damage and that Justice Rennie's discussion of the principle is *obiter*. Further, DFO's approach to the PRV Policy in its regular review and assessment of developing science regarding PRV and HSMI takes an "adaptive management" approach which has developed in conjunction

Sierra Club Canada v. Ontario (Ministry of Natural Resources), 2011 ONSC 4655, 344 D.L.R. (4th) 148 (C. Div.) (*Sierra Club*), aux paragraphes 53, 59 et 60). De plus, il faut faire preuve d'une grande retenue en ce qui concerne son application (*Western Canada Wilderness Committee v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403, 1 Admin. L.R. (4th) 167). La décision de poursuivre l'application de la Politique concernant le RVP, soit le fait de ne pas procéder à des tests de dépistage, intègre le principe de précaution et y est également conforme. La Politique concernant le RVP donne aux décideurs des indications scientifiques sur la manière de prendre en considération le RVP et l'IMSC au moment de décider s'il y a lieu d'autoriser des transferts de poissons en vertu de l'article 56, et le MPO met à jour cette politique lorsqu'il reçoit de nouvelles informations. L'attention que prête le MPO aux nouvelles informations scientifiques qui émanent de sources diverses montre qu'il est attentif à l'application du principe de précaution. En l'espèce, la décideuse s'est fondée sur son expertise et sur la politique scientifique du MPO et, de cette façon, elle a considéré et pris en compte le principe de précaution au moment de prendre une décision fondée sur les faits.

[154] Marine Harvest fait valoir que le juge Rennie n'a pas indiqué expressément que l'article 56 oblige à appliquer le principe de précaution. Le fait de considérer que cette disposition impose l'application de ce principe pourrait mener à des résultats extrêmes, et il faudrait, pour étayer cette interprétation, que le libellé soit clair et non ambigu. La Politique concernant le RVP ne contrevient pas non plus au principe de précaution, car le dossier de décision ne renferme aucune preuve que le transfert de poissons porteurs du RVP de la C.-B. causera des dommages graves ou irréversibles aux poissons.

[155] Cermaq est d'avis que l'interprétation que fait le ministre des dommages requis dans le contexte de l'article 56, concorde avec le principe de précaution parce que ce dernier est axé sur les dommages graves ou irréversibles et que l'analyse qu'en fait le juge Rennie a valeur de remarque incidente. De plus, la manière dont le MPO applique la Politique concernant le RVP dans le cadre de ses activités périodiques d'examen et d'évaluation des nouvelles données scientifiques concernant

with the precautionary principle (*Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74, at paragraph 32), and the delegate states in her decision that DFO will continue to actively monitor this area, and as new information becomes available, consider whether changes will be required. Further, section 56 itself is reflective of the precautionary principle as it prohibits a transfer where a threat exists to the protection and conservation of fish, the principle does not provide additional substantive rights to limit the Minister's discretion. In any event, the Minister considered the risk of PRV and determined that it was not a risk to the protection and conservation of fish, therefore, the precautionary principle is not engaged and whether scientific certainty on that issue exists is irrelevant.

(a) Analysis

[156] In my view, Cermaq's position, that Justice Rennie's findings concerning section 56 and the precautionary principle are *obiter*, is of no merit. Justice Rennie devoted an entire section of his decision to considering the meaning of the precautionary principle. In that regard he referenced *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241 (*Spraytech*) and *Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment)*, 2013 SCC 52, [2013] 3 S.C.R. 323, at paragraph 20, in which the Supreme Court referred to the principle as an emerging principle of international law, which informed the scope and application of the legislative provision in question. Justice Rennie stated as follows [at paragraph 43]:

The precautionary principal recognizes, that as a matter of sound public policy the lack of complete scientific certainty should not be used as a basis for avoiding or postponing measures to protect the environment, as there are inherent limits in being able to predict environmental harm. Moving from the realm public policy to the law, the precautionary principle is at a minimum, an established aspect of statutory interpretation, and arguably, has

le RVP et l'IMSC suivant une approche de « gestion adaptative » qui a été établie en tenant compte du principe de précaution (*Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, au paragraphe 32), et, dans sa décision, la déléguée indique que le MPO continuera d'assurer une surveillance étroite, et qu'elle déterminera, à mesure que de nouvelles informations deviendront disponibles, si des changements s'imposent. De plus, l'article 56 lui-même reflète le principe de précaution, car il interdit de procéder à un transfert s'il existe une menace pour la protection et la conservation des poissons; il ne confère pas d'autres droits substantiels de nature à restreindre le pouvoir discrétionnaire du ministre. Quoi qu'il en soit, ce dernier a apprécié les risques posés par le RVP et a conclu qu'il ne menaçait pas la protection et la conservation des poissons; le principe de précaution n'est donc pas en cause et il importe peu de savoir s'il existe une certitude scientifique à l'égard de cette question.

a) Analyse

[156] Selon moi, la thèse de Cermaq, à savoir que les conclusions du juge Rennie sur l'article 56 et le principe de précaution étaient des opinions incidentes, est dénuée de tout fondement. Le juge Rennie a consacré une section entière de sa décision au sens du principe de précaution. À cet égard, il a fait référence à l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241 (*Spraytech*), ainsi qu'à l'arrêt *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52, [2013] 3 R.C.S. 323, au paragraphe 20, dans lequel la Cour suprême a dit de ce principe qu'il est un principe émergent en droit international, qui éclairait la portée et l'application de la disposition législative en cause dans cet arrêt. Le juge Rennie a écrit ce qui suit [au paragraphe 43] :

Le principe de précaution reconnaît qu'au nom d'une saine politique publique, l'absence d'une totale certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour éviter ou ajourner la prise de mesures visant à protéger l'environnement, puisqu'il y a des limites inhérentes à la capacité de prévenir les dommages à l'environnement. Passant de la sphère des politiques publiques au droit, le principe de précaution est à tout le moins un aspect établi de

crystallized into a norm of customary international law and substantive domestic law: *Spraytech* at paras 30-31. However, except as discussed in Part VII, the legal contours of the principle need not be determined here, as this decision does not rest or depend on the application of the principle.

[157] Later in his analysis he stated [at paragraphs 96-99]:

I have concluded that licence conditions 3.1(b)(ii) and (iv) are inconsistent with subsection 56(b) on the basis of first principles governing the interpretation of subordinate legislation. While not necessary to the disposition of this application, I return to the relationship between the precautionary principle and the licence conditions and what is a second basis for their invalidity. These two licence conditions are also inconsistent with subsection 56(b) in light of the precautionary principle.

In my view, subsection 56(b) of the *FGRs*, properly construed, embodies the precautionary principle. First, subsection 56(b) prohibits the Minister from issuing a transfer licence if disease or disease agents are present that “may be harmful to the protection and conservation of fish.” The phrase “may be harmful” does not require scientific certainty, and indeed does not require that harm even be the likely consequence of the transfer. Similarly, the scope of “any disease or disease agent” in subsection 56(b) should not be interpreted as requiring a unanimous scientific consensus that a disease agent (e.g., PRV) is the cause of the disease (e.g., HSMI).

The consequence of interpreting subsection 56(b) consistently with the precautionary principle is that the licence conditions must also reflect the precautionary principle. As the licence conditions cannot derogate from or be inconsistent with subsection 56(b), they therefore cannot derogate from the precautionary principle. As noted earlier, the Minister did not attempt to justify that licence condition 3.1(b)(iv) was consistent with the precautionary principle, but confined his argument in this respect to licence conditions 3.1(b)(i), (ii) and (iii).

In my view, the Minister’s argument cannot stand. For the reasons given, conditions 3.1(b)(ii) and (iv) are inconsistent with section 56(b) and thus with the precautionary

l’interprétation des lois, et il est permis de penser en outre qu’il s’est cristallisé en une norme de droit international coutumier et de droit matériel interne : *Spraytech* aux paragraphes 30 et 31. Toutefois, sauf dans la mesure où il en est question à la partie VII, il n’est pas nécessaire de déterminer ici les tenants et aboutissants juridiques du principe, puisque la présente décision ne repose pas sur l’application du principe ni n’en dépend.

[157] Et, plus loin dans son analyse, il ajoute [aux paragraphes 96 à 99] :

J’ai conclu que les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) sont incompatibles avec l’alinéa 56b) suivant les principes de base qui régissent l’interprétation de la législation subordonnée. Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher la présente demande, je reviens au rapport entre le principe de précaution et les conditions du permis et à ce qui constitue une deuxième cause de leur invalidité. Les deux conditions susmentionnées du permis sont également incompatibles avec l’alinéa 56b) à la lumière du principe de précaution.

À mon avis, l’alinéa 56b) du RPDG, interprété correctement, donne corps au principe de précaution. Premièrement, l’alinéa 56b) interdit au ministre de délivrer un permis de transfert si une maladie ou des agents pathogènes sont présents qui « pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». Le membre de phrase « pourraient nuire » n’exige pas une certitude scientifique, et d’ailleurs, il n’exige même pas que le transfert puisse vraisemblablement être nuisible. Dans le même ordre d’idées, le membre de phrase « de maladies et d’agents pathogènes » à l’alinéa 56b) ne devrait pas être interprété comme exigeant un consensus scientifique unanime selon lequel un agent pathogène (p. ex. le RVP) est la cause de la maladie (p. ex. l’[IMSC]).

La conséquence de l’interprétation de l’alinéa 56b) en accord avec le principe de précaution est que les conditions du permis doivent également refléter le principe de précaution. Puisque les conditions du permis ne peuvent pas déroger à l’alinéa 56b) ni être incompatibles avec celui-ci, elles ne peuvent donc pas déroger au principe de précaution. Comme je l’ai noté précédemment, le ministre n’a pas tenté de démontrer que la condition 3.1(b)(iv) était compatible avec le principe de précaution; il a confiné son argumentation à cet égard aux conditions 3.1(b)(i), (ii) et (iii) du permis.

À mon avis, l’argument du ministre ne peut prospérer. Pour les raisons données, les conditions 3.1(b)(ii) et (iv) sont incompatibles avec l’alinéa 56b), et donc, avec

principle. The conditions dilute the requirements of subsection 56(b), a regulation designed to anticipate and prevent harm even in the absence of scientific certainty that such harm will in fact occur.

[158] It is clear that Justice Rennie's findings are not *obiter*, but represent another basis upon which he found the impugned licence conditions to be invalid.

[159] I am also of the view that Justice Rennie's reasons serve to inform my analysis of the reasonableness of the PRV Policy in the sense that, as section 56 embodies the precautionary principle, the Minister's Interpretation of section 56 must also be informed by that principle. This, in turn, informs the PRV Policy, which applies the interpretation, and any decisions made pursuant to section 56 and the Policy.

[160] In any event, the Minister acknowledges that it is intended that the precautionary principle will inform all aspects of fish management including the PRV Policy. For example, the Wild Salmon Policy references Article 6.2 of the 1995 *United Nations Agreement Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks* [August 4, 1995, 2167 U.N.T.S. 3] whereby participating states will be more cautious when information is uncertain, unreliable or inadequate, and that the absence of adequate scientific information shall not be used as a reason for postponing or failing to take conservation and management measures. The Wild Salmon Policy states that the precautionary approach identifies important considerations for management: acknowledgment of uncertainty in information and future impacts and the need for decision making in the absence of full information. It implies a reversal of the burden of proof and the need for longer term outlooks in the conservative of resources. And [at page 15]

le principe de précaution. Les conditions minent les exigences de l'alinéa 56b), une disposition conçue pour anticiper et prévenir les dommages même en l'absence de certitude scientifique que ces dommages surviendront effectivement.

[158] Il est clair que les conclusions du juge Rennie ne sont pas des opinions incidentes, et qu'elles font état d'autres motifs pour lesquels il a conclu que les conditions contestées du permis étaient invalides.

[159] Je suis également d'avis que les motifs du juge Rennie guident mon analyse du caractère raisonnable de la Politique concernant le RVP en ce sens que, étant donné que l'article 56 incorpore le principe de précaution, l'Interprétation du ministre relative à l'article 56 doit aussi en tenir compte, ce qui, par ricochet, a une incidence sur la Politique concernant le RVP qui applique l'Interprétation du ministre, de même que sur toute décision prise en vertu de l'article 56 et de la Politique.

[160] Quoi qu'il en soit, le ministre reconnaît que le principe de précaution est censé avoir une incidence sur la totalité des aspects de la gestion des poissons, dont la Politique concernant le RVP. Par exemple, la Politique concernant le saumon sauvage fait référence à l'article 6.2 de l'*Accord des Nations unies sur les stocks de poissons chevauchants et grands migrateurs* [4 août 1995, 2167 R.T.N.U. 3], lequel a été conclu en 1995 et précise que les États participants doivent faire preuve de plus de prudence quand les informations sont incertaines, peu fiables ou inadéquates et que l'absence d'informations scientifiques adéquates ne saurait être invoquée pour éviter de prendre des mesures de conservation et de gestion ou d'en différer l'adoption. La Politique concernant le saumon sauvage indique que le principe de précaution fait entrer en jeu d'importantes considérations en ce qui a trait aux mesures de gestion : la reconnaissance du caractère incertain des renseignements et des effets futurs ainsi que la nécessité de prendre des décisions en s'appuyant sur des renseignements incomplets. Cela implique un renversement du fardeau de la preuve et la nécessité de prendre en compte des perspectives à plus long terme en matière de conservation des ressources. De plus [à la page 15] :

The application of precaution in the WSP will follow the guidance provided to Federal Departments by the Privy Council Office publication entitled “*A Framework for the Application of Precaution in Science-based Decision Making About Risk*” (Canada, Privy Council Office 2003). That Framework includes five principles of precaution:

- The application of the precautionary approach is a legitimate and distinctive decision – making approach within a risk management framework.
- Decisions should be guided by society’s chosen level of risk.
- Application of the precautionary approach should be based on sound scientific information.
- Mechanisms for re-evaluation and transparency should exist.
- A high degree of transparency, clear accountability, and meaningful public involvement are appropriate. [Footnote omitted.]

[161] The Minister also points to the Auditor General’s Report as evidence that DFO implements the precautionary approach. There the Auditor General notes that in its Aquaculture Policy Framework, DFO committed to applying the precautionary approach to its decision making.

[162] This is true. However, the Auditor General states that DFO had not clarified how it would do so in the management of aquaculture. The Auditor General recommends that DFO determine and communicate how it will apply the precautionary approach to managing aquaculture when there is uncertainty about the effects of aquaculture on wild fish. Further, that DFO should also clearly articulate the level of risk to wild fish that it will accept when enabling the aquaculture industry. DFO accepts the Auditor General’s recommendation and states that it will continue to apply the precautionary approach according to the Government of Canada’s framework on precaution. DFO states that it applies the precautionary approach where appropriate, as a subcomponent within an overall decision-making approach,

L’application de l’approche préventive dans la [Politique concernant le saumon sauvage] mettra en pratique l’orientation proposée aux ministères fédéraux par la publication du Bureau du Conseil privé, intitulée « *Cadre d’application de la précaution dans un processus décisionnel scientifique en gestion du risque* ». (Canada, Bureau du Conseil privé, 2003). Ce cadre inclut les cinq principes de précaution :

- Le recours à l’approche préventive constitue une démarche légitime et une prise de décision distincte à l’intérieur d’un cadre de gestion du risque.
- Les décisions devraient être inspirées par le niveau de risque qu’une société est prête à prendre.
- Le recours à l’approche préventive devrait être fondé sur une information scientifique solide.
- Un mécanisme de réévaluation et de transparence devrait exister.
- Un degré élevé de transparence, une responsabilité claire et une implication significative du public sont appropriés. [Note en bas de page omise.]

[161] Le ministre attire également l’attention de la Cour sur le rapport du vérificateur général comme preuve que le MPO applique le principe de précaution. Le vérificateur général signale que le MPO, dans sa Politique en matière d’aquaculture, s’est engagé à appliquer le principe de précaution dans le cadre de son processus décisionnel.

[162] Cela est vrai, mais le vérificateur général indique aussi que le MPO n’a pas précisé comment il le ferait dans le cadre de la gestion de l’aquaculture. Il recommande que le MPO décide et communique de quelle façon il appliquera le principe de précaution à la gestion de l’aquaculture dans les cas où les effets de l’aquaculture sur les poissons sauvages sont incertains. De plus, le MPO devrait aussi préciser clairement le niveau de risques qu’il acceptera pour les poissons sauvages lorsqu’il autorisera les activités aquacoles. Le MPO souscrit à la recommandation du vérificateur général et indique qu’il continuera d’appliquer le principe de précaution, conformément au Cadre du gouvernement du Canada en matière de précaution. Il fait savoir qu’il applique le principe de précaution lorsqu’il convient de le faire, en

to deal with risks of serious or irreversible harm even with considerable scientific uncertainty. In Thomson affidavit No. 2, Mr. Thomson states that in response to the Auditor General's Report, DFO is in the process of articulating a specific precautionary-approach framework for aquaculture.

[163] That said, the precautionary principle does not serve to create or to provide Ms. Morton or 'Namgis with substantive rights, such as requiring the Minister to test or gather information on the presence of PRV or HSMI in salmon before a transfer.

[164] And while paragraphs 97 to 99 of *Morton 2015* establish that the phrase "may be harmful" does not require scientific certainty or that harm will even be the likely consequence of the transfer, in my view, not requiring scientific certainty does not equate to total absence of uncertainty as 'Namgis submits. Within the confines laid out by paragraph 56(b), the Minister or his delegate maintain the flexibility to assess the risk of harm including by weighing DFO's scientific advice, other and contrary scientific reports, and factual considerations in order to determine the allowable level of scientific uncertainty in a given situation. The Court must defer to that conclusion as long as "the decision was made in accordance with the governing legislation and that it is a reasonable decision in light of the evidence and information which was before the decision-maker" (*Mountain Parks Watershed Assn. v. Chateau Lake Louise Corp.*, 2004 FC 1222, 10 C.E.L.R. (3d) 186, at paragraph 17).

[165] The difficulty that the Minister faces in this matter is that his interpretation of the phrase "the protection and conservation of fish" contained in paragraph 56(b) of the FGRs, ascribes a level of harm that fails to embody and is inconsistent with the precautionary principle. In the result, decisions made under section 56 that apply the PRV Policy, which adopts that interpretation, are also made in derogation of the precautionary principle.

tant que sous-élément d'une approche décisionnelle générale, pour faire face aux risques de dommages graves ou irréversibles, et ce, même s'il existe une grande incertitude scientifique. Dans l'affidavit de M. Thomson n° 2, M. Thomson écrit que, en réponse au rapport du vérificateur général, le MPO est en voie de formuler en ce qui concerne l'aquaculture un cadre précis, axé sur la précaution.

[163] Cela dit, le principe de précaution n'a pas pour objet de créer ou de procurer à M^{me} Morton ou à la PNN des droits substantiels, comme celui de pouvoir exiger que le ministre procède à des tests de dépistage ou recueille des informations sur la présence du RVP ou de l'IMSC chez les saumons avant un transfert.

[164] Et même si les paragraphes 97 à 99 de la décision *Morton 2015* établissent que le membre de phrase « qui pourraient nuire » n'exige pas de certitude scientifique ou qu'il soit même probable que le transfert causera des dommages, je suis d'avis que le fait de ne pas exiger une certitude scientifique n'équivaut pas à exiger une absence totale d'incertitude, comme le soutient la PNN. Dans les limites que fixe l'alinéa 56b), le ministre ou ses délégués conservent la latitude d'évaluer le risque de dommages, notamment en évaluant les avis scientifiques du MPO, d'autres avis scientifiques, y compris des avis contradictoires, ainsi que des considérations factuelles pour déterminer le degré d'incertitude scientifique acceptable dans une situation donnée. La Cour doit s'en remettre à cette conclusion dans la mesure où « la décision a été rendue conformément à la loi qui la régit et qu'il s'agit d'une décision raisonnable à la lumière des éléments de preuve et des renseignements dont disposait le décideur » (*Mountain Parks Watershed Assn. c. Chateau Lake Louise Corp.*, 2004 CF 1222, au paragraphe 17).

[165] La difficulté à laquelle le ministre est confronté en l'espèce est que le seuil de dommages qu'implique l'interprétation qu'il fait du membre de phrase « à la protection et à la conservation des espèces », à l'alinéa 56b) du RPDG ne prend pas en compte le principe de précaution ni ne concorde avec celui-ci. En fin de compte, les décisions prises en vertu de l'article 56 qui appliquent la Politique concernant le RVP, laquelle repose sur l'Interprétation du ministre, dérogent aussi au principe de précaution.

[166] The Minister submits that although the threshold is high, the underlying science on which the PRV Policy Decision is based serves to mitigate this. In my view, even if that is the case, this cannot cure the unreasonableness of the PRV Policy Decision or its failure to embody the precautionary principle. And, in any event, I note that RDG Memorandum ultimately concludes that because experimental exposures to BC-PRV have failed to induce disease or mortality, and the current evidence is that HSMI causes low mortalities in BC fish farms, therefore, transfers of fish with a low potential to cause mortality “do not harm the protection and conservation of fish at a population level and can be authorized as per the Minister’s Interpretation of s. 56(b) of the FGR.” It is unclear why the RDG Memorandum sets the threshold at the population level, which is not included in the Minister’s Interpretation. However, the point is that it is not science that is the mitigating factor, it is the level of harm arising from the Minister’s Interpretation of paragraph 56(b).

[167] Nor do I find *Sierra Club* to assist the Minister. In *Morton 2015*, Justice Rennie found that the precautionary principle is embodied by section 56. Thus, in my view, this requires that it be adhered to, not merely considered. As to *Lake Waseosa*, this was an application for leave to appeal, which was granted. The Divisional Court of the Ontario Superior Court of Justice found that a ground of appeal arose from the treatment of the precautionary principle by a Review Panel of the Ontario Municipal Board, and, in so finding, the Superior Court stated that there is no standard to be met with respect to the precautionary principle. Rather, “[i]t is a policy consideration that provides that when there is a risk of serious or irreversible environmental damage, one should err on the side of caution even when there is not full scientific certainty with respect to the risk: *114957 Canada Ltée (Spraytech Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241 at para 31 (S.C.C.)” The appeal was ultimately discontinued (see [*Lake*

[166] Aux dires du ministre, même si le seuil est élevé, les données scientifiques sur lesquelles repose la décision sur la Politique concernant le RVP servent à l’atténuer. À mon avis, même si c’est le cas, cela ne peut remédier au caractère déraisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP ou au fait qu’elle n’incorpore pas le principe de précaution. Et, en tout état de cause, je signale que la note de service adressée à la DGR conclut ultimement que, étant donné que des expositions expérimentales au RVP de la C.-B. ne sont pas parvenues à provoquer de cas de maladie ou de mortalité et que, d’après les preuves actuelles, l’IMSC cause peu de mortalité dans les fermes piscicoles de la Colombie-Britannique, il s’ensuit que les transferts de poissons qui présentent un faible risque de mortalité [TRADUCTION] « ne nuisent pas à la protection et à la conservation des poissons au niveau des populations et ils peuvent être autorisés, conformément à l’Interprétation du ministre relative à l’alinéa 56b) du RPDG ». On ne sait pas exactement pourquoi la note de service adressée à la DGR fixe le seuil au niveau des populations, un aspect dont il n’est pas question dans l’Interprétation du ministre. Toutefois, le fait est que ce ne sont pas les données scientifiques qui constituent le facteur atténuant; le facteur atténuant est plutôt le degré requis de dommages selon l’Interprétation du ministre portant sur l’alinéa 56b).

[167] Je ne suis pas d’avis non plus que la décision *Sierra Club* aide la cause du ministre. Dans la décision *Morton 2015*, le juge Rennie a conclu que l’article 56 incorpore le principe de précaution. Cela exige donc, selon moi, qu’on s’y conforme, et pas seulement qu’on le prenne en considération. Quant à la décision *Lake Waseosa*, il s’agissait d’une demande d’autorisation d’appel, qui a été accueillie. La Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que la manière dont un comité de révision de la Commission municipale de l’Ontario avait traité le principe de précaution donnait lieu à un motif d’appel et, en arrivant à cette conclusion, la Cour supérieure a décrété qu’aucune norme ne s’applique en ce qui concerne le principe de précaution. Il s’agit plutôt d’une [TRADUCTION] « considération de principe selon laquelle, dans les cas où il existe un risque de dommages environnementaux graves ou irréversibles, il est préférable de pécher par excès de prudence, même en l’absence d’une totale certitude

Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper] 2008 CanLII 65771 (Ont. Sup. Ct. (Div. Ct.)), thus there was no substantive analysis of the question of whether the Review Panel wrongly applied the precautionary principle.

[168] Cermaq submits that by interpreting the type of harm that section 56 seeks to prohibit as harm that may occur to the “genetic diversity, species or ecosystem of a stock or conservation unit” the Minister is interpreting section 56 consistently with the precautionary principle’s focus on serious or irreversible harm. It submits that an interpretation of the harm element of section 56 as intending to protect against any disease that may cause harm on a lower threshold of harm would be contrary to that focus. I am unable to accept this view. I do not understand the precautionary principle to mean that the risk of any level of potential harm is acceptable until it reaches the level of serious or irreversible harm, such as extirpation. Rather, its focus is to exercise more caution when information is uncertain and, where appropriate, to ensure that steps are taken to prevent irreversible harm, even when the potential risk of causing that harm is uncertain.

[169] As stated in *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*:

While preventive action involves intervention prior to the occurrence in relation to known risks, precaution involves a preparedness by public authorities to intervene in advance in relation to potential, uncertain or hypothetical threats. If the risk is sufficiently serious in character, precaution may posit intervention even where a risk is simply suspected, conjectured or feared.

[170] Further, the Minister’s Interpretation permits harm to genetic diversity, species or ecosystem of a

scientifique quant aux risques en cause : *114957 Canada Ltée (Spraytech Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, au paragraphe 31 (C.S.C.) ». L’appel a finalement été abandonné (voir [*Lake Waseosa Ratepayers' Association v. Pieper*] 2008 CanLII 65771 (C. div. C.S. Ont.), de sorte que la question de savoir si le comité de révision avait appliqué à tort le principe de précaution n’a pas fait l’objet d’un examen au fond.

[168] Cermaq soutient qu’en adoptant l’idée que les dommages que l’article 56 vise à interdire sont les dommages susceptibles d’être causés [TRADUCTION] « à la diversité génétique, aux espèces ou à l’écosystème d’un stock ou d’une unité de conservation », le ministre interprète l’article 56 d’une manière qui concorde avec le fait que le principe de précaution met l’accent sur les dommages graves ou irréversibles. Il serait contraire à cette perspective, soutient-elle, de considérer que l’élément « dommages » de l’article 56 vise à assurer une protection contre n’importe quelle maladie susceptible de causer des dommages d’une ampleur moindre. Il m’est impossible de souscrire à ce point de vue. Selon moi, le principe de précaution ne veut pas dire que tout risque de dommages potentiels est acceptable s’il ne s’agit pas de dommages graves ou irréversibles, comme la disparition d’une espèce. Le principe commande plutôt une prudence accrue lorsque les données sont incertaines et, le cas échéant, que l’on veille à ce que des mesures soient prises pour éviter de causer des dommages irréversibles, même quand le risque de le faire est incertain.

[169] Comme il est mentionné dans le document intitulé *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals* :

[TRADUCTION] Une mesure préventive consiste à intervenir avant qu’un risque se concrétise, mais la précaution implique que les autorités publiques sont prêtes à intervenir à l’avance par rapport à une menace potentielle, incertaine ou hypothétique. Si le risque est suffisamment grave, la précaution peut supposer que l’on intervienne même dans les cas où le risque en cause ne repose que sur un soupçon, une supposition ou une crainte.

[170] De plus, l’Interprétation du ministre permet les mesures de nature à nuire à la diversité génétique, aux

stock or conservation unit to the point where a stock or conservation unit “cannot” sustain biodiversity and the continuation of evolutionary and natural production. It is difficult to see how this is consistent with the precautionary principle. And, in my view, it is not.

[171] As will be discussed below, the precautionary principle also comes into play in the context of the consideration of wild salmon health when making the PRV Policy Decision.

(v) *Did the Minister fail to consider the health of wild salmon?*

[172] Ms. Morton submits that the PRV Policy fails to consider the health of wild salmon and that where a decision maker fails to take into account a relevant factor in making decision, the decision will be unreasonable (*Frémy v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 434 (*Frémy*)). It is the Minister’s duty to manage, conserve, and develop the fishery on behalf of Canadians in the public interest (*Comeau’s Sea Foods*, at pages 25–26), the duty to conserve is paramount amongst those duties (*Marshall*, at paragraph 40; Cohen Commission, Volume 3, at pages 10–12 and recommendation 2), and section 56 of the FGRs reflect the Minister’s duty to conserve fisheries (*Morton 2015*, at paragraph 56). Given the role that conservation of fisheries plays in the regulatory regime governing transfers of fish to fish farms, wild salmon, by necessary implication, are a relevant factor that should have been considered by the Minister when adopting and continuing the PRV Policy.

[173] While the PRV Policy considers farmed salmon, such as their mortality, Ms. Morton submits that there is a complete absence in the record of any consideration of the health of wild fish, including any information before the decision makers of the status of wild salmon populations, including vulnerable conservation units

espèces ou à l’écosystème d’un stock ou d’une unité de conservation jusqu’au point où ce stock ou cette unité de conservation [TRADUCTION] « ne puisse pas » soutenir la biodiversité et la continuation des processus d’évolution de la production naturelle. Il est difficile de voir en quoi cela concorde avec le principe de précaution. Et, selon moi, ce n’est pas le cas.

[171] Comme nous le verrons ci-après, le principe de précaution entre aussi en jeu dans le contexte de la prise en compte de la santé des saumons sauvages au moment où la décision sur la Politique concernant le RVP a été prise.

(v) *Le ministre a-t-il fait abstraction de l’état de santé des saumons sauvages?*

[172] M^{me} Morton soutient que la Politique concernant le RVP omet de prendre en compte l’état de santé des saumons sauvages et que, lorsqu’un décideur omet de tenir compte d’un facteur pertinent au moment de rendre sa décision, cette dernière est déraisonnable (*Frémy c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 434 (*Frémy*)). Le ministre a l’obligation de gérer, de conserver et de développer les pêches au nom des Canadiens et dans l’intérêt public (*Comeau’s Sea Foods*, aux pages 25 et 26); l’obligation de conservation occupe une place prépondérante parmi ces obligations (*Marshall*, au paragraphe 40; rapport de la Commission Cohen, vol. 3, pages 10 à 12 et recommandation n° 2); et l’article 56 du RPDG traduit l’obligation qu’a le ministre d’assurer la conservation des pêches (*Morton 2015*, au paragraphe 56). Vu le rôle que joue la conservation des pêches au sein du régime réglementaire régissant les transferts de poissons à des fermes piscicoles, la situation des saumons sauvages, par déduction nécessaire, est un facteur pertinent que le ministre aurait dû prendre en compte au moment d’adopter la Politique concernant le RVP et d’en poursuivre l’application.

[173] M^{me} Morton soutient que, même si la Politique concernant le RVP tient compte de divers aspects liés aux saumons d’élevage, comme la mortalité, le dossier ne fait aucunement état de la prise en compte de la santé des poissons sauvages, y compris de toute information dont auraient disposé les décideurs à propos de la

that migrate through areas having high concentrations of fish farms. And although Ms. Morton sent new information on the declining health of populations of wild salmon and other information to the Minister, it does not appear on the record. Further, the failure to audit or monitor the health of wild fish outside fish-farm open-net pens was recently confirmed in the Auditor General's Report, which also concludes that DFO had not set limits or thresholds for when to take action if it observed declines in wild fish stocks in areas where aquaculture was prevalent. Again, this is not reflected in the record. Similarly, there is no evidence of consideration by the Minister of other threats facing wild salmon, such as overfishing, pollution and climate change, and how these additional threats might exacerbate the harm caused by PRV. Ms. Morton submits that this lack of evidence as to the health of wild salmon represents an unreasonable failure to consider a highly relevant factor.

[174] 'Namgis, in T-430-18, submits that the health of farmed salmon cannot be used as a proxy for, or to assess, the health of, or risk to, wild salmon because it ignores differences in physiology and environmental conditions. 'Namgis asserts that the Minister's senior scientist, Dr. Garver, stated that disease outcomes for farmed Atlantic salmon cannot be used to predict disease outcomes for wild Pacific salmon. Therefore, the Minister's reliance on data evidencing low mortality rates among farmed Atlantic salmon ignores the risk that PRV could pose to wild salmon, making it inconsistent with the precautionary principle.

situation des populations de saumons sauvages, comme les unités de conservation vulnérables qui migrent dans des secteurs comptant de grandes concentrations de fermes piscicoles. Et bien que M^{me} Morton ait envoyé au ministre de nouvelles informations sur le déclin de la santé des populations de saumons sauvages et d'autres renseignements, ces données ne figurent pas dans le dossier. De plus, le fait que l'état de santé des poissons sauvages à l'extérieur des parcs en filet des fermes piscicoles ne fasse l'objet d'aucune vérification ou surveillance a récemment été confirmé dans le rapport du vérificateur général, lequel conclut également que le MPO n'a pas fixé de limites ou de seuils quant au moment où il est nécessaire d'intervenir s'il constate une baisse des stocks de poissons sauvages dans des secteurs où sont installées de nombreuses entreprises aquacoles. Là encore, cela ne figure pas dans le dossier. Dans le même ordre d'idées, il n'y a aucune preuve que le ministre a pris en compte d'autres menaces pesant sur les saumons sauvages, comme la surpêche, la pollution et les changements climatiques, ainsi que la manière dont ces autres menaces peuvent exacerber les dommages que cause le RVP. M^{me} Morton soutient que cette absence de preuves au sujet de l'état de santé des saumons sauvages est une omission injustifiée de prendre en compte un facteur des plus pertinents.

[174] Dans le dossier T-430-18, la PNN soutient que l'on ne peut se servir de l'état de santé des saumons d'élevage comme substitut à l'état de santé des saumons sauvages, ou aux risques pour ces derniers, ou pour évaluer leur état de santé parce que les différences sur les plans de la physiologie et des conditions environnementales ne seraient alors pas prises en compte. La PNN affirme que le scientifique principal du ministre, M. Garver, a déclaré que l'on ne peut pas se servir des issues pathologiques concernant les saumons atlantiques d'élevage pour prévoir les issues pathologiques concernant les saumons du Pacifique sauvages. Le fait que le ministre se fonde sur des données faisant état de faibles taux de mortalité chez les saumons atlantiques d'élevage fait donc abstraction du risque que le RVP pourrait poser pour les saumons sauvages, ce qui est incompatible avec le principe de précaution.

[175] ‘Namgis also submits that the health of wild salmon is a relevant factor even if the Minister’s Interpretation of section 56 is accepted. Under the Minister’s Interpretation, he would have had to consider how PRV could affect conservation units of wild salmon. The Minister’s affiant, Dr. Hyatt, agreed that the PRV Policy did not examine any specific populations or conservation units of wild salmon. DFO also failed to consider six important risk factors: (i) the spread of PRV from fish farms; (ii) PRV’s potential impacts on wild salmon’s ecological components of fitness; (iii) flawed sampling techniques used for wild salmon; (iv) the capacity of conservation units to withstand exposure to PRV; (v) the ability of fish farms to maintain a reservoir host population that continually infects endangered wild populations with PRV; and (vi) the role fish farms play in amplifying and spreading disease.

[176] Conversely, the respondents submit that the Minister and his delegates considered the health of wild fish. The Minister submits that DFO’s awareness of issues concerning wild fish is demonstrated by the fact that much of the data relied upon by ‘Namgis comes from DFO. Further, the record demonstrates that the Minister considered the risk that PRV poses to wild fish. Specifically, DFO considered scientific advice that wild fish do not get disease from PRV and that transfers of fish with low potential to cause mortality do not harm the protection and conservation of fish at a population level.

[177] Further, even if the record does not demonstrate the Minister’s consideration of wild fish, this would not justify setting aside the PRV Policy Decision. Given DFO’s expertise in managing and regulating matters of fish health, the Court should follow the Supreme Court of Canada’s guidance in *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708

[175] La PNN soutient aussi que l’état de santé des saumons sauvages est un facteur pertinent, même si l’on souscrit à l’interprétation que fait le ministre de l’article 56. Selon cette interprétation, le ministre aurait à examiner de quelle façon le RVP pourrait affecter les unités de conservation de saumons sauvages. La déposante du ministre, M^{me} Hyatt, a convenu que la Politique concernant le RVP n’avait examiné aucune population ou unité de conservation de saumons sauvages précise. Le MPO a également omis de prendre en considération six facteurs de risque importants : (i) la propagation du RVP depuis les fermes piscicoles; (ii) les effets potentiels du RVP sur les composantes écologiques de la valeur adaptative (*fitness*) des saumons sauvages; (iii) les techniques d’échantillonnage lacunaires utilisées pour les saumons sauvages; (iv) la capacité des unités de conservation de résister à une exposition au RVP; (v) le risque que des fermes piscicoles conservent une population hôte réservoir qui continue de transmettre le RVP à des populations sauvages en péril; (vi) le rôle que jouent les fermes piscicoles en amplifiant la maladie et en la propageant.

[176] À l’inverse, les défendeurs soutiennent que le ministre et ses délégués ont tenu compte de l’état de santé des poissons sauvages. Le ministre déclare que le fait qu’une bonne part des données sur lesquelles s’est fondée la PNN viennent du MPO montre que le Ministère est conscient des problèmes liés aux poissons sauvages. De plus, il ressort du dossier que le ministre a tenu compte du risque que pose le RVP pour les poissons sauvages. Plus précisément, le MPO a tenu compte d’avis scientifiques selon lesquels les poissons sauvages ne contractent pas de maladies dues au RVP et que les transferts de poissons présentant peu de risques de mortalité ne nuisent pas à la protection et à la conservation des poissons au niveau des populations.

[177] De plus, même si le dossier ne montre pas que le ministre a pris en considération les poissons sauvages, cela ne justifierait pas que l’on annule la décision sur la Politique concernant le RVP. Vu l’expertise du MPO en matière de gestion et de réglementation des questions relatives à la santé des poissons, la Cour devrait suivre les indications que donne la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses’*

(*Newfoundland Nurses' Union*), at paragraph 17, and “pay ‘respectful attention’ to the decision-maker’s reasons, and be cautious about substituting their own view of the proper outcome by designating certain omissions in the reasons to be fateful.”

[178] Marine Harvest adds that although the PRV Policy Decision makes no explicit reference to specific species of salmon or stock size, it does discuss the potential risk of harm to farmed and wild Pacific salmon from BC-PRV. If BC-PRV was found to be of more than of low pathogenicity and virulence, and therefore represent a risk of harm to wild Pacific salmon, only then would only make sense to consider stock sizes. Cermaq agrees and states that to ask that studies be done on every species before a decision is made would be impractical and contrary to the scientific method.

[179] As a preliminary point, I note that in support of its submissions, ‘Namgis has relied heavily on its expert evidence, the admissibility of which has been challenged, as will be addressed below. In my view, it is not necessary to refer to that expert evidence as this issue can be resolved on the basis of the record that was before the delegate.

[180] As Ms. Morton submits, this Court has previously noted that discretionary powers are often circumscribed. Legislation sometimes states that a decision maker must consider a particular set of factors. In other circumstances, the common law identifies factors that must be considered. In those situations, failure to consider all the relevant factors may give rise to an unreasonable decision (*Frémy*, at paragraphs 43–44, citing *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203 (*Almon*), at paragraph 39). However, in my view, this is not a “statutory recipe” case like *Almon*.

Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses' Union*), au paragraphe 17, et « accorder une “attention respectueuse” aux motifs des décideurs et se garder de substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu’ils ont relevées dans les motifs ».

[178] Marine Harvest ajoute que, même si la décision sur la Politique concernant le RVP ne mentionne pas explicitement une espèce de saumon ou une taille de stock en particulier, elle traite quand même du risque possible que le RVP de la C.-B. cause des dommages aux saumons du Pacifique sauvages et d’élevage. S’il était conclu que ce virus présente plus qu’un faible degré de pathogénicité et de virulence, et qu’il représente donc un risque de dommages pour les saumons du Pacifique sauvages, alors seulement serait-il sensé de tenir compte des tailles des stocks. Cermaq est d’accord et déclare qu’il serait peu pratique et contraire à la méthode scientifique de demander que l’on mène des études sur chaque espèce avant de prendre une décision.

[179] À titre préliminaire, je signale qu’à l’appui de ses observations la PNN s’est fondée dans une large mesure sur sa preuve d’expert, dont l’admissibilité a été contestée, comme nous le verrons ci-après. À mon avis, il n’est pas nécessaire de se reporter à cette preuve d’expert, car il est possible de régler la question en se fondant sur le dossier dont disposait la déléguée.

[180] Comme le soutient M^{me} Morton, la Cour a signalé dans des décisions antérieures que les pouvoirs discrétionnaires sont souvent limités. La loi indique parfois qu’un décideur est tenu de prendre en considération une série particulière de facteurs. Dans d’autres circonstances, c’est la common law qui établit les facteurs dont il faut tenir compte. Dans ces situations, le fait de ne pas prendre en considération la totalité des facteurs pertinents peut donner lieu à une décision déraisonnable (*Frémy*, aux paragraphes 43 et 44, citant *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203 (*Almon*), au paragraphe 39). Cependant, selon moi, il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire qui concerne une « marche à suivre imposée par la loi », comme dans l’arrêt *Almon*.

[181] That said, it is beyond doubt that under the *Fisheries Act*, it is the Minister's duty to manage, conserve and develop the fishery on behalf of Canadians in the public interest (*Comeau's Sea Foods*, at paragraph 37; *Morton 2015*, at paragraphs 29–30; *Malcolm*, at paragraph 52). In *Comeau's Sea Foods*, the Supreme Court noted that the Minister's power to issue or authorize fishing licences is found in section 7 of the *Fisheries Act*. It found that in the absence of applicable regulations, the Minister's discretion under section 7 was restricted only by the requirement of natural justice. The Minister was bound to base his or her decision on relevant considerations, avoid arbitrariness and act in good faith.

[182] In this case, the applicable regulations are the FGRs. They prescribe the Minister's section 7 discretion to issue transfer licences by requiring that the three stipulated pre-conditions must be met (*Morton 2015*, at paragraph 14). These include, of course, paragraph 56(b) which, in effect, requires the Minister deny a transfer licence if fish have a disease or disease agent that "may be harmful to the protection and conservation of fish". The Minister's Interpretation is that "fish" means an aggregate of fish, which, for wild fish, is a stock or conservation unit.

[183] There can also be no doubt that the protection and conservation of fish extends to wild fish, such as wild Pacific salmon.

[184] Thus, while this is not a circumstance where the legislation explicitly states that the decision maker must consider the status or health of wild salmon as a particular factor when issuing a transfer licence, I agree with Ms. Morton and 'Namgis that, given the role that conservation of fisheries plays in the regulatory regime governing transfer of fish to fish farms, and as reflected in section 56, including the Minister's Interpretation of that section, wild salmon, by necessary implication are a relevant factor that the Minister was required to consider when adopting and continuing the PRV Policy,

[181] Cela dit, il ne fait aucun doute que, sous le régime de la *Loi sur les pêches*, il incombe au ministre de gérer, de conserver et de développer les pêches au nom des Canadiens et dans l'intérêt public (*Comeau's Sea Foods*, au paragraphe 37; *Morton 2015*, aux paragraphes 29 et 30; *Malcolm*, au paragraphe 52). Dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods*, la Cour suprême a fait remarquer que le pouvoir qu'a le ministre de délivrer ou d'autoriser des permis de pêche figure à l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, et elle a conclu que faute de règlement applicable, le pouvoir discrétionnaire que l'article 7 confère au ministre n'était restreint que par les principes de justice naturelle. Le ministre était tenu de fonder sa décision sur des facteurs pertinents, d'éviter toute décision arbitraire et d'agir de bonne foi.

[182] Dans la présente affaire, le règlement applicable est le RPDG. Ce dernier prescrit le pouvoir discrétionnaire que confère au ministre l'article 7 de la Loi de délivrer des permis de transfert en exigeant que l'on satisfasse aux trois conditions préalables mentionnées dans le RPDG (*Morton 2015*, au paragraphe 14). Celles-ci comprennent, bien sûr, l'alinéa 56b) qui, de fait, exige que le ministre refuse d'octroyer un permis de transfert si les poissons sont porteurs de maladies et d'agents pathogènes qui « pourraient nuire à la protection et à la conservation des [poissons] ». Selon l'Interprétation du ministre, le mot « poissons » désigne un agrégat de poissons, ce qui, dans le cas des poissons sauvages, est un stock ou une unité de conservation.

[183] Il n'y a aucun doute non plus que la protection et la conservation des poissons s'étendent aux poissons sauvages, comme les saumons du Pacifique sauvages.

[184] C'est donc dire que, même si nous n'avons pas affaire en l'espèce à une situation dans laquelle la loi indique explicitement que le décideur doit tenir compte de l'état ou de la santé des saumons sauvages en tant que facteur particulier au moment de la délivrance d'un permis de transfert, je conviens avec M^{me} Morton et la PNN que, vu le rôle que joue la conservation des pêches au sein du régime réglementaire régissant les transferts de poissons à des fermes piscicoles, et comme il ressort de l'article 56, y compris l'Interprétation du ministre relative à cette disposition, l'état de santé des saumons

which Policy informs the issuance of transfer licences. I would add that as fish transfer licences are also required with respect to salmon enhancement projects, in which hatchery-raised smolts are released into wild Pacific salmon populations, the health of wild salmon is obviously a relevant factor to consider as the release of smolts carrying a disease or disease agent potentially could directly impact the health of those populations.

[185] The obviousness of the health of wild Pacific salmon being a relevant factor to be considered by the Minister in his adoption and reconsiderations of the PVR Policy, and issuance of transfer licences, is perhaps highlighted by the fact that this is not challenged by the respondents.

[186] As to whether the delegate considered this factor, some background is required. The health of wild Pacific salmon stocks has been in the forefront of public and DFO concern for some time. The Wild Salmon Policy, first affected by DFO in 2005, states that conservation of wild salmon and their habitat is the highest priority for resource management decision making. It identifies the five species of wild Pacific salmon, which are grouped into conservation units that reflect their geographic and genetic diversity. The Wild Salmon Policy states that, for each conservation unit, higher and lower benchmarks will be defined that will delimit three status zones, Green, Amber and Red. A conservation unit in the Red zone is said to be “undesirable because of the risk of extirpation, and the loss of ecological benefits and salmon production. The presence of a [conservation unit] in the Red zone will initiate an immediate consideration of ways to protect fish, increase their abundance, and reduce the potential risk of loss.” As noted above, the Wild Salmon Policy is attached as an exhibit of the transcript of the cross-examination of Andrew Thomson conducted in T-1710-16 and adopted in T-430-18 and T-744-18. Mr. Thomson was questioned on the document and

sauvages, par déduction nécessaire, est un facteur pertinent que le ministre était tenu de prendre en compte au moment où il a adopté et où il a continué d’appliquer la Politique concernant le RVP, qui guide la délivrance des permis de transfert. J’ajouterais qu’étant donné que l’on exige aussi des permis de transferts de poissons pour les projets de mise en valeur des saumons, dans le cadre desquels des smolts élevés en éclosion sont libérés dans des populations de saumons du Pacifique sauvages, l’état de santé des saumons sauvages est manifestement un facteur pertinent à prendre en considération, car la libération de smolts porteurs d’une maladie ou d’un agent pathogène risque d’avoir un impact direct sur la santé de ces populations.

[185] Le fait que l’état de santé des saumons du Pacifique sauvages soit à l’évidence un facteur pertinent à considérer lors de l’adoption et des réexamens par le ministre de la Politique concernant le RVP ainsi que lors de la délivrance des permis de transfert est peut-être mis en relief par le fait que les défendeurs ne le contestent pas.

[186] Quant à la question de savoir si la déléguée a tenu compte de ce facteur, une mise en contexte s’impose. L’état de santé des stocks de saumons du Pacifique sauvages se situe depuis un certain temps au premier rang des préoccupations du public et du MPO. Selon la Politique concernant le saumon sauvage, que le MPO a mise en place en 2005, la conservation des saumons sauvages et de leur habitat se voit accorder la plus grande priorité pour ce qui est des décisions concernant la gestion des ressources. Cette politique mentionne les cinq espèces de saumons du Pacifique sauvages, lesquelles sont groupées en unités de conservation qui reflètent leur diversité sur le plan géographique et génétique. La Politique concernant le saumon sauvage indique que, pour chaque unité de conservation, des indices de référence supérieurs et inférieurs seront définis pour délimiter trois zones de statut : vert, ambre et rouge. La présence d’une unité de conservation dans la zone rouge est considérée comme non « souhaitable [...] en raison du risque d’extinction imminente et de la perte équivalente d’avantages écologiques et de la production de saumon. La présence d’une [unité de conservation] dans la zone rouge devrait déclencher une

agreed that there are salmon conservation units that are in the Red zone, which indicates that they are at some level of risk of extinction, but stated that qualifying that level of risk was very hard to do.

[187] Subsequent to the effecting of the Wild Salmon Policy, the Cohen Commission issued its report. As noted by Justice Rennie in *Morton 2015* [at paragraph 19]:

I note, parenthetically, that there is a context to this issue. In 2012, the Honourable Justice Cohen submitted his final report from the Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River. The Commission of Inquiry began its work in 2009, the year in which the Fraser River Sockeye fishery had experienced its lowest return since the 1940s. The Government of Canada sought to identify the reasons for the decline and to determine whether changes were needed to fisheries management policies (Canada, Commission of Inquiry into the Decline of Sockeye Salmon in the Fraser River, *The Uncertain Future of Fraser River Sockeye* (2012, vol 3 at 2). Significantly, Justice Cohen found that there is some risk posed to wild sockeye salmon from diseases on fish farms and ensuring the health of wild stocks should be “DFO’s number one priority in conducting fish health work” (*Cohen Commission* vol 2 at 113 and vol 1 at 474).

[188] As noted above, an extract of the Cohen Commission report is attached as an exhibit of the transcript of the cross-examination of Mr. Thomson. An extract is also found in the supplementary book of authorities filed by the Minister in T-430-18.

évaluation immédiate pour trouver des façons de protéger le poisson, d’accroître l’abondance et de réduire le potentiel de risques de perte ». Comme il a été signalé précédemment, le texte de la Politique concernant le saumon sauvage est joint comme pièce à la transcription du contre-interrogatoire d’Andrew Thomson, qui a été mené dans le dossier T-1710-16 et utilisé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. M. Thomson a été interrogé sur ce document et reconnu qu’il y a des unités de conservation présentes dans la zone rouge, ce qui dénote que ces unités se situent à un certain degré de risque d’extinction, mais il a déclaré qu’il est très difficile de nuancer ce degré de risque.

[187] C’est après l’entrée en vigueur de la Politique concernant le saumon sauvage que la Commission Cohen a publié son rapport. Comme l’a fait remarquer le juge Rennie [au paragraphe 19] dans la décision *Morton 2015* :

Je note, incidemment, qu’il y a un contexte à la question en litige en l’espèce. En 2012, le juge Cohen a déposé le rapport final de la Commission d’enquête sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser. La Commission d’enquête a entrepris ses travaux en 2009, l’année durant laquelle la récolte du saumon sockeye du fleuve Fraser avait été la plus faible depuis les années 1940. Le gouvernement du Canada a tenté d’élucider les causes de ce déclin et de déterminer si des modifications devaient être apportées aux politiques de gestion des pêcheries (Canada, Commission d’enquête sur le déclin des populations de saumon rouge du fleuve Fraser, *L’avenir incertain du saumon rouge du fleuve Fraser*, 2012, volume 3, à la page 2). Fait important, le juge Cohen a conclu que les maladies dans les fermes piscicoles posaient un *certain* risque pour le saumon rouge sauvage et que « [l]e MPO devrait accorder la priorité absolue à la protection de la santé des stocks sauvages dans le cadre de ses travaux sur la santé du poisson » (*Commission Cohen*, volume 2, à la page 113, et volume 1, à la page 474).

[188] Comme il a été signalé précédemment, un extrait du rapport de la Commission Cohen est joint comme pièce à la transcription du contre-interrogatoire de M. Thomson. Un extrait figure également dans le cahier de jurisprudence et de doctrine supplémentaire que le ministre a déposé dans le dossier T-430-18.

[189] Ms. Morton points out that DFO's *Integrated Fisheries Management Plan, June 1, 2017, to May 31, 2018: Salmon Southern BC* (Vancouver, B.C.: Fisheries and Oceans Canada, 2017) (IFMP), reports that status evaluations were completed and consensus reached on the status designation for 15 of the 35 southern B.C. Chinook conservation units. Of these, 11 were assigned Red status, one was assigned a Red/Amber status, one was assigned Amber status, and two were assigned Green status. Of the remaining 20 conservation units, 9 were considered data deficient and 11 were not evaluated. I note that similarly the IFMP indicates that seven of 24 Fraser River conservation units were assigned Red status, four were assigned Red/Amber and four were assigned Amber status. An excerpt of the IFMP is Exhibit 4 of the transcript of cross-examination on Thomson affidavit No. 1 filed in T-1710-16, as adopted in the records of T-430-18 and T-744-18.

[190] Ms. Morton also notes that the DFO Albion Test Fishery—chinook gill net indicates very low returns of chinook for the beginning of the 2018–2019 fishing season as compared to previous years. When cross-examined, Mr. Thomson confirmed that this is a test fishery, which DFO uses as a tool to conduct in-season monitoring of salmon returns. The DFO Albion Test Fishery report is Exhibit 6 to the transcript of the cross-examination on Thompson affidavit No. 1, as adopted in the records of T-430-18 and T-744-18.

[191] As to sockeye salmon, in 2017 the Committee of the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC), an independent scientific body established under Canada's *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, to assess and report on the status of wildlife in Canada, issued a news release indicating that it is estimated that in 2016, the lowest number of sockeye salmon returned to the Fraser River since record keeping began in 1993. COSEWIC recommended that 15 of the 24 distinct groups of Fraser River sockeye salmon be listed for

[189] M^{me} Morton fait remarquer que le *Plan de gestion intégrée des pêches, 1^{er} juin 2017 au 31 mai 2018, Saumon du sud de la Colombie-Britannique* (Vancouver, (C.-B.) : Pêches et Océans Canada, 2017) du MPO (le PGIP) rapporte que les évaluations de statut ont été menées et qu'on est parvenu à un consensus au sujet du statut de 15 des 35 unités de conservation du saumon chinook du sud de la Colombie-Britannique. Sur ces 15 unités, 11 se sont vues attribuer le statut rouge, une le statut rouge/ambre, une le statut ambre et deux le statut vert. Parmi les 20 unités de conservation restantes, neuf ont été classées dans la catégorie « données insuffisantes » et 11 n'ont pas été évaluées. Je signale que, dans le même ordre d'idées, le PGIP indique que sept des 24 unités de conservation du fleuve Fraser se sont vu attribuer le statut rouge, quatre le statut rouge/ambre et quatre le statut ambre. Un extrait du PGIP constitue la pièce 4 jointe à la transcription du contre-interrogatoire mené sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson, déposé dans le dossier T-1710-16 et utilisé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18.

[190] M^{me} Morton signale également que la pêche expérimentale du saumon chinook au filet maillant qu'effectue le MPO à Albion fait état d'un nombre très faible de remontes de saumons chinooks pour le début de la saison de pêche de 2018–2019, comparativement aux années antérieures. Lors de son contre-interrogatoire, M. Thomson a confirmé qu'il s'agit là d'une pêche expérimentale, dont le MPO se sert comme outil pour surveiller en cours de saison les remontes de saumons. Le rapport du MPO sur la pêche expérimentale à Albion constitue la pièce 6 jointe à la transcription du contre-interrogatoire mené sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson, qui a été utilisé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18.

[191] Quant au saumon rouge, en 2017, le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (le COSEPAC), un organisme scientifique indépendant créé sous le régime de la *Loi sur les espèces en péril* du Canada, L.C. 2002, ch. 29, dans le but d'évaluer la situation des espèces sauvages au Canada et d'en rendre compte, a publié un communiqué de presse indiquant qu'on estimait qu'en 2016 les remontes de saumons rouges dans le fleuve Fraser étaient les plus faibles depuis 1993, année où l'on a commencé à tenir des relevés. Il a recommandé

protection under that Act. Eight of these populations were assessed as endangered, two as threatened, and five as special concern. The COSEWIC news release is Exhibit 5 to the transcript of cross-examination on Thomson affidavit No. 1, as adopted in the records of T-430-18 and T-744-18.

[192] The Auditor General's Report focuses on whether DFO and CFIA managed the risks associated with salmon aquaculture in a manner that protected wild fish. It concludes that DFO did not adequately manage the risks associated with salmon aquaculture consistent with its mandate to protect wild fish. Although DFO had some measures to control the spread of infectious diseases and parasites to wild fish in British Columbia, it had not made sufficient progress in completing the risk assessments essential for key diseases that were required to understand the effects of salmon aquaculture on wild fish. Significantly, the Auditor General also found that DFO had not defined how it would manage aquaculture in a precautionary manner in the face of scientific uncertainty. Further, that DFO did not adequately enforce compliance with aquaculture regulations to protect wild fish.

[193] More specifically, the Auditor General's Report considers whether DFO carried out research on the effects of aquaculture on wild fish. In the context of research funding, the Report finds that DFO identified potential stressors from aquaculture activities on wild fish and their habitat, such as the release of pathogens, deposits of drugs and pesticides, and fish escapes, and focused research on those areas. However, DFO provided only short-term funding for research focused on informing policy and management decisions. In contrast, DFO provided long-term funding for collaborative research to advance the sustainable aquaculture industry. As to gaps in scientific research, the Auditor General's Report finds that DFO conducted research on interactions between farmed fish and wild fish including the effects of disease and parasite transmission. Despite this,

que 15 des 24 groupes distincts de saumons rouges du fleuve Fraser soient inscrits sur la Liste des espèces en péril en vertu de cette loi. Huit de ces populations ont été considérées comme en voie de disparition, deux comme menacées et cinq comme préoccupantes. Le communiqué de presse du COSEPAC constitue la pièce 5 jointe à la transcription du contre-interrogatoire sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson, qui a été utilisé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18.

[192] Le rapport du vérificateur général porte principalement sur la question de savoir si le MPO et l'ACIA ont géré les risques associés à la salmoniculture de façon à protéger les poissons sauvages. Il conclut que le MPO n'a pas géré adéquatement les risques associés à la salmoniculture conformément au mandat de protection des poissons sauvages. Même si le MPO avait certaines mesures en place pour contrôler la propagation des maladies infectieuses et des parasites aux poissons sauvages en Colombie-Britannique, il n'a pas fait de progrès suffisants en ce qui a trait à l'évaluation des risques associés aux principales maladies qui était nécessaire pour connaître les effets de la salmoniculture sur les poissons sauvages. Détail important, le vérificateur général a également conclu que le MPO n'a pas défini comment il allait gérer l'aquaculture avec précaution face à l'incertitude scientifique. De plus, le MPO n'a pas adéquatement assuré la conformité aux règlements sur l'aquaculture pour protéger les poissons sauvages.

[193] Plus précisément, le rapport du vérificateur général examine si le MPO a mené des recherches sur les effets de l'aquaculture sur les poissons sauvages. Dans le contexte du financement de travaux de recherche, le rapport constate que le MPO a relevé d'éventuels facteurs de stress associés aux activités aquacoles qui peuvent affecter les poissons sauvages et leur habitat, comme la propagation d'agents pathogènes, l'immersion ou le rejet de médicaments et de pesticides, et les évasions de poissons, et qu'il a axé ses recherches sur ces facteurs. Cependant, le MPO n'avait fourni qu'un financement à court terme pour la recherche visant à éclairer les décisions en matière de politiques et de gestion. Par contre, le MPO a fourni un financement à long terme pour la recherche collaborative en vue de favoriser l'industrie de l'aquaculture durable. Quant aux lacunes de la recherche

the Report finds that there were knowledge gaps remaining in these areas and, significantly for purposes of these applications, the Report finds that DFO was not monitoring wild fish health. The Report states that DFO was aware that additional work in those areas was needed to reduce uncertainty and to ensure adequate oversight of the aquaculture industry. The Auditor General's Report also finds that DFO had completed only one of the ten risk assessments of key diseases that it had committed to completing by 2020 to evaluate the consequences of disease transfer from aquaculture operations to wild fish. At the time of the audit, DFO had a plan to complete the remaining nine risk assessments by 2020. The Report recommends that DFO conduct its planned disease risk assessments by 2020 to increase knowledge of the effects of aquaculture on wild salmon. In its response, DFO agreed with the recommendation and states that it will deliver the risk assessments, as planned, by the September 2020 deadline specified in the Cohen Commission. The Auditor General's Report is attached as Exhibit 7 of the transcript of the cross-examination on Thomson affidavit No. 1, as adopted in the records of T-430-18 and T-744-18.

[194] In Thomson affidavit No. 2, filed in T-430-18, while addressing “forthcoming changes”, Mr. Thomson states that under DFO's Sustainable Aquaculture Program, DFO committed to delivering environmental risk assessments to support science-based decision making related to aquaculture activities. In that regard, in or about 2015, the Aquaculture Science Environmental Risk Assessment Initiative was implemented to assess the risks of aquaculture to wild fish and the environment. Mr. Thomson deposes that the risks associated with environmental stressors identified in “Pathways of Effects for Aquaculture [Canadian Science Advisory Secretariat, *Science Advisory Report 2009/071*] (Pathways), which

scientifique qui ont été relevées, le rapport du vérificateur général indique que le MPO a fait des recherches sur les interactions entre les poissons d'élevage et les poissons sauvages, dont les effets de la transmission de maladies et de parasites. Il constate, malgré cela, qu'il subsiste encore un manque de connaissances dans ces domaines et, détail important pour ce qui est des demandes dont il est question en l'espèce, le rapport ajoute que le MPO ne surveillait pas la santé des poissons sauvages. Il indique que le MPO était conscient de la nécessité de mener d'autres travaux dans ces secteurs pour réduire l'incertitude et assurer une surveillance adéquate de l'industrie de l'aquaculture. Dans son rapport, le vérificateur général constate aussi que le MPO avait seulement effectué une des 10 évaluations des risques associés aux principales maladies qu'il s'était engagé à réaliser d'ici 2020 pour évaluer les conséquences de la propagation de maladies aux poissons sauvages à partir des exploitations d'aquaculture. Au moment de l'audit, le MPO avait un plan pour assurer la réalisation des neuf autres évaluations des risques d'ici 2020. Le rapport recommande que le MPO réalise les évaluations des risques de maladie qu'il a prévues d'ici 2020 pour approfondir ses connaissances au sujet des effets de l'aquaculture sur les saumons sauvages. Dans sa réponse, le MPO a accepté la recommandation et indiqué qu'il livrera les évaluations des risques de maladie, comme prévu, avant la date limite de septembre 2020 précisée dans le rapport de la Commission Cohen. Le rapport du vérificateur général est joint comme pièce 7 à la transcription du contre-interrogatoire sur l'affidavit n° 1 de M. Thomson, qui a été utilisé dans les dossiers T-430-18 et T-744-18.

[194] Dans l'affidavit de M. Thomson n° 2, déposé dans le dossier T-430-18, tout en traitant des [TRADUCTION] « changements à venir », M. Thomson déclare que le MPO, dans le cadre de son Programme d'aquaculture durable, s'est engagé à procéder à des évaluations des risques environnementaux dans le but d'étayer les décisions de nature scientifique qui se rapportent aux activités aquacoles. À cet égard, vers 2015, l'Initiative des sciences de l'aquaculture pour l'évaluation des risques environnementaux a été mise en œuvre dans le but d'évaluer les risques que pose l'aquaculture pour les saumons sauvages et l'environnement. M. Thomson déclare que les risques associés aux facteurs de perturbation

document is attached as Exhibit I of his affidavit, will be assessed as per the Aquaculture Science Environmental Risk Assessment Framework. I pause here to note that the Pathways document states as follows [at page 3]:

7. The extent to which pathogens released from aquaculture sites are stressors requires knowledge of infection and disease in wild aquatic populations. In Canada and other jurisdictions, pathogen surveillance of wild animal populations is virtually non-existent and should be established. Without this knowledge the extent to which pathogens are stressors cannot be assessed. There is scientific evidence that pathogens present in wild populations are the sources of initial infections in aquaculture animals and some evidence that aquaculture animals release pathogens in their environment. However, evidence of pathogen transfer from aquaculture animals and/or products to wild populations is very limited.

[195] The document also notes that pathogens occur naturally in wild populations and can be amplified, diluted or modified in cultured populations. Further, that a measurable outcome of infection can be disease and that disease is not synonymous with infection, but also requires the confluence of environmental or host factors. Disease can be lethal or sub-lethal (e.g. affecting growth, reproduction). Understanding the potential of a pathogen to cause an infection in a population requires an understanding of the importance of the modulating factors, including concerning the host (species (stock, age), immunity, stress, density, nutrition, health status (e.g. co-infection); pathogens (strain (pathogenicity, virulence, infectivity), concentration, dose, bioavailability); and, environmental factors (temperature, salinity, water quality, contamination, currents, intermediate hosts and

environnementaux qui ont été relevés dans le document intitulé « Les séquences d'effets liés à l'aquaculture des poissons, des mollusques et des crustacés » [Secrétariat canadien de consultation scientifique, *Avis scientifique 2009/071*] (les Séquences d'effets), lequel document est joint comme pièce I à son affidavit, seront évalués conformément au Cadre d'évaluation des risques environnementaux dans le domaine de l'aquaculture. J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que le document « Séquences d'effets » indique ceci [à la page 3] :

7. Pour déterminer la mesure dans laquelle les agents pathogènes provenant des sites d'aquaculture constituent des facteurs de perturbation, il faudra recueillir des données sur les maladies et infections qui prévalent chez les populations aquatiques sauvages. Au Canada, comme dans bien d'autres pays, presque aucune surveillance des agents pathogènes au sein des populations animales sauvages n'est effectuée. En l'absence des données que permettrait de recueillir une telle surveillance, il est impossible de déterminer dans quelle mesure les agents pathogènes constituent des facteurs de perturbation. D'après des observations scientifiques, les agents pathogènes présents au sein des populations sauvages seraient à l'origine des infections initiales chez les animaux d'aquaculture. D'autres données indiquent que les animaux d'aquaculture libèrent des agents pathogènes dans leur environnement. Les connaissances sur le transfert d'agents pathogènes d'animaux d'aquaculture (ou de produits issus d'animaux d'aquaculture) vers les populations sauvages demeurent néanmoins très limitées.

[195] Le document signale aussi que des agents pathogènes sont naturellement présents dans les populations sauvages et qu'ils peuvent être amplifiés, dilués ou modifiés dans les populations d'élevage. De plus, un effet mesurable d'une infection peut être une maladie et la maladie n'est pas synonyme d'infection, mais elle nécessite également la présence de nombreux facteurs environnementaux ou propres à l'hôte. La maladie peut être mortelle ou sublétales, c.-à-d. grave mais non mortelle (p. ex. elle peut influencer sur la croissance et la reproduction). Pour évaluer la possibilité qu'un agent pathogène cause une infection au sein d'une population, il faut comprendre l'importance des facteurs de modulation, dont l'hôte (espèce (stock, âge), immunité, facteur de perturbation, densité, nutrition, état de santé (p. ex. co-infection)), l'agent pathogène (souche (pouvoir

carriers) for that particular pathogen. These can be more or less important in determining the potential for transmission and disease in a population. As to knowledge gaps, these include as follows [at page 14]:

Pathogen effects in wild salmon populations may be detected by measuring changes in pathogen prevalence, intensity or by changes in the demographics of affected individuals within the target population. Therefore, a pathogen reference baseline is required for the target populations, which may be obtained by systematic surveillance or other epidemiological methods. In Canada, however, pathogen surveillance of wild aquatic animal populations is virtually non-existent and should be established.

[196] Mr. Thomson states that his understanding is that the Minister has directed DFO to undertake, in the fall of 2018, a comprehensive risk assessment to address concerns related to idiopathic heart disease, PRV, HSMI and perceived impacts on the health of wild salmon. This will be completed through a full Science Peer Review Process which will develop a fish pathogen and disease characterization working paper, a risk assessment and a Science Advisory Report summarizing the science advice for Aquaculture Management. Both the working paper and the risk assessment will require review, synthesis and critical analysis of the relevant scientific literature. A steering committee for that process will be established to review terms of reference for the peer-review meeting and to recommend reviewers and expert participants for the meeting. The steering committee will be composed of a cross-section of expertise from DFO Pacific Science Branch, DFO Aquaculture Management, the Province of B.C., B.C. industry, B.C. ENGOs and B.C. First Nations, and the steering committee will also be invited to participate in the peer-review meeting. Mr. Thomson states that he anticipates that the working paper will be complete by September 2018, and the risk assessment by early December 2018. DFO will then convene a CSAS peer-review meeting in January 2019 to review the working paper and risk assessment, to produce a Science

pathogène, virulence, infectiosité), concentration ou dose, biodisponibilité), et l'environnement (température, salinité, qualité de l'eau, contamination, courants, hôtes intermédiaires ou porteurs), pour cet agent pathogène particulier. Ces facteurs peuvent être plus ou moins importants pour déterminer la possibilité de transmission et de maladie dans une population. Quant aux lacunes sur le plan des connaissances, celles-ci comprennent les suivantes [à la page 16] :

Il est possible de détecter les effets pathogènes dans les populations sauvages en mesurant les changements dans la prévalence et l'intensité des agents pathogènes ou les changements dans les données démographiques des individus touchés au sein de la population cible. On doit par conséquent établir des données de base sur les agents pathogènes pour la population cible au moyen d'une surveillance systématique ou d'autres méthodes épidémiologiques. Au Canada toutefois, la surveillance des agents pathogènes chez les populations animales aquatiques sauvages est presque inexistante et devrait être établie.

[196] M. Thomson dit qu'il croit comprendre que le ministre a ordonné au MPO d'entreprendre, à l'automne de 2018, une évaluation des risques exhaustive en vue de répondre à des préoccupations entourant les maladies cardiaques idiopathiques, le RVP, l'IMSC ainsi que les effets perçus sur la santé des saumons sauvages. Ce travail se fera au moyen d'un processus complet d'examen scientifique par des pairs, qui mènera à un document de travail sur la caractérisation des maladies et des agents pathogènes des poissons, à une évaluation des risques ainsi qu'à un avis scientifique résumant les conseils scientifiques en matière de gestion de l'aquaculture. Tant le document de travail que l'évaluation des risques nécessiteront l'examen, la synthèse et l'analyse sous un angle critique de la littérature scientifique pertinente. Un comité directeur chargé de ce processus sera constitué pour passer en revue le cadre de référence de la réunion d'examen par des pairs et de recommander pour cette réunion une liste d'examineurs et de participants experts. Le comité directeur sera formé d'un éventail d'experts de la Direction des sciences de la Région du Pacifique, de la Direction générale de la gestion de l'aquaculture du MPO, ainsi que du gouvernement, de l'industrie, d'ONGE et de Premières Nations de la Colombie-Britannique, et il sera également invité à prendre part à la réunion d'examen par des pairs. M. Thomson ajoute

Advisory Report, the final form of which will be published on DFO's website. Aquaculture Management will also consider the report to make a new decision to either maintain or change the PRV Policy. Mr. Thomson also describes reviews currently underway by DFO as to its fish health management activities, changes being made to managing salmon transfers and fish health, and states that DFO is considering implementing a number of changes to further improve the program in response to the Auditor General and other reports.

[197] What this background establishes is that the status and health of wild Pacific salmon has been raised, and acknowledged by DFO, as a concern for many years and that disease risk assessments to increase knowledge of the effects of aquaculture are incomplete, including with respect to PRV and HSMI. Against this background is the question of whether in adopting and reconsidering the PRV Policy, the delegate considered wild salmon health.

[198] I am not persuaded that the record before the delegate when she made the PRV Policy Decision completely ignores considerations of wild Pacific salmon. For example, the 2015 CSAS Science Response contains a summary of the key considerations for an evaluation of risk posed to wild salmon through the transfer of PRV-positive fish to the marine environment, as well as key uncertainties related to data, studies, or the evidence reviewed.

[199] However, that said, the record that was before the delegate contains virtually no information as to the

que le document de travail devrait être terminé d'ici septembre 2018, tandis que l'évaluation des risques devrait l'être d'ici le début de décembre 2018. Le MPO tiendra ensuite une réunion d'examen par des pairs du SCCS en janvier 2019 en vue d'examiner le document de travail et l'évaluation des risques et de produire un avis scientifique, dont la forme définitive sera publiée dans le site Web du MPO. La Direction générale de la gestion de l'aquaculture étudiera également le rapport en vue de décider à nouveau si elle conservera la Politique concernant le RVP ou si elle la modifiera. M. Thomson décrit également les examens actuellement menés par le MPO au sujet de ses activités de gestion liées à la santé des poissons, ainsi que les changements apportés quant à la gestion des transferts de saumons et de l'état de santé des poissons, et il ajoute que le MPO songe à faire des changements pour améliorer davantage le programme en réponse au rapport du vérificateur général ainsi qu'à d'autres rapports.

[197] Ce contexte établit que l'état et la santé des saumons du Pacifique sauvages sont évoqués, et reconnus par le MPO, comme un sujet de préoccupation depuis de nombreuses années et que les évaluations des risques de maladie destinées à améliorer les connaissances sur les effets de l'aquaculture sont incomplètes, notamment en ce qui concerne le RVP et l'IMSC. C'est dans ce contexte que se pose la question de savoir si la déléguée, en adoptant et en réexaminant la Politique concernant le RVP, a pris en considération l'état de santé des saumons sauvages.

[198] Je ne suis pas convaincue que le dossier que la déléguée avait en main quand elle a rendu la décision sur la Politique concernant le RVP fait entièrement abstraction d'aspects liés aux saumons du Pacifique sauvages. Par exemple, la réponse des Sciences du SCCS de 2015 contient un résumé des principaux facteurs à prendre en compte dans le cas d'une évaluation des risques pour les saumons sauvages par suite du transfert en milieu marin de poissons infectés par le RVP, de même que les principales incertitudes entourant les données, les études ou les éléments de preuve ayant fait l'objet d'un examen.

[199] Cependant, cela dit, le dossier que la déléguée avait en main ne contient presque aucune information

status or health of wild Pacific salmon in British Columbia or how this may, or may not, have factored into the decision to continue the PRV Policy. Moreover, potential impacts on wild salmon are addressed almost exclusively in the context of the effects of PRV and HSMI on farmed salmon.

[200] For example, the 2015 CSAS Science Response notes that concerns have been raised about the presence of PRV in farmed fish and the potential impact of this on the health of wild salmon arising from transfers. Its listed objectives speak to the provision of a technical review of data and studies pertaining to PRV and wild and farmed salmon and the evaluation of the adequacy of current farm-based and wild monitoring practices to detect the presence of HSMI or other diseases possibly related to PRV. However, the portion of the response entitled “Evaluation of the adequacy of current farm-based and wild monitoring practices to detect the presence of HSMI or other diseases possibly associated with PRV” only addresses audits and other information gathered from fish farms. It contains no information concerning the monitoring of wild salmon as to health or numbers. Nor does it acknowledge that some conservation units of wild Pacific salmon are at risk or address whether or not wild Pacific salmon are potentially at a higher risk from PRV because of the differing environment and stressors they experience as compared to farmed fish. And, as indicated above, the subsequent Auditor General’s Report indicates that DFO is not monitoring wild Pacific salmon health.

[201] Essentially, the 2015 CSAS Science Response, based in large part on the Garver 2016 challenge study, finds that infection of Chinook, sockeye and Atlantic salmon with BC-PRV “does not cause disease in those species”. Further, that the absence of associated

sur l’état ou la santé des saumons du Pacifique sauvages en Colombie-Britannique ou sur la manière dont ce fait peut avoir joué, ou pas, dans la décision de poursuivre l’application de la Politique concernant le RVP. Par ailleurs, les effets possibles sur les saumons sauvages sont examinés presque exclusivement dans le contexte des effets du RVP et de l’IMSC sur les saumons d’élevage.

[200] Par exemple, la réponse des Sciences du SCCS de 2015 signale que des préoccupations ont été soulevées à l’égard de la présence du RVP chez des poissons d’élevage, ainsi que de l’effet potentiel de celle-ci sur la santé des saumons sauvages à la suite des transferts. Les objectifs qui y sont énumérés traitent de l’exécution d’un examen technique de données et d’études relatives au RVP ainsi qu’aux saumons sauvages et d’élevage, de même que de l’évaluation du caractère adéquat des méthodes actuelles de surveillance des poissons sauvages et d’élevage en vue de déceler la présence de l’IMSC ou d’autres maladies peut-être liées au RVP. Cependant, la partie de la réponse intitulée « Évaluation du caractère adéquat des pratiques de surveillance actuelles des exploitations aquacoles et du milieu sauvage pour détecter la présence du HSMI ou d’autres maladies possiblement associés au réovirus pisciaire » ne porte que sur les vérifications menées et d’autres informations recueillies auprès de fermes piscicoles. Elle ne contient aucune information sur la surveillance des saumons sauvages sur le plan de la santé ou des effectifs. Pas plus qu’elle ne reconnaît que certaines unités de conservation des saumons du Pacifique sauvages sont à risque, ou qu’elle ne traite de la question de savoir si les saumons du Pacifique sauvages courent peut-être plus de risques de contracter le RVP à cause de l’environnement et des facteurs de perturbation différents auxquels ils sont soumis par rapport aux poissons d’élevage. Et, comme il a été indiqué précédemment le rapport du vérificateur général, qui a été publié ultérieurement, indique que le MPO ne surveille pas l’état de santé des saumons du Pacifique sauvages.

[201] Essentiellement, la réponse des Sciences du SCCS de 2015, qui est fondée en grande partie sur l’étude de provocation de Garver 2016, conclut que l’infection par le RVP de la C.-B. chez le saumon chinook, le saumon rouge et le saumon atlantique « ne cause pas

mortality or pathology in infected fish also indicates that BC-PRV was non-pathogenic. It acknowledges, however, that apart from the absence of disease, the challenges resulted in similar infectivity and distribution in host tissues as described in Norwegian studies of fish infected with Norwegian-PRV/ HSMI. I note that, at that time, diagnosis of HSMI by DFO was by combination of clinical signs (abnormal swimming, anorexia etc.) and histological evidence. The 2015 CSAS Science Response concludes, assuming a similar clinical presentation in farmed BC salmon, that HSMI would have been identified if it were present. Of course, HSMI was subsequently diagnosed in BC farmed fish utilizing a diagnosis based solely on histological studies, and apparently in the absence of clinical signs associated with the Norwegian experience.

[202] The RDG Memorandum acknowledges the anticipated publication of the Di Cicco 2017 study diagnosing HSMI on a B.C. fish farm. The RDG Memorandum also acknowledges that PRV is widely considered as the leading cause of HSMI, but states that PRV's role in the development of HSMI and other diseases is considered to be uncertain. It states that it is not yet known if some strains are more prone to result in disease, if species susceptibility differs among strains or if other factors are involved in disease development. Based primarily on the Garver 2016 challenge, where infection with loads of PRV similar to or higher than PRV loads reported in Atlantic salmon with HSMI lesions in Norway, but in which Atlantic, sockeye and Chinook salmon failed to exhibit any symptoms of disease, as well as HSMI causing low mortalities on fish farms, the PRV Policy was continued. Thus, the RDG Memorandum acknowledges that HSMI has now been diagnosed in Atlantic salmon on a BC farm and that there are uncertainties concerning HSMI, including as to species susceptibility. However, the RDG Memorandum does not address this information in the context of the impact of this, if any, on wild Pacific salmon, other than concluding that transfers are permissible as they would not harm the population of

de maladies chez ces espèces ». De plus, l'absence de mortalité ou de pathologie connexe chez les poissons infectés dénote également que le RVP de la C.-B. n'est pas pathogène. Elle reconnaît toutefois que, hormis l'absence de maladie, les études de provocation ont donné lieu à une infectiosité et à une distribution dans les tissus hôtes qui étaient semblables à celles décrites dans des études norvégiennes portant sur des poissons infectés par la variante norvégienne du RVP/IMSC. Je signale que, à cette époque, le MPO diagnostiquait l'IMSC à l'aide d'une combinaison de signes cliniques (nage anormale, anorexie, etc.) et de preuves histologiques. La réponse des Sciences du SCSS de 2015 conclut, en supposant que le tableau clinique était semblable à celui qui s'appliquait aux saumons d'élevage de la Colombie-Britannique, qu'on aurait décelé l'IMSC si elle était présente. Bien sûr, l'IMSC a été diagnostiquée par la suite chez des poissons d'élevage de la Colombie-Britannique à partir d'un diagnostic basé uniquement sur des études histologiques, et, semble-t-il, en l'absence de signes cliniques associés à la situation en Norvège.

[202] La note de service adressée à la DGR prend acte de la publication prévue de l'étude Di Cicco 2017, qui a diagnostiqué la présence de l'IMSC dans une ferme piscicole de la Colombie-Britannique. Elle reconnaît aussi que l'on considère largement que le RVP est la principale cause de l'IMSC, mais elle indique que le rôle de ce virus dans l'apparition de l'IMSC et d'autres maladies est considéré comme incertain. Il y est indiqué que l'on ignore encore si certaines souches sont plus susceptibles de déclencher une maladie, si la sensibilité des espèces diffère selon les souches ou si d'autres facteurs entrent en jeu dans l'apparition de la maladie. En prenant principalement pour base l'étude de provocation Garver 2016, où une infection par des charges en RVP semblables ou supérieures à celles signalées chez des saumons atlantiques présentant des lésions associées à l'IMSC en Norvège, mais où des saumons atlantiques, rouges et chinooks n'avaient manifesté aucun symptôme de maladie, ainsi que peu de mortalité due à l'IMSC dans des fermes piscicoles, la Politique concernant le RVP a été maintenue. La note de service adressée à la DGR reconnaît donc que l'on a maintenant diagnostiqué l'IMSC chez des saumons atlantiques présents dans une ferme de la Colombie-Britannique et qu'il y a des incertitudes

fish as a whole. It is also of note that DFO's position that BC-PRV does not cause disease in the challenged species was now revised to state that the species challenged by Garver 2016 failed to exhibit any symptoms of disease.

[203] The Minister's Interpretation also recognizes that there are geographic disease considerations such that, where a disease does occur in a given local, a wide variety of host and environmental factors that may be specific to that area influence the outcome of or harm caused by the infections. And, significantly, that applying the Minister's Interpretation to the facts of a given transfer is a complex decision including factual matters outside paragraph 56(b) "for example, the bodies of scientific knowledge in regard to fish disease and disease agents *and the state of the fisheries for different species of fish.*" Yet nothing in the record before the delegate indicates that she considered the status of wild Pacific salmon. That is, the fact that some conservation units are threatened, or if PRV and HSMI may differently impact wild Pacific salmon.

[204] The March RSR seemingly accepts, based on Wessel 2017 which used purified PRV as inoculum in an experimental challenge trial to confirm that PRV is the causal agent of HSMI, that PRV is the causative agent of HSMI, but emphasizes that Wessel 2017 acknowledges that is unclear why in many instances infections do not lead to disease. Again, based largely on the Garver 2016 BC-PRV challenge, the March RSR concludes that PRV testing is not currently an informative diagnostic for disease development. It notes that PRV research is underway to better understand what factors are responsible

au sujet de l'IMSC, notamment à l'égard de la sensibilité des espèces. Cependant, la note de service adressée à la DGR ne traite pas de ces données dans le contexte de l'effet de cette situation, le cas échéant, sur les saumons du Pacifique sauvages, si ce n'est pour conclure que les transferts sont acceptables, car ils ne nuiraient pas à la population de poissons dans son ensemble. Il convient également de signaler que la thèse du MPO — à savoir que le RVP de la C.-B. ne cause pas de maladies chez les espèces ayant fait l'objet d'épreuves de provocation — a aujourd'hui été révisée pour dire que les espèces soumises à l'étude de provocation Garver 2016 n'ont présenté aucun symptôme de maladie.

[203] L'Interprétation du ministre reconnaît elle aussi l'existence de facteurs pathogènes géographiques de nature telle que, lorsqu'une maladie se manifeste effectivement dans un lieu donné, un large éventail d'hôtes et de facteurs environnementaux qui peuvent être propres à ce lieu influent sur l'effet des infections ou les dommages causés par celles-ci. Et, de façon importante, le fait d'appliquer l'Interprétation du ministre aux faits liés à un transfert donné est une décision complexe qui comporte des questions de fait débordant le cadre de l'alinéa 56b), [TRADUCTION] « comme l'ensemble des connaissances scientifiques sur les maladies et les agents pathogènes des poissons, ainsi que *l'état des pêches pour des espèces de poissons différentes* ». Pourtant, rien dans le dossier soumis à la déléguée n'indique que celle-ci a pris en considération l'état des saumons du Pacifique sauvages. C'est-à-dire, le fait que certaines unités de conservation sont menacées, ou celui de savoir si le RVP et l'IMSC peuvent avoir un impact différent sur les saumons du Pacifique sauvages.

[204] La RRS de mars admet, semble-t-il, en se fondant sur l'étude Wessel 2017, dans le cadre de laquelle on s'est servi de particules purifiées du RVP comme inoculant lors d'une épreuve de provocation expérimentale pour confirmer que ce virus est l'agent causal de l'IMSC, que le RVP est l'agent responsable de l'IMSC, mais elle souligne que cette étude reconnaît qu'on ne sait pas clairement pourquoi, dans bien des cas, les infections ne déclenchent pas la maladie. Là encore, en se fondant dans une large mesure sur l'étude de provocation Garver 2016 (RVP de la C.-B.), la RRS de mars conclut

for the altered disease scenarios and what conditional requirements exacerbate non-virulent PRV into a HSMI disease state. In this way, the March RSR acknowledges the continuing scientific uncertainties surrounding PRV and HSMI.

[205] Nor does the March RSR address whether or not conditions to which wild Pacific salmon are exposed, as compared to farmed salmon, might exacerbate non-virulent PRV into a HSMI disease state. The impact, if any, on at-risk conservation units is not addressed. Additionally, mortality figures are all derived from farmed fish, primarily Atlantic salmon. Moreover, in addressing Di Cicco 2017, the March RSR acknowledges that Di Cicco 2017 documents the progression of cardiac lesions consistent with histopathological diagnosis of HSMI in Norway. Further, that during the period of highest prevalence HSMI was diagnosed in 20–44 percent of fish sampled with an additional 35–70 percent having some degree of minor heart inflammation. However, the RSR does not address this in the context of what impact, if any, such lesions would have on wild salmon, its conclusion relying on the low mortality rates at the fish farm studied by Di Cicco. The Di Cicco 2017 study also directly raised the issue of wild Pacific salmon, including stating that the next obvious question was what is the risk of disease in Pacific salmon and/or the risk of transmission of the virus between wild salmon and farmed salmon. Di Cicco 2017 states that such a risk assessment would require further studies.

[206] The most recent draft DFO web statement, February 19, 2018, which was apparently relied upon by the delegate in making the PRV Policy Decision, describes the Norwegian experience with HSMI, including that although field observations have suggested

qu'à l'heure actuelle les tests de dépistage du RVP ne sont pas un diagnostic informatif d'apparition de la maladie. Elle signale qu'on a entrepris des recherches sur le RVP pour mieux comprendre quels facteurs sont responsables des scénarios de maladie modifiés et quelles exigences conditionnelles exacerbent la forme non virulente du RVP de manière à ce qu'elle entraîne une IMSC. La RRS de mars reconnaît ainsi les incertitudes scientifiques constantes qui entourent le RVP et l'IMSC.

[205] La RRS de mars ne traite pas non plus de la question de savoir si les conditions auxquelles sont exposés les saumons du Pacifique sauvages, par rapport aux saumons d'élevage, peuvent exacerber ou non la forme non virulente du RVP de manière à ce qu'elle entraîne une IMSC. L'effet, si effet il y a, sur les unités de conservation à risque n'est pas analysé. De plus, les chiffres de mortalité sont tous dérivés de poissons d'élevage, principalement des saumons atlantiques. Par ailleurs, en traitant de l'étude Di Cicco 2017, la RRS de mars reconnaît que cette dernière décrit la progression de lésions cardiaques concordant avec le diagnostic histopathologique de l'IMSC en Norvège. De plus, au cours de la période de prévalence la plus élevée, l'IMSC a été diagnostiquée chez 20 à 44 p. 100 des poissons échantillonnés, et un pourcentage supplémentaire de 35 à 70 p. 100 présentait un degré d'inflammation cardiaque mineur. Cependant, la RRS ne traite pas de cette question dans le contexte de savoir quel effet, si effet il y a, de telles lésions auraient sur les saumons sauvages, sa conclusion étant fondée sur les faibles taux de mortalité relevés à la ferme piscicole étudiée par Di Cicco. L'étude Di Cicco 2017 a aussi soulevé directement la question des saumons du Pacifique sauvages, indiquant notamment que la prochaine question évidente consistait à savoir quel était le risque de maladie chez les saumons du Pacifique ou le risque de transmission du virus entre les saumons sauvages et les saumons d'élevage. Selon l'étude Di Cicco 2017, une telle évaluation de risques nécessiterait de plus amples études.

[206] L'ébauche de déclaration Web la plus récente du MPO, qui est datée du 19 février 2018 et sur laquelle la déléguée s'est semble-t-il fondée pour se prononcer sur la Politique concernant le RVP, décrit la situation de l'IMSC en Norvège, en soulignant notamment le fait

that surviving fish in affected sea cages may recover, non-lethal outbreaks are still considered a significant problem in Norwegian Atlantic salmon farming due to poor growth and general performance of fish following infection. The web statement goes on to say that, while Norwegian PRV strains and the causality of HSMI has been conclusively demonstrated, the disease-causing potential of North American strains in native species is uncertain, referencing the Garver 2016 challenge, suggesting BC-PRV has a low ability to cause disease for those species. I pause here to note that Garver 2016 conducted challenge studies on three species of salmon, Atlantic, sockeye and Chinook, the latter two of which are found in the wild in BC. The remaining three species of BC wild salmon do not appear to have been subject to trials. As to Di Cicco 2017, the web statement reports that this documented the first farm level diagnosis of HSMI in BC and showed inflammatory lesions in heart and skeletal muscle tissue diagnostic of HSMI in a longitudinal study from one Atlantic Salmon farm in BC. At an individual level, not all fish carried lesions in both heart and skeletal muscle at any given point in time, but at the farm level, both were present and diagnostic of the disease. There was no associated elevation in mortalities reported at the farm level. Further, PRV was found to be correlated with the development of lesions diagnostic of HSMI and spatially located within the affected tissue, consistent with HSMI etiology from other countries.

[207] I note that in the Di Cicco 2017 study, HSMI was diagnosed by the existence of lesions and that the reported low mortality in that study was in connection with farmed fish. Although farmed Atlantic salmon exposed

que, même si des observations menées sur le terrain donnent à penser que des poissons survivants, présents dans des cages en mer touchées, peuvent se rétablir, l'on considère encore que des épisodes non létaux posent des problèmes importants dans les élevages de saumons atlantiques en Norvège en raison de la faible croissance et du comportement général des poissons à la suite d'une infection. La déclaration Web ajoute que, même si les souches du RVP norvégien et la causalité de l'IMSC ont été démontrées de manière concluante, le potentiel pathogène des souches nord-américaines chez les espèces indigènes est incertain, d'après l'étude de provocation Garver 2016, ce qui laisse croire que le RVP de la C.-B. a une faible capacité de causer la maladie chez ces espèces. J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que l'étude Garver 2016 a procédé à trois études de provocation sur trois espèces de saumons : le saumon atlantique, le saumon rouge et le saumon chinook, ces deux derniers étant présents à l'état sauvage en Colombie-Britannique. Les trois autres espèces de saumons sauvages de la Colombie-Britannique ne semblent pas avoir été soumises à des épreuves. Quant à l'étude Di Cicco 2017, la déclaration Web signale que celle-ci a établi le premier diagnostic d'IMSC dans les fermes en Colombie-Britannique et qu'elle a fait état de la présence, dans les tissus musculaires cardiaques et squelettiques, de lésions inflammatoires diagnostiques de l'IMSC dans le cadre d'une étude longitudinale basée sur une seule ferme d'élevage de saumons atlantiques en Colombie-Britannique. Au niveau des individus, ce n'était pas la totalité des poissons qui présentaient des lésions dans les muscles cardiaques et les muscles squelettiques à un moment quelconque dans le temps, mais, au niveau des fermes d'élevage, les deux types de lésions étaient présents et établissaient le diagnostic de la maladie. Aucune hausse connexe du taux de mortalité n'a été signalée à l'échelle des fermes d'élevage. De plus, il a été constaté que le RVP était corrélé avec l'apparition de lésions diagnostiques de l'IMSC et localisé dans les tissus touchés, ce qui concordait avec les données d'autres pays sur l'étiologie de l'IMSC.

[207] Je signale que dans l'étude Di Cicco 2017 la présence de l'IMSC a été diagnostiquée au moyen de l'existence de lésions et que le faible taux de mortalité relevé dans cette étude était en lien avec des poissons

to BC-PRV had now been diagnosed with HSMI, the web document does not address the potential of the same outcome for wild Pacific salmon. Nor is what, if any, effects such lesions would have on at-risk wild Pacific salmon that face very different survival conditions than do farmed fish. Rather, the web statement goes on to say that the finding of lesions in the Di Cicco 2017 study were consistent with heart lesions of suspected viral origin reported through the DFO audit program since 2008 and by industry possibly as early as 2002, but never diagnosed as a specific disease. The inference seems to be that, even if not previously diagnosed by DFO (presumably as it previously required clinical signs of disease as well as histopathological examination for diagnosis), HSMI or HSMI-like lesions, have been present in farm fish for an extended period of time without significant mortalities.

[208] Moreover, and significantly, the web statement reports that DFO scientists, and provincial and international colleagues, are conducting investigations to better understand the biology of PRV and HSMI in wild and farmed salmon. Examples include studies assessing the association between PRV infections and spawning success of sockeye salmon in the Fraser River. One study is referenced in this regard, Miller, K.M. *et al.* (2014), “Infectious disease, shifting climates, and opportunities predators: cumulative factors potentially impacting wild salmon declines”, *Evol. Appl.* 2014:7(7):812-855. doi: 10.1111/eva.12164 (Miller 2014). In fact, Miller 2014 is addressed in the 2015 CSAS Science Response, which states as follows [at page 8]:

Miller *et al.* (2014) reported a weak, but significant, association between PRV infection and spawning migration losses in Chilko Lake Sockeye Salmon; however, this association was not seen in Sockeye Salmon of the Late Shuswap stock. These authors reported a “disease response” to infection with PRV in gill tissue in adult fish

d'élevage. Même si l'on avait diagnostiqué à ce moment que des saumons atlantiques d'élevage exposés au RVP de la C.-B. étaient atteints de l'IMSC, le document Web ne traite pas de la possibilité que l'effet soit le même chez les saumons du Pacifique sauvages, pas plus que du fait de savoir quels effets, le cas échéant, de telles lésions auraient sur les saumons du Pacifique sauvages à risque, lesquels sont confrontés à des conditions de survie nettement différentes de celles des poissons d'élevage. La déclaration Web ajoute plutôt que la découverte de lésions dans l'étude Di Cicco 2017 concordait avec la présence de lésions cardiaques d'origine virale soupçonnée, déclarées par l'entremise du programme de vérification du MPO depuis 2008, de même que par l'industrie dès 2002 peut-être, mais jamais diagnostiquées en tant que maladie précise. On semble ainsi inférer que, même si le MPO ne les a pas diagnostiquées antérieurement (vraisemblablement parce qu'elles exigeaient auparavant des signes cliniques de maladie, de même qu'un examen histopathologique à des fins diagnostiques), des lésions associées à l'IMSC ou semblables à cette maladie sont présentes dans les poissons d'élevage depuis un temps prolongé, sans causer de mortalité importante.

[208] Par ailleurs, et il s'agit là d'un détail important, la déclaration Web mentionne que des scientifiques du MPO, ainsi que des collègues provinciaux et étrangers, ont entrepris des enquêtes pour mieux comprendre la biologie du RVP et de l'IMSC chez les saumons sauvages et d'élevage, comme des études évaluant l'association entre les infections par le RVP et le succès de fraye chez le saumon rouge dans le fleuve Fraser. Il est fait référence à une étude en particulier à cet égard : K. M. Miller *et coll.* (2014), « Infectious disease, shifting climates, and opportunities predators: cumulative factors potentially impacting wild salmon declines », *Evol. Appl.* 2014:7(7):812-855. doi:10.1111/eva.12164 (l'étude Miller 2014). En fait, il est question de cette étude dans la réponse des Sciences du SCCS de 2015, où l'on peut lire ce qui suit [à la page 9] :

Miller *et al.* (2014) ont signalé une association faible, quoique significative, entre l'infection par le réovirus pisciaire et les pertes lors de la migration de frai du saumon rouge du lac Chilko. Toutefois, cette association n'a pas été observée chez le saumon rouge du stock de la montaison tardive de la rivière Shuswap. Ces auteurs ont signalé

sampled in the marine environment, as indicated by their identification of 20 host genes, including 9 that were involved with immunity, that were significantly associated with PRV. In contrast, recent controlled laboratory studies that were examining the host immune response have found only small transitory changes in gene expression in blood and head kidney in juvenile Sockeye Salmon, associated with early stage PRV infections in saltwater. ...

[209] This is the only direct reference to a study addressing how PRV may impact wild Pacific salmon and would seem to suggest a difference between results obtained from studies of wild sockeye salmon and experimental studies of sockeye salmon. However, the record does not indicate that over the next four years DFO further addressed this, nor suggest that further study of disease response in wild Pacific salmon has been conducted in the interim addressing this area of uncertainty. The web statement does reference other examples of such studies, describing them as the potential association of PRV with disease in Pacific salmon; the assessment of infectious agents and histological evidence of disease in farmed, wild, and enhancement salmon; as well as studies investigating whether infection with PRV in the absence of HSMI would affect how a fish may respond when exposed to other naturally occurring viruses. However, it does not name or reference any completed studies or identify if it is DFO or other scientists who are conducting these investigations, or the status of these studies.

[210] Finally, as to Di Cicco 2018, the June RSR, which was prepared within seven days, took issue with Di Cicco's methodology, including failure to consider the Garver 2016(a) jaundice study, and concludes that Di Cicco 2018's finding that Chinook salmon may be at more than a minimal risk of disease from exposure to PRV occurring on salmon farms is not substantiated. The June RSR also discounts the statement in Di Cicco

une « réaction » à l'infection par le réovirus pisciaire dans le tissu branchial de poissons adultes prélevés dans le milieu marin, qui touchait l'expression de 20 gènes fortement associés au réovirus pisciaire chez les hôtes, dont 9 qui interviennent dans la réponse immunitaire. En revanche, de récentes études contrôlées en laboratoire qui portaient sur la réponse immunitaire de l'hôte n'ont révélé que de petits changements temporaires de l'expression génétique dans le sang et le rein antérieur de saumons rouges juvéniles, lesquels étaient associés aux premiers stades de l'infection par le réovirus pisciaire en eau salée [...]

[209] Il s'agit là de la seule mention directe d'une étude portant sur l'effet que peut avoir le RVP sur les saumons du Pacifique sauvages, et elle semble laisser entrevoir une différence entre les résultats obtenus à partir d'études sur les saumons rouges sauvages et ceux obtenus d'études expérimentales sur le saumon rouge. Cependant, le dossier n'indique pas qu'au cours des quatre années suivantes le MPO a étudié la question plus en détail, pas plus qu'il ne donne à penser que, dans l'intervalle, d'autres études ont été réalisées sur les réactions des saumons du Pacifique sauvages à la maladie et qu'elles traitent de cette zone d'incertitude. La déclaration Web fait toutefois référence à d'autres exemples de ce genre d'études, les décrivant comme suit : l'association possible du RVP avec la maladie chez les saumons du Pacifique; l'évaluation d'agents infectieux et de preuves histologiques de la maladie chez les saumons d'élevage, sauvages et mis en valeur; ainsi que des études examinant si une infection par le RVP, en l'absence d'IMSC, aurait une incidence sur la manière dont un poisson peut réagir quand il est exposé à d'autres virus d'origine naturelle. Cependant, elle ne nomme aucune étude réalisée ou n'en fait pas mention, ou n'indique pas si c'est le MPO ou d'autres scientifiques qui mènent ces enquêtes. Elle ne décrit pas non plus l'état de ces études.

[210] Enfin, pour ce qui est de l'étude Di Cicco 2018, la RRS de juin, rédigée dans un délai de moins de sept jours, a mis en doute la méthodologie de Di Cicco, dont le fait de ne pas avoir pris en compte l'étude Garver 2016(a) sur la jaunisse, et elle conclut que le constat de l'étude Di Cicco 2018, à savoir que le saumon chinook peut être exposé à plus qu'un risque minime de maladie par suite d'une exposition au RVP dans les

2018 that there may be a very real risk associated with PRV transmission from farmed salmon, in which PRV is highly prevalent, to wild Pacific salmon, on the basis that it is qualified by the further statement that the severity and extent of those risks still remains elusive. The June RSR states that the magnitude of the risk of disease was not examined in the study, and should not have been reported, given the quantity and quality of the data utilized.

[211] Significantly, although Di Cicco 2018 directly raised risk to wild Pacific salmon, which the June RSR discounts, the record does not indicate that DFO otherwise revisited and reassessed the identified risk to confirm, utilizing methodology that it considered to be valid, that it was not sufficient to require changes to the PRV Policy.

[212] The above clearly demonstrates that the record before the delegate continued to flag uncertainties concerning PRV and HSMI. DFO recognized that the science was rapidly evolving in this area and accordingly revisited the PRV Policy. It is true that the delegate's reasons for reaching the PRV Policy Decision are brief, however, it must be kept in mind that her reconsideration of the PRV Policy was essentially an internal decision. Further, extensive reasons are not required (*Newfoundland Nurses' Union*, at paragraphs 14–16; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 89; *Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 158, [2011] 4 F.C.R. 425, at paragraph 17(b)). It is also open to the Court to look to the record to see if it supports the decision (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 54). The difficulty here is that the record relied upon by the delegate contains no information as to the status or health of wild Pacific salmon stocks. And, if the submissions of the Minister are accepted, the delegate was entitled to rely on her experience and expertise in making the

fermes salmonicoles, n'est pas justifié. La RRS de juin fait également abstraction de la déclaration faite dans l'étude Di Cicco 2018, à savoir qu'il peut y avoir un risque très réel associé à la transmission du RVP entre les saumons d'élevage, chez lesquels le RVP est largement répandu, et les saumons du Pacifique sauvages, parce que cette déclaration est nuancée par la déclaration supplémentaire selon laquelle la gravité et l'ampleur de ce risque demeurent encore incertaines. Selon la RRS de juin, l'importance du risque de maladie n'a pas été examinée dans l'étude, et elle n'aurait pas dû être mentionnée, vu la quantité et la qualité des données utilisées.

[211] Fait important, même si l'étude Di Cicco 2018 a fait directement état d'un risque pour les saumons du Pacifique sauvages, ce dont la RRS de juin fait abstraction, le dossier n'indique pas que le MPO a par ailleurs revu et réévalué le risque en question de façon à confirmer, au moyen d'une méthode qu'il considérait comme valide, qu'il ne suffisait pas d'exiger que l'on apporte des changements à la Politique concernant le RVP.

[212] Les éléments qui précèdent montrent clairement que le dossier que la déléguée avait en main faisait encore état d'incertitudes à l'égard du RVP et de l'IMSC. Le MPO a reconnu que les connaissances scientifiques évoluaient rapidement dans ce domaine et il a donc revu la Politique concernant le RVP. Certes, les motifs pour lesquels la déléguée est arrivée à la décision sur la Politique concernant le RVP sont succincts, mais il faut garder à l'esprit que le réexamen qu'elle a fait de cette politique était essentiellement une décision interne. De plus, il n'est pas nécessaire de fournir des motifs détaillés (*Newfoundland Nurses' Union*, aux paragraphes 14 à 16; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 89; *Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 158, [2011] 4 R.C.F. 425, au paragraphe 17(b)). Il est également loisible à la Cour d'examiner le dossier pour voir s'il étaye la décision (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 54). Le problème, dans le cas présent, est que le dossier sur lequel la déléguée s'est fondée ne contient aucune information sur l'état ou la santé des

reconsideration. The fact that some wild Pacific salmon conservation units are at risk must surely have been part of that expertise. And, although the record suggests that there may be factors that could potentially cause PRV and HSMI to affect wild Pacific salmon differently than farmed salmon, or at the very least indicate considerable uncertainty in this regard, the delegate did not engage with the evidence or the issue, instead relying on the Garver 2016(a) and 2016 challenges and the current evidence that HSMI causes very low mortality to Atlantic salmon on BC fish farms to conclude that transfers of fish with low potential to cause mortality do not harm the protection and conservation of fish at a population level and, therefore, can be authorized as per the Minister's Interpretation of paragraph 56(b) of the FGRs.

[213] While the Minister argues that the delegate considered scientific advice that wild fish do not get disease from PRV, I am unable to locate such a definitive finding in the record that was before the delegate. Accordingly, in my view, while the status and health of wild Pacific salmon may well have been part of the general backdrop to the delegate's decision, the delegate failed to specifically consider a relevant factor, current wild Pacific salmon health and status, in the context of the prevailing scientific uncertainties surrounding PRV and HSMI, thereby rendering the decision unreasonable.

[214] Further, given the high degree of scientific uncertainty surrounding PRV and HSMI, the rapidly evolving science, the outstanding DFO comprehensive risk assessment, and the known decline in wild salmon numbers, the delegate's failure to address wild Pacific salmon health and status in making the PRV Policy Decision also fails to embody the precautionary principle.

stocks de saumons du Pacifique sauvages. Et, si je souscris aux observations du ministre, la déléguée était en droit de se fier à son expérience et à son expertise pour procéder au réexamen. Le fait que certaines unités de conservation de saumons du Pacifique sauvages soient à risque faisait sûrement partie de cette expertise. Et bien que le dossier donne à penser qu'il peut y avoir des facteurs susceptibles de causer le RVP et l'IMSC qui auraient sur les saumons du Pacifique sauvages un effet différent de celui qu'ils auraient sur les saumons d'élevage, ou qui indiqueraient à tout le moins qu'il existe une grande incertitude à cet égard, la déléguée n'a pas examiné la preuve ou la question, se fondant plutôt sur l'étude Garver 2016(a) et les épreuves de provocation de 2016, ainsi que sur la preuve actuelle que l'IMSC cause fort peu de mortalité chez les saumons atlantiques des fermes piscicoles de la Colombie-Britannique, pour conclure que les transferts de poissons qui présentent un faible risque de mortalité ne nuisent pas à la protection et à la conservation des poissons au niveau d'une population et qu'on peut donc les autoriser, conformément à l'Interprétation du ministre relative à l'alinéa 56b) du RPDG.

[213] Bien que le ministre fasse valoir que la déléguée a pris en considération des avis scientifiques selon lesquels les poissons sauvages ne contractent pas de maladies causées par le RVP, il m'est impossible de trouver une conclusion aussi définitive dans le dossier qui a été soumis à la déléguée. De ce fait, selon moi, même si l'état et la santé des saumons du Pacifique sauvages faisaient peut-être bien partie du contexte général dans lequel elle a pris sa décision, la déléguée n'a pas pris précisément en compte un facteur pertinent, soit la santé et l'état actuels des saumons du Pacifique sauvages, dans le contexte des incertitudes scientifiques qui entourent actuellement le RVP et l'IMSC, ce qui fait donc que cette décision est déraisonnable.

[214] De plus, compte tenu du degré élevé d'incertitude scientifique entourant le RVP et l'IMSC, de l'évolution rapide des connaissances scientifiques, de l'évaluation des risques exhaustive que le MPO n'a pas encore effectuée, ainsi que du déclin des effectifs de saumons sauvages, en ne traitant pas de la santé et de l'état des saumons du Pacifique sauvages au moment de prendre la décision sur la Politique concernant le RVP, la déléguée a de plus fait abstraction du principe de précaution.

(vi) *Did the Minister act in bad faith (T-430-18)?*

[215] In T-430-18, ‘Nāmgis asserts that the Minister acted in bad faith or for an improper purpose. Much of ‘Nāmgis’ argument on bad faith is intertwined with its other arguments as to the reasonableness of the decision, such as the Minister’s Interpretation of section 56 of the FGRs and the failure to consider relevant factors. However, in essence, ‘Nāmgis’ submission on bad faith is that by effecting and reconfirming the PRV Policy the Minister demonstrably acted to improperly promote the interests of the aquaculture industry without regard to the protection and conservation of fish as required by section 56 of the FGRs and *Morton 2015*. ‘Nāmgis submits that this is also demonstrated by DFO’s reliance of data known to be flawed, its preferring of dated studies that it co-authored, and its misrepresentation of evidence to conclude that PRV is endemic and ubiquitous in British Columbia.

[216] In support of its bad faith allegations, ‘Nāmgis not only relies on the record that was before the delegate but on the affidavits of three experts it retained in connection with this proceeding and an affidavit attaching, amongst other things, portions of documents obtained by way of requests made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (ATIP requests) made by ‘Nāmgis’ counsel. The Minister, Marine Harvest and Cermaq submit that those affidavits are inadmissible and seek to have them struck out in whole. The challenged affidavits are as follows:

- i. Affidavit of Dr. Martin Krkosek affirmed on May 14, 2018 (Krkosek affidavit);
- ii. Affidavit of Dr. Fred Kibenge affirmed on May 14, 2018 (Kibenge affidavit);
- iii. Affidavit of Dr. Richard Routledge affirmed on May 14, 2018 (Routledge affidavit);

(collectively the “‘Nāmgis expert affidavits”)

(vi) *Le ministre a-t-il agi de mauvaise foi (T-430-18)?*

[215] Dans le dossier T-430-18, la PNN affirme que le ministre a agi de mauvaise foi ou à une fin illégitime. Son argument relatif à la mauvaise foi est pour une large part étroitement lié à ses autres arguments concernant le caractère raisonnable de la décision, notamment pour ce qui est de l’interprétation que fait le ministre de l’article 56 du RPDG et du défaut de prendre en considération des facteurs pertinents. Toutefois, l’argument qu’invocque la PNN au sujet de la mauvaise foi est essentiellement le suivant : en donnant effet à la Politique concernant le RVP et en la reconfirmant le ministre a manifestement agi de manière à favoriser indûment les intérêts de l’industrie aquacole sans tenir compte de la protection et de la conservation des poissons, ainsi que l’exigent l’article 56 du RPDG et la décision *Morton 2015*. La PNN soutient que cela est également démontré par le fait que le MPO se fonde sur des données que l’on sait lacunaires, qu’il privilégie des études désuètes auxquelles il a participé et qu’il présente des preuves sous un faux jour pour conclure que le RVP est endémique et omniprésent en Colombie-Britannique.

[216] À l’appui de ses allégations de mauvaise foi, la PNN se fonde non seulement sur le dossier qui a été soumis à la déléguée, mais aussi sur les affidavits de trois experts dont elle a retenu les services en lien avec la présente instance, ainsi que sur un affidavit auquel sont jointes, notamment, des extraits de documents obtenus par suite de demandes présentées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (les demandes d’AI). Le ministre, Marine Harvest et Cermaq soutiennent que ces affidavits ne sont pas admissibles et ils souhaitent qu’ils soient entièrement radiés. Les affidavits contestés sont les suivants :

- i. l’affidavit de M. Martin Krkosek, souscrit le 14 mai 2018 (l’affidavit de M. Krkosek);
- ii. l’affidavit de M. Fred Kibenge, souscrit le 14 mai 2018 (l’affidavit de M. Kibenge);
- iii. l’affidavit de M. Richard Routledge, souscrit le 14 mai 2018 (l’affidavit de M. Routledge);

(collectivement, les « affidavits d’experts de la PNN »)

iv. Affidavit of Mr. Won Drastil affirmed on May 9, 2018 (Drastil affidavit No. 1).

[217] Marine Harvest and Cermaq also seek to strike out portions of the Svanvik Affidavit.

(a) Rule 312—motions to strike

[218] On May 24, 2018, the Minister filed a Motion in writing pursuant to rule 369, seeking an order striking out the ‘*Namgis* expert affidavits and Drastil affidavit No. 1 in their entirety at the preliminary stage. On August 17, 2018, Marine Harvest filed a similar motion and additionally sought to strike out paragraphs 149–165, 177–178 and 186 of the Svanvik affidavit. On the same date, Cermaq brought a motion seeking to strike the ‘*Namgis* expert affidavits, Drastil affidavit No. 1 as well as paragraphs 67–73, 93–94, 116–137, 139–140, 149–156, 164–165, 167–169, 172, 174–178, 180–181, 184–187, 188–193 and exhibits N, O–U, Z, KK, LL–QQ of the Svanvik affidavit.

[219] ‘*Namgis*, in its written submissions made in response to these motions to strike, concedes that paragraphs 149–165, 177–178 and 186 of the Svanvik affidavit should be struck, explaining that they had inadvertently been retained from a prior draft. This effectively resolves that portion of Marine Harvest’s motion to strike as it relates to the Svanvik affidavit.

[220] By way of background, by Order dated June 8, 2018, the case management Judge declined to exercise her discretion to strike the ‘*Namgis* expert affidavits, Drastil affidavit No. 1, and portions of the Svanvik affidavit. She dismissed the respondents’ motions and held that the issue of admissibility of the impugned evidence would be determined by the applications Judge, without prejudice to the respondents’ ability to have the impugned evidence struck at that hearing.

iv. l’affidavit de M. Won Drastil, souscrit le 9 mai 2018 (l’affidavit n° 1 de M. Drastil).

[217] Marine Harvest et Cermaq souhaitent de plus faire radier certaines parties de l’affidavit du chef Svanvik.

a) La règle 312 des Règles — Les requêtes en radiation

[218] Le 24 mai 2018, le ministre a déposé une requête par écrit en vertu de l’article 369 des Règles en vue d’obtenir une ordonnance radiant entièrement les affidavits d’experts de la PNN et l’affidavit n° 1 de M. Drastil au stade préliminaire. Le 17 août 2018, Marine Harvest a déposé une requête semblable et, de plus, a demandé la radiation des paragraphes 149 à 165, 177 et 178, et 186 de l’affidavit du chef Svanvik. À la même date, Cermaq a déposé une requête en vue de faire radier les affidavits d’experts de la PNN, l’affidavit n° 1 de M. Drastil, de même que les paragraphes 67 à 73, 93 et 94, 116 à 137, 139 et 140, 149 à 156, 164 et 165, 167 à 169, 172, 174 à 178, 180 et 181, 184 à 187 et 188 à 193, et les pièces N, O à U, Z, KK et LL à QQ de l’affidavit du chef Svanvik.

[219] Dans les observations écrites qu’elle a présentées en réponse à ces requêtes en radiation, la PNN admet que les paragraphes 149 à 165, 177 et 178, et 186 de l’affidavit du chef Svanvik devraient être radiés, expliquant qu’ils figuraient dans une ébauche antérieure et qu’ils avaient été conservés par erreur. Cela règle donc cette partie de la requête en radiation de Marine Harvest, relativement à l’affidavit du chef Svanvik.

[220] À titre de contexte, par une ordonnance datée du 8 juin 2018 la juge responsable de la gestion de l’instance a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour radier les affidavits d’experts de la PNN, l’affidavit n° 1 de M. Drastil, ainsi que des parties de l’affidavit du chef Svanvik. Elle a rejeté les requêtes des défendeurs et décrété que la question de l’admissibilité des éléments de preuve contestés serait tranchée par le juge des demandes, sous réserve de la capacité des défendeurs de faire radier à cette audience les éléments de preuve contestés.

[221] In the result, on July 6, 2018, the Minister served ‘Namgis with the Minister’s responding expert affidavits of Dr. Kyle Garver, sworn on July 4, 2018 (Garver affidavit), and Dr. Kim Hyatt, sworn on July 4, 2018 (Hyatt affidavit).

[222] Marine Harvest, in turn, filed the expert affidavit of Dr. Ahmed Siah, affirmed on July 6, 2019, responding to the Kibenge and Routledge affidavits, the expert affidavit of Dr. Michael Kent, affirmed on July 5, 2018, also responding to the Kibenge and Routledge affidavits, and the expert affidavit of Dr. Anthony Farrell, affirmed on July 9, 2018, responding to the Kibenge affidavit (collectively the “Marine Harvest expert affidavits”). Cermaq filed the expert affidavit of Dr. Donald Noakes, affirmed July 6, 2018, responding to the Krkosek affidavit.

[223] Ultimately, the parties prepared and filed their respective written submissions in these applications treating the contested evidence as if it were admissible. The five days allocated at the hearing for these applications was primarily utilized only for that purpose and the parties largely relied on their written submissions with respect to all of the motions, including those challenging the admissibility of the ‘Namgis expert affidavits.

[224] The Minister, Marine Harvest and Cermaq submit that the ‘Namgis expert affidavits as well as Drastil affidavit No. 1 are inadmissible and irrelevant. They did not form a part of the record that was before the Minister’s delegate and the exceptions to the general rule against extrinsic evidence on judicial review do not apply to them. They submit that the ‘Namgis expert affidavits are also inadmissible because they go to the ultimate issue in the underlying applications for judicial review. The affiants make arguments relating to their own interpretation of the PRV Policy, they suggest materials they believe should have been before the decision maker and they reach conclusions based on their own interpretations of their suggested materials.

[221] Le 6 juillet 2018, le ministre a donc signifié à la PNN les affidavits d’experts en réponse de Kyle Garver, souscrit le 4 juillet 2018 (l’affidavit de M. Garver), et de Kim Hyatt, souscrit le 4 juillet 2018 (l’affidavit de M^{me} Hyatt).

[222] Marine Harvest a déposé à son tour l’affidavit d’expert de M. Ahmed Siah, souscrit le 6 juillet 2019 et répondant aux affidavits de MM. Kibenge et Routledge, l’affidavit d’expert de Michael Kent, souscrit le 5 juillet 2018 et répondant lui aussi aux affidavits de MM. Kibenge et Routledge, de même que l’affidavit d’expert de M. Anthony Farrell, souscrit le 9 juillet 2018 et répondant à l’affidavit de M. Kibenge (collectivement, les « affidavits d’experts de Marine Harvest »). Cermaq a déposé pour sa part l’affidavit d’expert de M. Donald Noakes, souscrit le 6 juillet 2018 en réponse à l’affidavit de M. Krkosek.

[223] Au bout du compte, les parties ont préparé et déposé leurs observations écrites dans les présentes demandes, en partant de l’hypothèse que les éléments de preuve contestés étaient admissibles. Les cinq jours prévus pour l’audition des demandes ont principalement servi à déterminer l’admissibilité des éléments de preuve, et les parties se sont largement appuyées sur leurs observations écrites en ce qui concerne toutes les requêtes, dont celles contestant l’admissibilité des affidavits d’experts de la PNN.

[224] Le ministre, Marine Harvest et Cermaq soutiennent que les affidavits d’experts de la PNN, de même que l’affidavit n° 1 de M. Drastil, sont inadmissibles et non pertinents. Ils ne faisaient pas partie du dossier soumis à la déléguée du ministre, et les exceptions à la règle générale interdisant le dépôt de preuves extrinsèques dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire ne s’appliquent pas à ceux-ci. Ils considèrent que les affidavits d’experts de la PNN ne sont pas admissibles non plus parce qu’ils ont trait à la question ultime à trancher dans les demandes de contrôle judiciaire sous-jacentes. Les déposants avancent des arguments relatifs à leur propre interprétation de la Politique concernant le RVP, ils suggèrent une liste de documents qui, d’après eux, aurait dû être soumise à la décideure et ils tirent des conclusions qui découlent de leurs propres interprétations des documents qu’ils cherchent à mettre en preuve.

[225] Marine Harvest adds that the ‘Nāmgis expert affidavits expressly serve to reassess the facts in the decision record and to argue that the underlying administrative decision is wrong. Such evidence is not admissible on judicial review. Moreover, if admitted, the Court will become embroiled in the scientific debate, which is not its role.

[226] The respondents submit that Drastil affidavit No. 1 is a lay affidavit attaching as exhibits irrelevant material, consisting primarily of internal and draft DFO documents received pursuant to ATIP requests. The ‘Nāmgis expert affidavits and Drastil affidavit No. 1 attempt to expand the record before the Court beyond that which was before the Minister’s delegate, such that the Court may conduct a trial *de novo* on the issues. Marine Harvest and Cermaq add that the content of Drastil affidavit No. 1 is entirely hearsay or double hearsay.

[227] The Minister adds, as to the admissibility of the evidence as related to the duty to consult, that courts have excluded evidence that was not before the decision maker in some matters involving judicial review of Aboriginal consultations unless the new evidence relates to the issue of the status of an applicant, whether a duty to consult exists, and the scope of that duty. However, advancing a duty to consult claim within a judicial review application does not avoid the principles that underpin the rule against extrinsic evidence. Here, the ‘Nāmgis expert affidavits go beyond what is admissible evidence for the purpose of establishing a particular duty to consult. It is extrinsic to the record and does not go to the nature of any potential duty to consult. In effect, ‘Nāmgis is asking the Court to rely on the ‘Nāmgis expert affidavits to conclude that there is potential harm, under the auspices of the duty to consult test. Such a conclusion would effectively substitute the opinion of ‘Nāmgis’ experts for the decision of the Minister’s delegate regarding the PRV policy. Marine Harvest and Cermaq add that while judicial reviews concerning consultation do enjoy some flexibility with respect to admissible evidence, this has limits and a party is not permitted

[225] Marine Harvest ajoute que les affidavits d’experts de la PNN ont expressément pour but de faire réévaluer les faits dont il est question dans le dossier de la décision et d’appuyer la thèse que la décision administrative sous-jacente est erronée. Une telle preuve n’est pas admissible dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. En outre, si elle est admise, la Cour va se trouver mêlée au débat scientifique, ce qui n’est pas son rôle.

[226] Les défendeurs font valoir que, par son affidavit n° 1, M. Drastil ne livre pas un témoignage d’expert et que les documents, qui y sont joints comme pièces, sont essentiellement des documents internes et des ébauches de documents du MPO reçus par suite de demandes d’AI, qui ne sont pas pertinents. Les affidavits d’experts de la PNN et l’affidavit n° 1 de M. Drastil visent à amplifier le dossier présenté à la Cour par rapport à celui qui a été soumis à la déléguée du ministre, de telle sorte que la Cour puisse tenir un nouveau procès sur les questions en litige. Marine Harvest et Cermaq ajoutent que l’affidavit n° 1 de M. Drastil constitue du oui-dire ou du double oui-dire.

[227] Le ministre ajoute, en ce qui concerne l’admissibilité des preuves liées à l’obligation de consultation, que dans des instances de contrôle judiciaire portant sur des consultations menées auprès des Autochtones, les tribunaux ont exclu les éléments de preuve dont ne disposaient pas les décideurs, sauf dans les cas où ils étaient liés à la question de la qualité pour agir d’un demandeur, au fait de savoir s’il existait une obligation de consultation ou à la détermination de l’étendue de cette obligation. Cependant, le fait d’invoquer l’obligation de consultation dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire ne permet pas d’éviter l’application des principes qui sous-tendent la règle interdisant la présentation de preuves extrinsèques. En l’espèce, les affidavits d’experts de la PNN vont au-delà de ce qui constitue une preuve admissible en vue d’établir une obligation de consultation particulière. Il s’agit d’une preuve extrinsèque qui n’a pas trait à la nature d’une obligation de consultation potentielle. Ainsi, la PNN demande à la Cour de s’appuyer sur ses affidavits d’experts pour conclure à l’existence de dommages potentiels, sous les auspices du critère de l’obligation de consultation. De fait, une telle conclusion substituerait l’opinion des

to file evidence that is irrelevant or is intended to have the judicial review judge conduct a *de novo* hearing and usurp the jurisdiction of the decision maker. Here, the majority of ‘Nāmgis’ impugned evidence serves only to attack the merits of the decision under review and to transform the judicial review into an inquiry into PRV.

[228] For its part, ‘Nāmgis asserts that the ‘Nāmgis expert affidavits and Drastil affidavit No. 1 are admissible as extrinsic evidence under all three of the exceptions to the general rule and also as supporting the allegation that the Minister breached the duty to consult. Together, the impugned affidavits paint a compelling narrative respecting the institutional bad faith and/or the improper purpose DFO pursued by adopting the PRV Policy; provide evidence that DFO has misrepresented, omitted or capriciously dismissed crucial evidence; and, that the Minister adopted and affirmed the PRV Policy in bad faith and for the improper purpose of subverting *Morton 2015*. Further, the impugned affidavits provide evidence of the potential harm PRV causes to wild Pacific salmon, which is admissible as it goes to the existence and scope of the Crown’s duty to consult.

Analysis

[229] I have set out above, in the context of the rule 312 Motion of Ms. Morton in T-1710-16, the jurisprudence pertaining to the admissibility of affidavits in support of applications for judicial review. That is, because of the demarcation of the roles between an administrative decision maker and the Court, the Court cannot allow itself to become a forum for fact-finding on the merits

experts de la PNN à la décision de la déléguée du ministre portant sur la Politique concernant le RVP. Marine Harvest et Cermaq ajoutent que bien que les tribunaux jouissent d’une certaine latitude pour admettre des éléments de preuve dans le cadre de contrôles judiciaires visant des consultations, celle-ci n’est pas absolue et il est interdit à une partie de produire des éléments de preuve dépourvus de pertinence ou qui visent à faire en sorte que le juge chargé du contrôle judiciaire tienne une nouvelle audience et usurpe la compétence du décideur. Dans la présente affaire, la majorité des preuves de la PNN qui sont contestées ne servent qu’à attaquer le bien-fondé de la décision faisant l’objet du contrôle et à transformer le contrôle judiciaire en une enquête sur le RVP.

[228] Pour sa part, la PNN affirme que ses affidavits d’experts et l’affidavit n° 1 de M. Drastil sont admissibles à titre de preuves extrinsèques selon les trois exceptions à la règle générale et, aussi, qu’ils étaient l’allégation selon laquelle le ministre a manqué à l’obligation de consultation. Collectivement, les affidavits contestés illustrent de manière convaincante la mauvaise foi institutionnelle du MPO ou la fin illégitime qu’il a poursuivie en adoptant la Politique concernant le RVP; ils fournissent une preuve que le MPO a, arbitrairement et sous un faux jour, omis de prendre en compte ou rejeté des éléments de preuve cruciaux et que le ministre a adopté et confirmé la Politique concernant le RVP de mauvaise foi et dans le but illégitime de contourner la décision *Morton 2015*. En outre, les affidavits contestés sont une preuve des dommages que le RVP est susceptible de causer aux saumons du Pacifique sauvages, ce qui est une fin admissible, car cela a trait à l’existence et à l’étendue de l’obligation de consultation de la Couronne.

Analyse

[229] J’ai présenté ci-dessus, dans le contexte de la requête qu’a déposée M^{me} Morton en vertu de la règle 312 des Règles dans le dossier T-1710-16, un exposé de la jurisprudence portant sur l’admissibilité des affidavits présentés à l’appui d’une demande de contrôle judiciaire. Ainsi, en raison de la démarcation entre les rôles respectifs des décideurs administratifs et des cours de

of the matter. Accordingly, as a general rule, the evidentiary record before a reviewing court on judicial review is restricted to the evidentiary record that was before the decision maker. Evidence that goes to the merits of the matter is, with certain limited exceptions, not admissible.

[230] Before delving into whether any of these exceptions permit the admissibility of these affidavits, it is worth adding a few words on the jurisprudence concerning the improper purpose or bad faith exception, as it is heavily relied upon by *Namgis*.

[231] The improper purpose exception applies to admit evidence that was not before the decision maker on the basis of bad faith. Pursuit of an improper purpose, or bad faith decision making, has been described as decision making for a purpose not authorised by the statute *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. (Canada National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 (*JP Morgan*), at paragraph 72. Other examples include fettering of discretion or acting under the dictation of someone not authorized to make the decision (*JP Morgan*, at paragraph 72), bribery of a decision maker (*Bernard*, at paragraph 25) or where the proceedings are tainted by misconduct of the Minister, a tribunal or parties appearing before the tribunal, for the purpose of proving the particular misconduct (*Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 32, 473 F.T.R. 110, at paragraph 23). It has also been noted that bad faith has been equated to acting “dishonestly, maliciously, fraudulently or with mala fides” or manifesting serious misconduct bordering on the corrupt, while in other instances the term seems to have been given a meaning akin to arbitrariness. An ulterior motive may establish bad faith (*Brown*, at topic 15:2443).

[232] However, good faith is always presumed and the onus is on the party claiming bad faith to prove it, which, by necessity, is often done by way of extrinsic

justice, ces dernières ne peuvent s’autoriser à devenir des tribunes de recherche des faits qui intéressent le fond de l’affaire. Ainsi, en règle générale, le dossier de preuve qui est soumis à une cour de révision dans le cadre d’un contrôle judiciaire se limite à celui qui a été soumis au décideur. Les preuves qui se rapportent au fond de l’affaire sont, sauf quelques exceptions restreintes, inadmissibles.

[230] Avant d’examiner si l’une quelconque de ces exceptions permet d’admettre les affidavits contestés, il est utile d’ajouter quelques mots sur la jurisprudence concernant l’exception relative au but illégitime ou à la mauvaise foi, car la PNN s’est fortement appuyée sur celle-ci.

[231] L’exception relative au but illégitime permet d’admettre, pour cause de mauvaise foi, des preuves qui n’ont pas été soumises au décideur. La poursuite de fins illégitimes ou la décision prise de mauvaise foi peut consister en une décision prise à des fins non autorisées par la loi *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. (Canada Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 (*JP Morgan*), au paragraphe 72. Les exemples suivants ont aussi été donnés : le fait d’entraver l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ou d’agir sous la dictée d’une personne non autorisée à prendre la décision (*JP Morgan*, au paragraphe 72), le fait de soudoyer un décideur (*Bernard*, au paragraphe 25) ou le fait que l’instance soit entachée par une inconduite du ministre, d’un tribunal administratif ou de parties comparissant devant ce dernier, dans le but de prouver l’inconduite en question (*Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 32, au paragraphe 23). Il a aussi été signalé que la mauvaise foi est assimilée au fait d’agir [TRADUCTION] « de façon malhonnête, malveillante ou frauduleuse ou avec *mala fides* » ou à celui de faire montre d’une inconduite grave qui frise la corruption, tandis que dans d’autres cas on semble avoir estimé que la mauvaise foi s’apparente à la conduite arbitraire. Un mobile ultérieur peut établir la mauvaise foi (*Brown*, à la rubrique 15:2443).

[232] Cependant, la bonne foi se présume toujours, et il appartient à la partie qui invoque la mauvaise foi d’en faire la preuve ce qui, forcément, se fait souvent au

evidence (Brown, at topic 15:2443; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, at paragraph 99).

[233] I will next consider the admissibility of each of the impugned affidavits in the context of the guiding jurisprudence.

Krkosek affidavit

[234] Dr. Martin Krkosek is an Assistant Professor of Ecology and Evolutionary Biology at the University of Toronto. The letter of instruction to Dr. Krkosek includes that he assess the current state of wild Pacific salmon populations that use ‘Namgis’ territories and, based on this, prepare an analysis of the PRV Policy Decision and the scientific analysis it relies on.

[235] In his affidavit, Dr. Krkosek states that he has been retained by counsel for ‘Namgis to assess the impacts of PRV on wild and hatchery-raised Pacific salmon without first testing the fish to be transferred for PRV, and to assess the PRV Policy. For that purpose, he has reviewed the RDG Memorandum, 2015 CSAS Science Response, March 2018 Rapid Science Response, listed scientific articles, information publicly available through DFO, as well as listed online scientific databases.

[236] Dr. Krkosek concludes that the rationale for the PRV Policy should have, but does not, include an assessment of the effect of PRV on wild salmon because the PRV Policy cannot rely on an assessment of the putative health of farmed salmon to determine the potential risk to wild salmon. Therefore, the PRV Policy “improperly and without explanation instead focuses on the risk to, and the health of, farmed salmon.” Dr. Krkosek also opines that documents on the record before the delegate were deficient and were missing what he believed to be key considerations necessary for the effective assessment of risk posed by PRV to wild Pacific salmon. Specifically,

moyen d’une preuve extrinsèque (Brown, à la rubrique 15: 2443; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, au paragraphe 99).

[233] Je vais maintenant examiner l’admissibilité de chacun des affidavits contestés dans le contexte de la jurisprudence applicable.

L’affidavit de M. Krkosek

[234] M. Krkosek est professeur adjoint d’écologie et de biologie évolutive à l’Université de Toronto. Dans la lettre d’instructions qui lui a été transmise on lui demandait notamment d’évaluer la situation actuelle des populations de saumons du Pacifique sauvages qui fréquentent les territoires de la PNN et, de là, de préparer une analyse de la décision sur la Politique concernant le RVP ainsi que des éléments scientifiques sur lesquels cette décision repose.

[235] Dans son affidavit, M. Krkosek déclare que ses services ont été retenus par les avocats de la PNN pour évaluer les effets du RVP sur les saumons du Pacifique sauvages et d’écloserie sans soumettre d’abord les poissons à transférer à des tests de dépistage du RVP, ainsi que pour évaluer la Politique concernant le RVP. À cette fin, il a passé en revue la note de service adressée à la DGR, la réponse des Sciences du SCCS de 2015, la réponse rapide des Sciences de mars 2018, des articles scientifiques figurant dans une liste, des informations publiquement disponibles par l’entremise du MPO, de même que de certaines bases de données scientifiques en ligne.

[236] M. Krkosek conclut que la Politique concernant le RVP aurait dû s’appuyer sur une évaluation de l’effet du RVP sur les saumons sauvages parce qu’une telle politique ne peut s’appuyer sur une évaluation de l’état de santé présumé des saumons d’élevage pour déterminer les risques potentiels auxquels les saumons sauvages sont exposés. La Politique concernant le RVP [TRADUCTION] « est plutôt axée de façon illégitime et sans explications sur les risques pour les saumons d’élevage et la santé de ces derniers ». M. Krkosek estime également que les documents inclus dans le dossier soumis à la déléguée étaient incomplets et que des éléments, selon

(i) the extent to which PRV may spread from salmon farms into the surrounding environment; (ii) the effects of PRV infection on the ecological components of salmon fitness, which are the primary determinants of mortality, migratory failure, or reproductive failure of wild salmon in their natural ecological setting; (iii) the DFO review of studies that tested for PRV infection in wild-caught fish does not justify its conclusion, as fish sampled at the end of their migration route constitute a biased sample that would not capture those infected fish who were removed from the population by predation, starvation or migratory failure; (iv) the PRV Policy is based in part on the Minister's Interpretation of section 56 of the FGRs, which fails to consider the status of populations or conservation units of wild Pacific salmon that would experience elevated infection risk due to exposure to PRV from fish farms, 69 populations of wild Pacific salmon migrate through 'Namgis' territory, including the Johnstone Strait and the Broughton Archipelago, where more than 20 fish farms are located and many of those populations have some degree of conservation concern, and; (v) the dynamic of a reservoir host populations (farmed salmon in the marine environment) infecting an imperilled host population (wild salmon) is the most significant risk factor by which an infectious disease can cause the extirpation of endangered populations. The result of these omissions is an unexplained underestimation of risk to wild salmon.

[237] In my view, the Krkosek affidavit does not provide helpful background information. It does not summarize the evidence that was before the decision maker nor is it necessary for the Court to understand the issues relevant to the judicial review. It is not a non-argumentative orienting statement. And, although the scientific debate at the heart of these applications is no doubt complex, this affidavit is not reviewing in a

lui essentiels à une évaluation efficace des risques posés par le RVP pour les saumons du Pacifique sauvages, n'y figuraient pas. Plus précisément : (i) la mesure dans laquelle le RVP peut se propager des fermes salmiconoles au milieu environnant n'était pas abordée; (ii) les effets de l'infection par le RVP sur les composantes écologiques de la valeur adaptative (*fitness*) des saumons, lesquelles sont les principaux déterminants de la mortalité, de l'échec de migration ou de l'échec de reproduction des saumons sauvages dans leur milieu écologique naturel, n'étaient pas décrits; (iii) l'examen par le MPO des études ayant soumis des poissons sauvages à des tests de dépistage du RVP ne justifie pas sa conclusion puisque les poissons échantillonnés à la fin du parcours migratoire constituent un échantillon biaisé, qui n'engloberait pas les individus infectés éliminés de la population par prédation, famine ou échec migratoire; (iv) la Politique concernant le RVP repose en partie sur la manière dont le ministre interprète l'article 56 du RPDG, une interprétation qui ne tient pas compte de la situation des populations ou des unités de conservation des saumons du Pacifique sauvages qui présenteraient un risque élevé d'infection par suite d'une exposition au RVP provenant de fermes piscicoles (69 populations de saumons du Pacifique sauvages migrent par le territoire de la PNN, ce qui inclut le détroit de Johnstone et l'archipel Broughton, où sont installées plus de 20 fermes piscicoles et un grand nombre de ces populations font l'objet d'une certaine inquiétude sur le plan de la conservation); (v) la dynamique des populations hôtes réservoirs (saumons d'élevage présents dans le milieu marin) qui infectent une population hôte en péril (saumons sauvages) est le plus important facteur de risque par lequel une maladie infectieuse peut entraîner la disparition de populations en voie de disparition. Ces omissions ont pour résultat une sous-estimation inexplicquée des risques pour les saumons sauvages.

[237] À mon avis, l'affidavit de M. Krkosek ne fournit pas de renseignements généraux utiles. Il ne présente pas de résumé des éléments de preuve soumis au décideur, pas plus qu'il n'aide la Cour à comprendre les questions qui se rapportent au contrôle judiciaire. Il ne s'agit pas d'un énoncé pur et simple, dépourvu d'argumentation, propre à diriger la réflexion. Et bien que le débat scientifique au cœur des présentes demandes soit sans nul

neutral and uncontroversial way the evidence that was before the delegate. Rather, the affidavit provides new information, speaks to the merits of the matter decided by the delegate; engages in the interpretation of the evidence; and challenges the reasonableness and scientific validity of the PRV Policy and the reconsideration decision.

[238] And, while Dr. Krkosek highlights what he views as deficiencies in the delegate's analysis, this is not a circumstance where he is demonstrating that a key finding of fact by the delegate is unsupported by any evidence. Rather he is putting forward his view of what should have been considered in reaching the decision under review. While I have concluded above that the delegate did not consider a relevant factor, the health and status of wild salmon, that conclusion was based on the record that was before the delegate, and not on an unsupported key finding of fact made by the delegate.

[239] As to the improper purpose or bad faith exception, nothing in Dr. Krkosek's affidavit suggests misconduct or bad faith. While he suggests that a fish-sampling method used by DFO constitutes a biased sample, which is therefore unresponsive of DFO's conclusion based on it, this speaks to an objection to methodology, not bad faith.

[240] Indeed, in its written submissions responding to the motion to strike, 'Namgis describes the Krkosek affidavit as "an explanation of how a flawed decision-making process can affect an outcome, and should be addressed as such as part of arguing the application on the merits." In my view, this and similar arguments tend to conflate the purposes of the exceptions to the general rule precluding admission of evidence that was not before the decision maker with a challenge to the reasonableness of the decision on its merits based on extrinsic evidence. The evidence is not admissible for

doute complexe, il reste que cet affidavit ne passe pas en revue de manière neutre et non controversée les preuves qui ont été soumises à la déléguée. De fait, il présente de nouveaux renseignements, il traite du bien-fondé de l'affaire tranchée par la déléguée, il se livre à une interprétation des preuves et conteste le caractère raisonnable et la validité scientifique de la Politique concernant le RVP et de la décision de procéder à un réexamen.

[238] De plus, bien que M. Krkosek fasse ressortir ce qu'il considère comme des lacunes dans l'analyse de la déléguée, son affidavit ne permet pas d'établir qu'une conclusion de fait essentielle tirée par la déléguée n'est pas étayée par la preuve. Il présente plutôt son opinion sur les aspects qu'il aurait fallu prendre en considération avant de rendre la décision faisant l'objet du contrôle. J'ai conclu précédemment que la déléguée avait omis de prendre compte un facteur pertinent, à savoir la santé et l'état des saumons sauvages, mais je suis arrivée à cette conclusion sur le fondement du dossier dont disposait la déléguée, et non sur le fondement d'une conclusion de fait importante, non étayée par la preuve, tirée par la déléguée.

[239] Quant à l'exception relative au but illégitime ou à la mauvaise foi, rien dans l'affidavit de M. Krkosek n'évoque une inconduite ou la mauvaise foi. Bien que ce dernier laisse entendre qu'une méthode d'échantillonnage des poissons employée par le MPO donne un échantillon biaisé, rendant ainsi douteuse la conclusion du MPO fondée sur celui-ci, il s'agit là d'une objection à la méthode suivie, et non d'une allégation de mauvaise foi.

[240] D'ailleurs, dans les observations écrites qu'elle a présentées en réponse à la requête en radiation, la PNN décrit en ces termes l'affidavit de M. Krkosek : [TRADUCTION] « une explication sur la manière dont un processus décisionnel vicié peut influencer un résultat, et la nécessité de le considérer comme tel dans le cadre de la contestation de la demande sur le fond ». À mon avis, cet argument, et d'autres arguments du même ordre, ont tendance à confondre les objectifs des exceptions à la règle générale interdisant l'admission de preuves non soumises au décideur avec une contestation du caractère

the latter purpose, and ‘Namgis is not challenging the decision-making process as such.

Kibenge affidavit

[241] Dr. Fred Kibenge is a Professor of Virology at the University of Prince Edward Island. The instructions provided to Dr. Kibenge include that he was to provide his analysis of the PRV Policy Decision and the scientific analysis it relied on, addressing listed issues.

[242] In his affidavit Dr. Kibenge states that he has been retained by counsel for ‘Namgis to assess the potential impacts of PRV on wild and hatchery-grown Pacific salmon without first testing the fish to be transferred for PRV, and to assess the reasoning of DFO in support of the Policy. For that purpose, he has reviewed the RDG Memorandum; 2015 CSAS Science Response; March 2018 Rapid Science Response; specified documents disclosed as a result of ATIP requests, an email exchange between Dr. Gary Marty, fish pathologist with the British Columbia Ministry of Agriculture’s Animal Health Centre, and Ms. Morton between May 24, 2016 and December 22, 2016; and listed scientific articles. Dr. Kibenge’s affidavit is 218 paragraphs in length and attaches 13 exhibits.

[243] Dr. Kibenge states that, in his professional judgment, the documentation that supports the PRV Policy repeatedly misrepresents scientific findings, makes unsubstantiated conclusions and relies on data collected using methods that deviate from accepted scientific consensus. In support of this he lists his concerns with the RDG Memorandum and the March 2018 Rapid Science Response and then outlines how, in his opinion, DFO misrepresented, minimized or ignored scientific findings on six identified issues.

raisonnable de la décision sur le fond, reposant sur des preuves extrinsèques. La preuve n’est pas admissible à cette dernière fin, et la PNN ne conteste pas le processus décisionnel en tant que tel.

L’affidavit de M. Kibenge

[241] M. Fred Kibenge est professeur de virologie à l’Université de l’Île-du-Prince-Édouard. On lui a notamment demandé de présenter une analyse de la décision sur la Politique concernant le RVP ainsi que de l’analyse scientifique sur laquelle celle-ci se fonde, en traitant de certaines questions.

[242] Dans son affidavit, M. Kibenge mentionne que les avocats de la PNN ont retenu ses services pour évaluer les effets potentiels du RVP sur les saumons du Pacifique sauvages et d’écloserie sans soumettre d’abord les poissons à transférer à des tests de dépistage du RVP, ainsi que pour évaluer le raisonnement du MPO qui sous-tend la Politique. À cette fin, il a passé en revue la note de service adressée à la DGR, la réponse des Sciences du SCCS de 2015, la réponse rapide des Sciences de mars 2018, des documents désignés qui ont été transmis par suite de demandes d’AI, soit un échange de courriels entre le D^r Gary Marty, ichthyopathologiste à l’Animal Health Centre (Centre de la santé des animaux) du ministère de l’Agriculture de la Colombie-Britannique, et M^{me} Morton entre le 24 mai 2016 et le 22 décembre 2016, de même que des articles scientifiques figurant dans une liste. L’affidavit de M. Kibenge compte 218 paragraphes, et 13 pièces y sont jointes.

[243] M. Kibenge déclare que, selon son jugement professionnel, les documents qui étayaient la Politique concernant le RVP déforment à maintes reprises les constats scientifiques, tirent des conclusions injustifiées et s’appuient sur des données recueillies au moyen de méthodes qui s’écartent du consensus scientifique admis. Pour étayer cela, il fait part de ses préoccupations à l’égard de la note de service adressée à la DGR ainsi que de la réponse rapide des Sciences de mars 2018 et il expose ensuite comment, selon lui, le MPO a dénaturé, minimisé ou écarté des constats scientifiques sur six questions recensées.

[244] In brief, as to the RDG Memorandum, Dr. Kibenge states that DFO, without explanation,

- (a) deviated from the consensus diagnostic criteria for diagnosing HSMI, which allowed it to incorrectly claim that HMSI was not present in B.C.;
- (b) relied on its own failure to experimentally induce HSMI in challenged fish to claim the PRV is not pathogenic (does not induce disease) for Pacific salmon despite the fact that PRV has induced such evidence of disease in other countries;
- (c) overstated the evidence suggesting that PRV is native to B.C. and minimized or ignored evidence that PRV has likely been imported from Norway;
- (d) minimized or ignored evidence that farmed salmon in open-net pens are the most significant source of PRV, instead misrepresenting scientific papers as providing evidence that fish in open-net pens were infected by a marine source of PRV;
- (e) relied on the lack of mortality on Atlantic salmon farms to conclude PRV would not cause harm to wild Pacific salmon.

[245] Similar criticisms are made concerning the March 2018 Rapid Science Response including that, DFO minimized the pathology from the Canadian BC-PRV challenge studies to interpret them as being less meaningful than they likely are, and avoided finding that mild lesions in the challenged fish were indicative of a host response to PRV; failed to significantly revisit the PRV Policy now that a causal relationship has been unequivocally proven by Wessel 2017 and, although the 2018 Rapid Science Response accepts PRV as the causative agent of HSMI, it argues that it needs to better understand what strain

[244] En bref, pour ce qui est de la note de service adressée à la DGR, M. Kibenge indique que le MPO, sans explications :

- a) s'est écarté des critères diagnostiques consensuels relatifs à l'IMSC, ce qui lui a permis de prétendre à tort que l'IMSC n'était pas présente en Colombie-Britannique;
- b) s'est fondé sur sa propre incapacité à provoquer expérimentalement l'IMSC chez les poissons à l'étude pour soutenir que le RVP n'est pas pathogène (qu'il ne provoque pas de maladie) chez les saumons du Pacifique, bien que ce virus ait bel et bien provoqué la maladie dans d'autres pays;
- c) a accordé trop de poids aux preuves donnant à penser que le RVP est indigène en la Colombie-Britannique et a minimisé ou écarté des preuves selon lesquelles le RVP a vraisemblablement été importé de la Norvège;
- d) a minimisé ou écarté des preuves selon lesquelles les saumons élevés dans des parcs en filet sont la plus importante source du RVP, présentant plutôt à tort des articles scientifiques comme des preuves que des poissons présents dans des parcs en filet ont été infectés par une source marine du RVP;
- e) s'est fondé sur l'absence de mortalité dans des fermes d'élevage de saumons atlantiques pour conclure que le RVP ne causerait pas de dommages aux saumons du Pacifique sauvages.

[245] Il formule des critiques semblables sur la réponse rapide des Sciences de mars 2018. Par exemple, il souligne les faits suivants : le MPO a attribué une valeur moindre aux données pathologiques découlant des études canadiennes de provocation par le RVP de la C.-B. afin de considérer celles-ci comme moins sérieuses qu'elles ne le sont probablement, et a évité de conclure que la présence de légères lésions chez des poissons était le signe d'une réaction de l'hôte au RVP, qu'il n'a pas révisé en profondeur la Politique concernant le RVP après que l'étude Wessel 2017 a prouvé sans équivoque

differences, host differences and environmental factors are required for HSMI development; focused almost exclusively on fish farm mortality events to determine the risk to wild fish, while ignoring other adverse health effects or key differences between farmed and wild fish; and failed to address Di Cicco 2017 and Di Cicco 2018.

l'existence d'un lien de causalité et même si la réponse rapide des Sciences de mars 2018 admet que le RVP est l'agent causal de l'IMSC, qu'il soutient qu'il doit mieux comprendre quelles différences entre les sources, quelles différences entre les hôtes et quels facteurs environnementaux doivent être présents pour que l'IMSC apparaisse, qu'il s'est concentré presque exclusivement sur les cas de mortalité survenus dans des fermes piscicoles pour déterminer le risque pour les poissons sauvages, tout en faisant abstraction d'autres effets nocifs pour la santé ou d'autres différences marquées entre les poissons sauvages et les poissons d'élevage; le MPO n'a pas traité des études Di Cicco 2017 et Di Cicco 2018.

[246] Dr. Kibenge dedicates the rest of his affidavit to outlining how, in his view, DFO misrepresented, minimized, or ignored scientific findings on six issues:

[246] M. Kibenge consacre le reste de son affidavit à décrire de quelle façon, à son avis, le MPO a dénaturé, minimisé ou écarté des constats scientifiques portant sur six questions :

- (a) the presence of HSMI on B.C. fish farms;
- (b) the low mortalities of Atlantic salmon on B.C. fish farms as an indicator of risk to wild Pacific salmon;
- (c) the evidence that PRV is native to British Columbia and that it is ubiquitous and stable in British Columbia;
- (d) the failure of DFO challenge studies to induce HSMI from PRV;
- (e) the source of PRV infections; and
- (f) the role fish farms play in amplifying and spreading viruses like PRV.

- a) la présence de l'IMSC dans les fermes piscicoles de la Colombie-Britannique;
- b) le faible taux de mortalité des saumons atlantiques dans les fermes piscicoles de la Colombie-Britannique en tant qu'indicateur de risque pour les saumons du Pacifique sauvages;
- c) la preuve que le RVP est indigène en Colombie-Britannique et que, dans cette province, il est omniprésent et stable;
- d) le fait que les études de provocation du MPO n'ont pas réussi à provoquer l'apparition de l'IMSC à partir du RVP;
- e) la source des infections par le RVP;
- f) le rôle des fermes piscicoles dans l'amplification et la transmission de virus tels que le RVP.

[247] In my view, the Kibenge affidavit is very much an attack on the merits of the PRV Policy Decision. It is an assessment of how Dr. Kibenge thinks DFO should have interpreted and weighed the science before it, as well as an opinion on what other science should have factored into DFO's analysis.

[247] À mon avis, l'affidavit de M. Kibenge est avant tout une contestation du bien-fondé de la décision sur la Politique concernant le RVP. Il expose son point de vue sur la manière dont le MPO aurait dû interpréter et évaluer les données scientifiques qu'il avait en main, ainsi que sur les autres données scientifiques dont il aurait fallu tenir compte dans le cadre de l'analyse du MPO.

[248] I agree with the respondents that Dr. Kibenge's critique of DFO's scientific and decision-making processes do not amount to helpful background information. Like the Krkosek affidavit, it does not summarize or review in a neutral and uncontroversial way the evidence that was before the delegate. Nor is it necessary for the Court to understand the issues relevant to the judicial review. It does not provide evidence to demonstrate the existence of a critical gap in the record that could not be demonstrated based on the record itself.

[249] Nothing in the Kibenge affidavit supports 'Namgis' allegation that the decision to adopt and maintain the PRV Policy was done with a view to improperly further the interests of the aquaculture industry. It does not establish an ulterior motive. And while Dr. Kibenge characterizes DFO's underlying science and DFO's assessment of other science as amounting to misrepresentations, minimizations and omissions, I am not persuaded that his evidence establishes bad faith on the part of the decision maker, the delegate, or on the part of DFO's scientists in providing advice to the delegate. Rather, these terms are used by Dr. Kibenge as part of a critique of the approach taken by DFO to the science. However, DFO's weighing or assessment the science, or any failure to assess other science, goes to the merits of the decision, it does not establish bad faith.

Routledge affidavit

[250] Dr. Richard Routledge is an Assistant Professor Emeritus at Simon Fraser University, who holds a Ph.D. in statistical ecology. Dr. Routledge was retained to provide an opinion including his analysis of the PRV Policy Decision and the scientific analysis it relies on, addressing specified issues. His affidavit is 125 paragraphs long and attaches 12 exhibits.

[251] Dr. Routledge describes his mandate as being to assess the reasoning used by DFO to support its PRV Policy. For that purpose, he has reviewed the RDG

[248] Je conviens avec les défendeurs que les critiques de M. Kibenge à l'égard des processus décisionnels et scientifiques du MPO ne peuvent être considérés comme des renseignements généraux utiles. Comme dans le cas de l'affidavit de M. Krkosek, son affidavit ne résume ni ne passe pas en revue de manière neutre et non controversée les éléments de preuve dont disposait la déléguée. Ce document n'aide pas non plus la Cour à comprendre les questions pertinentes dans le contexte du contrôle judiciaire. Il ne comporte pas de preuves établissant des lacunes importantes dont on ne saurait établir l'existence à partir du dossier lui-même.

[249] Rien dans l'affidavit de M. Kibenge n'étaye l'allégation de la PNN selon laquelle la décision d'adopter et de maintenir la Politique concernant le RVP a été prise dans le but de servir de manière illégitime les intérêts de l'industrie aquacole. Il n'établit l'existence d'aucun motif inavoué. Et même si M. Kibenge qualifie les données scientifiques sous-jacentes du MPO et l'évaluation que fait ce dernier d'autres données scientifiques de fausses déclarations, de minimisations et d'omissions, je ne suis pas persuadée que son témoignage établit la mauvaise foi du décideur, de la déléguée ou des scientifiques du MPO qui ont conseillé cette dernière. M. Kibenge emploie plutôt ces termes pour critiquer l'approche scientifique adoptée par le MPO. Cependant, la manière dont le MPO a soupesé ou évalué les éléments scientifiques, ou tout défaut de sa part d'évaluer d'autres données scientifiques, a une incidence sur le fond de la décision, mais elle n'établit pas la mauvaise foi.

L'affidavit de M. Routledge

[250] M. Richard Routledge est professeur adjoint émérite à l'Université Simon Fraser et titulaire d'un doctorat en écologie statistique. Ses services ont été retenus pour qu'il fasse part de son opinion, et notamment pour qu'il analyse la décision sur la Politique concernant le RVP ainsi que l'analyse scientifique sur laquelle celle-ci repose, en traitant de questions précises. Son affidavit compte 125 paragraphes, et 12 pièces y sont jointes.

[251] M. Routledge explique que son mandat consistait à évaluer le raisonnement qu'a suivi le MPO pour soutenir sa Politique concernant le RVP. À cette fin, il a passé

Memorandum, 2015 CSAS Science Response, March 2018 Rapid Science Response, specified documents disclosed as a result of ATIP requests, and listed scientific articles.

[252] Dr. Routledge states that in his professional judgment the PRV Policy is not scientifically justifiable or defensible. Its three key tenets are found in the RDG Memorandum, being that experimental challenges of Atlantic and Pacific salmon to BC-PRV have failed to induce disease or mortality; HSMI causes very low mortality on fish farms; and, transfer of fish with low potential to cause mortality does not harm the protection and conservation of fish at a population level. He states that the PRV Policy continues to be founded on those tenants “despite there being no discernable basis in science, fact or logic associated with” that reasoning.

[253] Dr. Routledge states that the documents that he reviewed reveal that, in deciding not to test for PRV, and repeatedly reaffirming that decision, the Minister, without providing any explanation:

- (a) relied on data known to have been collected using flawed methods and which relied heavily on an unexplained departure from the international standards for diagnosing HSMI;
- (b) relied on faulty logic in drawing conclusions, such as that low mortalities due to HSMI in farmed salmon leads to the conclusion that PRV does not pose a risk to wild Pacific salmon;
- (c) failed, repeatedly, to consider important scientific literature that was contrary to the PRV Policy; and
- (d) overstated or misrepresented, repeatedly, certain conclusions found in the scientific literature such

en revue la note de service adressée à la DGR, la réponse des Sciences du SCCS de 2015, la réponse rapide des Sciences de mars 2018, des documents précis transmis par suite de demandes d’AI, ainsi que des articles scientifiques figurant dans une liste.

[252] M. Routledge déclare que, selon son jugement professionnel, la Politique concernant le RVP n’est pas justifiable ou défendable du point de vue scientifique. Ses trois éléments clés sont énoncés dans la note de service adressée à la DGR, et il s’agit des suivants : les épreuves de provocation expérimentales exposant des saumons atlantiques et des saumons du Pacifique au RVP de la C.-B. n’ont pas réussi à provoquer des cas de maladie ou de mortalité; l’IMSC est associée à un très faible taux de mortalité dans les fermes piscicoles; le transfert de poissons présentant un faible risque de mortalité ne nuit pas à la protection et à la conservation des poissons au niveau des populations. Il indique que la Politique concernant le RVP continue d’être basée sur ces éléments [TRADUCTION] « même s’il n’existe aucun fondement discernable dans les éléments scientifiques, les faits ou la logique que l’on associe à » ce raisonnement.

[253] M. Routledge indique qu’il ressort des documents qu’il a passés en revue qu’en décidant de ne pas procéder à des tests de dépistage du RVP et en confirmant à maintes reprises cette décision, le ministre, sans donner aucune explication :

- a) s’est fondé sur des données notoirement recueillies par des méthodes lacunaires et fondées dans une large mesure sur un écart inexplicable par rapport aux normes internationales en matière de diagnostic de l’IMSC;
- b) s’est fondé sur une logique boiteuse pour tirer des conclusions, par exemple en affirmant que les faibles taux de mortalité attribuables à l’IMSC chez les saumons d’élevage amènent à conclure que le RVP ne présente pas de risques pour les saumons du Pacifique sauvages;
- c) a omis à maintes reprises de prendre en compte d’importantes publications scientifiques qui étaient contraires à la Politique concernant le RVP;
- d) a surestimé ou présenté de manière inexacte, à maintes reprises, certaines conclusions relevées dans

that the risk to wild Pacific salmon was significantly understated, while ignoring associated scientific uncertainty with respect to that risk.

[254] Dr. Routledge addresses the RDG Memorandum recommendation to continue the PRV Policy, referring to the three reasons given for the recommendation, which he terms the “False HSMI Premise”, the “False PRV Premise”, the “False Equivalence Premise”.

[255] As to the reliance on the Canadian challenge experiments that failed to induce disease or mortality, this relies on estimates generated from the DFO’s FHASP, which Dr. Routledge states are unreliable for the reasons he sets out.

[256] Further, in the 2015 CSAS Sciences Response, DFO justifies its conclusion that there is a low likelihood that PRV in farmed salmon would have a significant impact on wild Pacific salmon based on PRV being ubiquitous and present in wild Pacific salmonids for a long time, and that laboratory experiments have failed to demonstrate a clear association between PRV and disease. However, neither of these conclusions is firmly established scientific fact based on convergent scientific evidence. Rather, DFO relies on four “outlier” papers to justify these conclusions and in doing so, fails to address, or minimizes, the scientific uncertainty respecting the spread of PRV in BC and the risk of infection to wild Pacific salmon. Nor is this remedied by the RDG Memorandum.

[257] Dr. Routledge also states that the PRV Policy uses the putative health of farmed salmon to assess the risk to wild salmon based on faulty reasoning, and that a lack of evidence showing HSMI or Jaundice/Anemia in wild

la littérature scientifique, de telle sorte que l’on a nettement sous-estimé le risque que courent les saumons du Pacifique sauvages, tout en faisant abstraction de l’incertitude scientifique qui y est associée.

[254] M. Routledge traite de la recommandation formulée dans la note de service adressée à la DGR, soit la poursuite de la Politique concernant le RVP, en faisant référence aux trois motifs justifiant la recommandation, qu’il qualifie de [TRADUCTION] « fausse prémisse concernant l’IMSC », de [TRADUCTION] « fausse prémisse concernant le RVP » et de [TRADUCTION] « fausse prémisse concernant l’équivalence ».

[255] Quant au fait de s’être fondé sur les expériences canadiennes de provocation qui n’ont pas permis de provoquer de cas de maladie ou de mortalité, cela repose sur des estimations générées à partir du Programme de vérification et de surveillance de la santé des poissons (PVSSP) du MPO, qui, aux dires de M. Routledge, sont peu fiables pour les raisons qu’il indique.

[256] De plus, dans la réponse des Sciences du SCCS de 2015, le MPO justifie sa conclusion selon laquelle il est peu probable que la présence du RVP chez les saumons d’élevage ait une incidence marquée sur les saumons du Pacifique sauvages en mettant de l’avant le fait que ce virus est omniprésent, qu’il est présent de longue date chez ces derniers et que des expériences de laboratoire ne sont pas parvenues à démontrer l’existence d’une association claire entre le RVP et la maladie. Cependant, aucune de ces conclusions ne constitue un fait scientifique fermement établi, reposant sur des preuves scientifiques convergentes. Le MPO se fie plutôt à quatre documents [TRADUCTION] « marginaux » pour justifier ces conclusions et, ce faisant, il omet de traiter de l’incertitude scientifique qui entoure la propagation du RVP en Colombie-Britannique et du risque d’infection chez les saumons du Pacifique sauvages, ou il la minimise. La note de service adressée à la DGR ne remédie pas non plus à ce problème.

[257] M. Routledge déclare aussi que la Politique concernant le RVP se sert de l’état de santé présumé des saumons d’élevage pour évaluer le risque pour les saumons sauvages en prenant pour base un raisonnement

Pacific salmon does not imply that PRV poses no threat to their survival. That conclusion also ignores a growing body of evidence showing that PRV expresses itself differently in Pacific salmon than it does in Atlantic salmon and that Pacific salmon may be more susceptible to the risks of PRV than Atlantic salmon are.

[258] Further, the 2018 Rapid Science Report ignores published evidence indicating that PRV-infected farmed salmon may well pose a risk to wild salmon without showing readily apparent signs of disease. It therefore operates to evade the real issue, which is not whether PRV can be used as an indicator of the current disease state of a farmed Atlantic salmon, but whether the presence of PRV-infected fish in a large, densely packed population of Atlantic salmon in flow-through net pens in the marine environment poses a risk to the survival and reproductive success of wild Pacific salmon.

[259] Dr. Routledge also concludes that in updating the PRV Policy, DFO failed to consider a significant portion of the relevant scientific literature. Further, that the 2015 CSAS Science Response, the RDG Memorandum and the March 2018 Rapid Science Response provide an incomplete, if not misleading, perception of the rapidly strengthening evidence that the transfer of PRV-infected farmed fish into the marine environment poses a considerable risk to wild Pacific salmonids, for which a substantial and growing number of conservation units are already at risk of imminent extinction.

[260] Upon review of the Routledge affidavit, I conclude that it is premised on the affiant's own interpretation of the logic and rationale of the PRV Policy. And, like the prior affidavits, Dr. Routledge states repeatedly that insufficient reasons were given to support DFO's conclusions, and opines on the weight given to certain factors by DFO. In my view, the Routledge affidavit not

fautif, et que le manque de preuves de la présence de l'IMSC ou de la jaunisse/anémie chez les saumons du Pacifique sauvages ne veut pas dire que le RVP ne présente aucune menace pour leur survie. Cette conclusion fait également abstraction d'un ensemble grandissant de preuves montrant que le RVP ne s'exprime pas de la même manière chez les saumons du Pacifique que chez les saumons atlantiques et que les premiers sont peut-être plus sensibles que les seconds aux risques posés par le RVP.

[258] De plus, le rapport rapide des Sciences de 2018 fait abstraction de publications selon lesquelles les saumons d'élevage infectés par le RVP peuvent fort bien présenter un risque pour les saumons sauvages sans présenter de signes évidents de maladie. Ce rapport a donc pour effet d'éviter le véritable problème, qui n'est pas de savoir si le RVP peut servir d'indicateur de l'état pathologique d'un saumon atlantique d'élevage, mais si la présence de poissons infectés par le RVP au sein d'une population vaste et dense de saumons atlantiques dans des parcs en filet en mer présente un risque pour la survie et le succès reproductif des saumons du Pacifique sauvages.

[259] M. Routledge conclut également qu'en mettant à jour la Politique concernant le RVP le MPO a omis de prendre en considération une partie importante de la littérature scientifique pertinente. De plus, la réponse des Sciences du SCCS de 2015, la note de service adressée à la DGR et la réponse rapide des Sciences de mars 2018 brossent un tableau incomplet, sinon trompeur, des preuves qui renforcent rapidement l'idée que les transferts de poissons d'élevage infectés par le RVP en milieu marin présentent un risque considérable pour les salmonidés sauvages du Pacifique, dont un nombre important et grandissant d'unités de conservation courent déjà un risque de disparition imminente.

[260] Après avoir examiné l'affidavit de M. Routledge, je conclus qu'il repose sur sa compréhension de ce qu'il estime être le raisonnement qui sous-tend la Politique concernant le RVP. Et, à l'instar des affidavits antérieurs, M. Routledge mentionne à maintes reprises que l'on a fourni des motifs insuffisants à l'appui des conclusions du MPO, et il fait part de son opinion sur le poids que

only speaks to the merits of the matter before the delegate, it reweighs and reconsiders the evidence, addresses evidence Dr. Routledge believes should have been considered by DFO, and speaks to the affiant's opinion of the sufficiency of the delegate's reasons. In effect, the Routledge Affidavit seeks to step into the shoes of the delegate and re-make the decision as the affiant deems appropriate. The Routledge affidavit addresses many of the same issues and concerns as did the prior two affidavits and, for the same reasons, it is not admissible under any of the exceptions.

[261] Although I have concluded that the 'Namgis expert affidavits are not admissible, I feel compelled to make a several further comments about this evidence.

[262] First, the responding expert evidence tendered by DFO, Marine Harvest and Cermaq speaks to the science with which 'Namgis' experts take issue. This evidence illustrates that there is scientific debate and even disagreement concerning PRV and HSMI. However, in my view, the fact that scientists hold differing views does not establish bad faith. Indeed, even within DFO there is scientific disagreement concerning PRV and HSMI. The Di Cicco 2017 and Di Cicco 2018 studies were authored by the Strategic Salmon Health Initiative ("SSHI"), described by DFO as a collaboration between DFO, the Pacific Salmon Foundation and Genome BC to better understand microbes in BC salmon and the potential mechanisms of microbial interaction between wild and cultured salmon. Some members of SSHI, including Di Cicco, are DFO scientists. What this debate does establish, however, is that extra care is required in decision making concerning PRV and HSMI with respect to wild Pacific salmon.

[263] Further, I note the Federal Court of Appeal's finding in *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney*

le MPO a accordé à certains facteurs. À mon avis, non seulement l'affidavit de M. Routledge traite du bien-fondé du dossier dont était saisie la déléguée, mais en plus il examine et soupèse de nouveau la preuve, il traite d'éléments de preuve qui, selon son auteur, aurait dû être pris en considération par le MPO et il fait état de l'opinion de son auteur sur le caractère suffisant des motifs de la déléguée. En fait, l'affidavit de M. Routledge vise à se mettre à la place de la déléguée et à reformuler la décision comme son auteur l'estime approprié. Cet affidavit traite de plusieurs des questions et préoccupations sur lesquelles portaient les deux affidavits précédents et, pour les mêmes raisons, il n'est admissible en vertu d'aucune des exceptions.

[261] Bien que j'aie conclu que les affidavits des experts de la PNN ne sont pas admissibles, j'estime néanmoins devoir faire plusieurs autres commentaires sur ces éléments de preuve.

[262] Tout d'abord, la preuve d'expert que le MPO, Marine Harvest et Cermaq ont produite en réponse traite des éléments scientifiques que remettent en question les experts de la PNN. Cette preuve illustre que le RVP et l'IMSC suscitent un débat, voire un désaccord, sur le plan scientifique. À mon avis, toutefois, le fait que des scientifiques aient des opinions différentes ne permet pas de conclure à de la mauvaise foi. En réalité, même au sein du MPO les scientifiques ne s'entendent pas sur le RVP et l'IMSC. L'étude Di Cicco 2017 et l'étude Di Cicco 2018 ont été réalisées dans le cadre de l'Initiative stratégique visant la santé du saumon (l'ISSS), décrite par le MPO comme un travail de collaboration entre le MPO, la Pacific Salmon Foundation et Genome British Columbia, en vue de mieux comprendre les microbes présents chez les saumons de la Colombie-Britannique ainsi que les mécanismes potentiels d'interaction microbienne entre les saumons sauvages et les saumons d'élevage. Quelques membres de l'ISSS, dont Di Cicco, sont des scientifiques du MPO. Ce débat établit toutefois qu'il est nécessaire de faire preuve d'un surcroît d'attention dans les décisions que l'on prend à propos du RVP et de l'IMSC, relativement aux saumons du Pacifique sauvages.

[263] Je signale par ailleurs la conclusion qu'a tirée la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Greenpeace*

General), 2016 FCA 114, 2 Admin. L.R. (6th) 1, in the context of statutory criteria [at paragraph 61]:

As Pelletier J. (as he then was) noted in the oft-cited passage at paragraph 71 of *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. Canada (Minister of The Environment)*, 191 F.T.R. 20, 2000 CanLII 15291 (F.C.),

the function of the Court in judicial review [of this sort of decision] is not to act as an “academy of science” or a “legislative upper chamber”. In dealing with any of the statutory criteria, the range of factual possibilities is practically unlimited. No matter how many scenarios are considered, it is possible to conceive of one which has not been. The nature of science is such that reasonable people can disagree about relevance and significance. In disposing of these issues, the Court’s function is not to assure comprehensiveness but to assess, in a formal rather than substantive sense, whether there has been some consideration of those factors which the Act requires the comprehensive study to address. If there has been some consideration, it is irrelevant that there could have been further and better consideration.

[264] And, as stated by the Federal Court of Appeal in *Delios*, in judicial review this Court can only review the overall legality of what a decision maker has done, not delve into or re-decide the merits of what the decision maker has done.

[265] The admission of the ‘Namgis expert affidavits would have the effect of transforming the judicial review, intended to be a summary process, into a trial *de novo* on the merits of the science, taking the Court out of its proper role and becoming a forum for fact-finding on the merits. And while ‘Namgis puts the ‘Namgis expert affidavits forward on the basis of the exceptions to the rule precluding the admission of evidence that was not before the decision maker, in reality this is little more than a cloaked attack on the science underlying the decision under review and seeking to provide the Court with an assessment of the evidence that differs from that made by the delegate and DFO (*Canadian Tire Corp.*, at paragraphs 11–13; *Blaney v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283, 32

Canada c. Canada (Procureur général), 2016 CAF 114, en ce qui concerne l’application de critères législatifs [au paragraphe 61] :

Comme le signale le juge Pelletier (tel était alors son titre) dans le passage souvent cité au paragraphe 71 de la décision *Inverhuron & District Ratepayers' Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 191 F.T.R. 20, 2000 CanLII 15291 (CF),

la fonction de la Cour dans le contrôle judiciaire [pour ce type de décision] n’est pas d’agir comme une « académie des sciences » ou comme une « Haute assemblée ». Pour chacun des éléments prévus par la loi, la gamme des possibilités de fait est pratiquement illimitée. Peu importe le nombre de scénarios envisagés, il est toujours possible d’en concevoir un autre qui ne l’a pas été. Il est de la nature de la science que des personnes raisonnables puissent être en désaccord sur la pertinence et l’importance. À propos de ces questions, la fonction de la Cour n’est pas d’assurer l’exhaustivité, mais d’évaluer, quant à la forme plutôt qu’au fond, s’il y a eu quelque examen des éléments que l’étude approfondie doit, selon la Loi, prendre en compte. S’il y a eu un certain degré d’examen, il importe peu qu’on ait pu procéder à un examen plus poussé ou de meilleure qualité.

[264] Et, comme l’a dit la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Delios*, lors d’un contrôle judiciaire notre Cour ne peut que contrôler la légalité générale de ce qu’a fait le décideur, et non scruter le bien-fondé de qu’il a fait ou rendre une nouvelle décision à cet égard.

[265] L’admission des affidavits d’experts de la PNN aurait pour effet de transformer le contrôle judiciaire, qui se veut un processus sommaire, en un nouveau procès sur le bien-fondé des éléments scientifiques, ce qui éloignerait la Cour du rôle qu’elle est censée jouer et la transformerait en une tribune de recherche des faits qui intéressent le fond de l’affaire. Et même si la PNN dépose ses affidavits d’experts sur le fondement des exceptions à la règle interdisant l’admission de preuves non présentées auparavant au décideur, il ne s’agit guère plus, en réalité, que d’une attaque voilée contre des éléments scientifiques qui sous-tendent la décision faisant l’objet du contrôle visant à présenter à la Cour une évaluation de la preuve qui diffère de celle qu’ont effectuée la déléguée et le MPO (*Société Canadian Tire*, aux paragraphes 11 à

Admin. L.R. (4th) 87, at paragraph 34). And, in response to the ‘N̄amgis expert affidavits, the Minister filed the Garver and Hyatt affidavits, Marine Harvest filed the expert affidavits of Dr. Siah, Dr. Kent and Dr. Farrell, and Cermaq filed the expert affidavit of Dr. Noakes. ‘N̄amgis then sought to file the Kibenge supplemental affidavit, prompting the Minister to seek to file the Garver supplemental affidavit, all of which speak to the specifics of the attacked underlying science. Moreover, there were cross-examinations on these affidavits, which again delved into and challenged the underlying science and/or DFO’s treatment of it.

[266] And, while opinion evidence of a properly qualified expert may be admissible if it is relevant, necessary to assist the Court, and not subject to any exclusionary rule, the ‘N̄amgis expert affidavits in this matter do not meet those qualifications. Even if they might contain useful factual information, it is so intertwined with unnecessary opinion evidence that it cannot realistically be severed. Accordingly, based on all of these concerns, the ‘N̄amgis expert affidavits in whole have been struck (*Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment)*, 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81, at paragraph 34). In the result, the responding expert evidence is unnecessary and is also struck out. That is, the Garver and Hyatt affidavits filed by the Minister, the Marine Harvest expert affidavits (Drs. Siah, Kent and Farrell), as well as the affidavit of Dr. Noakes filed by Cermaq, are all struck as inadmissible. Further, the motions of ‘N̄amgis seeking to file the Kibenge supplemental affidavit and of the Minister seeking to file the Garver supplemental affidavit, are denied.

[267] In summary, the ‘N̄amgis expert affidavits do not fall within any of the exceptions to the rule precluding the admission of evidence that was not before the decision maker and, therefore, they are not admissible. And, even if they were admissible solely for the purpose

13; *Blaney v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283, 32 Admin. L.R. (4th) 87, au paragraphe 34). Et, en réponse aux affidavits d’experts de la PNN, le ministre a déposé les affidavits de M. Garver et de M^{me} Hyatt, Marine Harvest a déposé les affidavits d’experts de MM. Siah, Kent et Farrell, et Cermaq a déposé l’affidavit d’expert de M. Noakes. La PNN a ensuite voulu déposer l’affidavit supplémentaire de M. Kibenge, ce qui a amené le ministre à vouloir déposer l’affidavit supplémentaire de M. Garver, lesquels portent tous sur les particularités des éléments scientifiques sous-jacents qui sont contestés. Par ailleurs, il y a eu, sur ces affidavits, des contre-interrogatoires dans le cadre desquels les parties ont une fois de plus scruté et contesté les éléments scientifiques sous-jacents ou la manière dont le MPO les avait traités.

[266] Et bien que la preuve d’opinion d’un expert dûment qualifié puisse être admissible si elle est pertinente, nécessaire pour aider la Cour et n’est pas assujettie à une règle d’exclusion quelconque, les affidavits d’experts de la PNN qui ont été déposés en l’espèce ne répondent pas à ces exigences. Même s’ils contiennent des renseignements factuels utiles, ces derniers sont à ce point imbriqués dans des preuves d’opinion non nécessaires qu’il est impossible de les dissocier de manière réaliste. En conséquence, compte tenu de toutes ces préoccupations, les affidavits d’experts de la PNN ont été entièrement radiés (*Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement)*, 2009 CF 710, au paragraphe 34). Les preuves d’experts en réponse sont donc inutiles et radiées elles aussi. C’est-à-dire que les affidavits de M. Garver et de M^{me} Hyatt que le ministre a déposés, les affidavits d’experts de Marine Harvest (MM. Siah, Kent et Farrell), de même que l’affidavit de M. Noakes que Cermaq a déposé, sont tous radiés pour cause d’inadmissibilité. De plus, les requêtes par lesquelles la PNN voulait déposer l’affidavit supplémentaire de M. Kibenge et celles par lesquelles le ministre souhaitait déposer l’affidavit supplémentaire de M. Garver sont rejetées.

[267] En résumé, les affidavits d’experts de la PNN ne tombent sous le coup d’aucune des exceptions à la règle interdisant l’admission de preuves dont ne disposait pas le décideur et, de ce fait, ils ne sont pas admissibles. Et même s’ils l’étaient à seule fin d’établir la mauvaise foi,

of establishing bad faith, having carefully reviewed the ‘Namgis expert affidavits and the other evidence, I do not agree with ‘Namgis’ view that the ‘Namgis expert affidavits establish that DFO has repeatedly acted inconsistently with its statutory purpose with such reckless disregard that the absence of good faith can be deduced and bad faith presumed. Nor that these affidavits demonstrate that DFO acted improperly to promote the interests of the aquaculture industry.

Drastil affidavit No. 1

[268] Won Drastil is a legal assistant employed by Gowling WLG (Canada) LLP (Gowling), counsel for ‘Namgis. He states that Sean Jones, an associate at Gowlings and solicitor of record for ‘Namgis, informs him and he verily believes that Mr. Jones obtained documents in response to six ATIP requests to DFO made between November 2016 and May 2017. Mr. Drastil describes each request, and documents received in response are included in Exhibits A to F of his affidavit. Mr. Drastil also states that he is advised by Mr. Jones that Mr. Jones had obtained the additional documents attached as Exhibit G. The source of those documents is not identified. They are comprised of email correspondence between Ms. Morton and Dr. Gary Marty, Senior Fish Pathologist, Animal Health Centre, B.C. Ministry of Agriculture, a transcript of a cross-examination of Dr. Marty in another matter, and an email chain between a redacted sender and Ms. Morton. Additionally, Mr. Drastil states that Mr. Jones informs him that Mr. Jones had been provided with a copy of the Di Cicco 2018 paper as submitted for publication, attached as Exhibit H. The source who provided that document is not identified. Further, Mr. Drastil states that on May 9, 2019, he retrieved from the Pacific Salmon Foundation’s website a final version of that paper, attached as Exhibit I.

[269] As a preliminary point, I note that although some of the ‘Namgis expert affidavits rely in part on documents that form exhibits to Drastil affidavit No. 1, this

après avoir examiné avec soin les affidavits d’experts de la PNN et les autres éléments de preuve, je ne souscris pas au point de vue de la PNN selon lequel ces affidavits d’experts établissent que le MPO a, à maintes reprises, agi de façon incompatible avec le mandat que la loi lui confie et avec une telle indifférence que l’on peut en déduire une absence de bonne foi et présumer de la mauvaise foi. Ces affidavits ne montrent pas non plus que le MPO a agi de manière illégitime en vue de favoriser les intérêts de l’industrie aquacole.

L’affidavit n° 1 de M. Drastil

[268] Won Drastil exerce les fonctions d’adjoint juridique au cabinet d’avocats Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l. (le cabinet « Gowling »), qui représente la PNN. Il déclare que Sean Jones, un associé du cabinet Gowlings et avocat inscrit au dossier pour la PNN, l’a informé — et il croit sincèrement que tel est le cas — qu’il avait obtenu des documents en réponse à six demandes d’AI adressées au MPO entre les mois de novembre 2016 et de mai 2017. M. Drastil décrit chaque demande, et les documents reçus en réponse se trouvent dans les pièces « A » à « F » qui sont jointes à son affidavit. M. Drastil déclare aussi que M. Jones l’a informé qu’il avait obtenu les documents supplémentaires joints comme pièce « G ». La source de ces documents n’est pas indiquée. Ils se composent d’échanges par courriel entre M^{me} Morton et le D^r Gary Marty, ichthyopathologiste principal (Centre de la santé des animaux, ministère de l’Agriculture de la Colombie-Britannique), de la transcription d’un contre-interrogatoire du D^r Marty dans une autre affaire, ainsi que d’une chaîne de courriels entre un expéditeur dont le nom a été expurgé et M^{me} Morton. De plus, M. Drastil indique que M. Jones l’a informé qu’il a reçu une copie de l’étude Di Cicco 2018, telle que présentée pour publication, et qu’elle est jointe à son affidavit comme pièce « H ». La source qui a transmis ce document n’est pas indiquée. De plus, M. Drastil indique que, le 9 mai 2019, il a récupéré du site Web de la Pacific Salmon Foundation une version finale de ce document, jointe comme pièce « I ».

[269] À titre préliminaire, il convient de souligner que même si certains des affidavits d’experts de la PNN se fondent en partie sur des documents joints comme pièces

does not serve to make Drastil affidavit No. 1 or those affidavits admissible.

[270] In my view, the only basis on which Drastil affidavit No. 1 is admissible is for the limited purpose of assessing ‘Namgis’ bad faith or improper purpose allegations.

[271] In that regard, ‘Namgis asserts that the documents provided in the exhibits to Drastil affidavit No. 1 provide evidence that “DFO suppressed evidence regarding the presence of HSMI in BC fish farms and that DFO [referencing p 00874, 1029], at the behest of industry, suppressed evidence of the harm posed by PRV to Pacific salmon, including Chinook, in some cases over the objections of DFO’s own staff” (p 1038, 1042) and “Shockingly, those same documents also provide evidence that the 2015 CSAS Science Report was created as an ‘appeal’ of Morton” (referencing p 1020). Further, that this Court has permitted admission of documents obtained under the ATIP legislation for the same purposes (*Azizian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 379 (*Azizian*), at paragraphs 13–14) and when such a request is the party’s only means of obtaining such documents (*South Yukon Forest Corporation v. Canada*, 2010 FC 495, 365 F.T.R. 13 (*South Yukon*), at paragraphs 30–31). Such documents, produced in the usual and ordinary course of business, are also admissible as business documents (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Seifert*, 2006 FC 270, 43 Admin. L.R. (4th) 1 (*Seifert*), at paragraph 13).

[272] I would first note that having reviewed the specific pages of the ATIP documents identified by ‘Namgis in support of the above assertions, I am not persuaded that they serve that purpose. Page 1029 is a June 2016 email exchange concerning the wording of an intended DFO press release. This includes disagreement with the idea of B.C. researchers and veterinarians developing their own set of diagnostic standards for HSMI

à l’affidavit n° 1 de M. Drastil, cela n’a pas pour effet de rendre admissible l’affidavit n° 1 de M. Drastil ou ces autres affidavits.

[270] À mon avis, l’affidavit n° 1 de M. Drastil ne peut être admis que dans le but restreint d’évaluer les allégations de mauvaise foi ou de fin illégitime formulées par la PNN.

[271] À cet égard, la PNN affirme que les documents que comportent les pièces jointes à l’affidavit n° 1 de M. Drastil prouvent que le [TRADUCTION] « MPO a supprimé des preuves concernant la présence de l’IMSC dans des fermes piscicoles de la Colombie-Britannique et que le MPO » (pages 00874 et 1029), [TRADUCTION] « à l’instigation de l’industrie, a supprimé des preuves des dommages causés par le RVP aux saumons du Pacifique, dont le saumon chinook, et ce, dans certains cas, malgré les objections du propre personnel du MPO » (pages 1038 et 1042) et que [TRADUCTION] « [d]e façon choquante, ces mêmes documents prouvent également que le rapport des Sciences du SCCS de 2015 était en fait un moyen “d’en appeler” de la décision *Morton* » (page 1020). De plus, notre Cour a permis que soient admis des documents obtenus en vertu des dispositions législatives en matière d’AI pour les mêmes fins (*Azizian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 379 (*Azizian*), aux paragraphes 13 et 14) et dans les cas où une telle demande était le seul moyen dont disposait la partie concernée pour obtenir de tels documents (*South Yukon Forest Corporation c. Canada*, 2010 CF 495 (*South Yukon*), aux paragraphes 30 et 31). Ces documents, préparés dans le cours ordinaire des affaires, sont également admissibles comme pièces commerciales (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Seifert*, 2006 CF 270 (*Seifert*), au paragraphe 13).

[272] Il convient d’abord de signaler que, après avoir passé en revue les pages précises des documents obtenus par suite de demandes d’AI auxquels la PNN s’est référée à l’appui des affirmations qui précèdent, je ne suis pas convaincue qu’ils peuvent être utilisés à cette fin. La page 1029 est un échange de courriels, qui a eu lieu en juin 2016, au sujet du texte d’un projet de communiqué de presse du MPO. Il y est notamment question d’un

(including clinical signs and mortality) rather than using the international standard analysis (histopathological analysis of distribution of lesions in farm fish) as well as disagreement with the addition of the word “potential” to the HSMI diagnosis. While this email exchange demonstrates disagreement within DFO as to the content of the press release, it falls short of establishing bad faith.

[273] Page 1038 is the cover page of a July 29, 2016, draft of a paper entitled “Aquaculture and Disease Related Research (Pacific Region)”, page 1042 of that draft document (a final version is not found in the materials comprising Drastil affidavit No. 1) does not support ‘Namgis’ allegation. This addresses a number of things, one of which is a jaundice study. The document states that in an ACRDP project funded in 2011, DFO undertook a study with Creative Salmon on a jaundice syndrome that had been causing low losses overwinter on Chinook salmon farms on the West Coast and for which the cause of the disease was poorly understood. Under “Key Findings”, it states that the study showed that the disease was likely infectious and most likely viral in origin. Microbe monitoring established an association of the disease with PRV, but was not designed to establish what the nature of the relationship with PRV may be (cause, opportunistic co-infection, or other) and,

Unfortunately this was the first reported detection of PRV in BC, and the histopathologist from the province convinced the industry not to sign off on the report (after many iterations) if PRV was to be included in the analysis. Portions of this dataset, however, became public in Cohen [redacted] released the data to the CFIA. Since that time, two other farm studies performed in Norway on Rainbow Trout and in Chile on Coho salmon have identified a jaundice-like syndrome (sometimes together with heart lesions resembling HSMI) in association with PRV.

désaccord avec l’idée que des chercheurs et des vétérinaires de la Colombie-Britannique mettent au point leur propre série de normes diagnostiques pour l’IMSC (dont des signes cliniques et la mortalité) au lieu de recourir à l’analyse type internationale (analyse histopathologique de la répartition des lésions chez les poissons d’élevage), ainsi qu’un désaccord avec l’ajout du mot [TRADUCTION] « potentiel » au diagnostic de l’IMSC. Bien que cet échange de courriels illustre le désaccord qui règne au sein du MPO quant au contenu du communiqué de presse, il ne suffit pas à établir la mauvaise foi.

[273] La page 1038 est la page de couverture de l’ébauche, datée du 29 juillet 2016, d’un document intitulé « Aquaculture and Disease Related Research (Pacific Region) » (Aquaculture et recherche liée aux maladies (Région du Pacifique)), et la page 1042 de cette ébauche (il n’y a pas de version finale dans les documents que comporte l’affidavit n° 1 de M. Drastil) ne confirme pas l’allégation de la PNN. Ce document, qui porte sur un certain nombre de points, dont une étude sur la jaunisse, indique que dans le cadre d’un projet du Programme coopératif de recherche et développement en aquaculture (PCRDA) financé en 2011 le MPO a lancé une étude avec une entreprise appelée Creative Salmon sur le syndrome de la jaunisse, qui avait causé de faibles pertes durant l’hiver dans des fermes d’élevage de saumons chinooks le long de la côte Ouest et dont la cause de la maladie était mal comprise. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Principaux constats », ce document indique que l’étude a montré que la maladie était de nature probablement infectieuse et d’origine fort probablement virale. Le suivi microbien établissait une association entre la maladie et le RVP, mais il n’était pas conçu pour définir la nature possible de la relation avec le RVP (cause, co-infection opportuniste ou autre) et :

[TRADUCTION] Malheureusement, il s’agissait du premier cas de détection déclarée du RVP en Colombie-Britannique, et l’histopathologiste de la province a convaincu l’industrie de ne pas approuver le rapport (après de nombreuses versions) s’il fallait inclure le RVP dans l’analyse. Des parties de cet ensemble de données sont toutefois devenues publiques dans Cohen [expurgé] a communiqué les données à l’ACIA. Depuis ce temps, deux autres études menées dans des fermes norvégiennes sur la truite arc-en-ciel et au Chili sur le saumon coho ont

Jaundice was also identified in a number of Audit samples and preliminary assessments suggest that PRV loads are elevated in these samples. As such, the SSHI plans to bring this research, now in manuscript form, back to the table and pursue its publication.”

[274] Thus, this does not support ‘Namgis’ assertion that DFO “supressed” evidence regarding HSMI in fish farms. It addresses the first detection of PRV in B.C. and the fact that it was the histopathologist from the province who convinced industry not to sign off. This is not evidence of DFO, at the behest of industry, suppressing information. And, in any event, the dataset became public, other studies were referenced on the same topic, and SSHI became involved.

[275] Nor does a prior paragraph of the draft document that discusses PRV and HSMI support this allegation.

[276] As to the “shocking” revelation at page 1020, this is an undated, clearly very rough draft of a document entitled SSHI Result Communication Plan. It is littered with comments, changes and redactions via the tracked changes feature of the word-processing system being utilized. The “Background” section includes the following:

- Both the federal Department of Fisheries and Oceans (DFO) and the aquaculture companies have previously vehemently denied that <U>HSMI</U> it is present in BC Fish Farms; BC provincial pathologist Dr. Gary Marty is the lead pathologist for the DFO regulatory program and the industry

relevé un syndrome s’apparentant à la jaunisse (parfois de pair avec des lésions cardiaques ressemblant à l’IMSC) en association avec le RVP. La jaunisse a également été relevée dans un certain nombre d’échantillons de vérification, et les évaluations préliminaires donnent à penser que dans ces échantillons les charges en RVP sont élevées. Cela étant, l’ISSS a l’intention de ramener sur la table ce projet de recherche, aujourd’hui sous forme manuscrite, et d’en poursuivre la publication.

[274] Il n’étaye donc pas l’affirmation de la PNN selon laquelle le MPO a [TRADUCTION] « supprimé » des preuves concernant la présence de l’IMSC dans des fermes piscicoles. Il y est question du premier cas de détection du RVP en Colombie-Britannique, ainsi que du fait que c’est l’histopathologiste de la province qui a convaincu l’industrie de ne pas approuver le rapport. Il ne s’agit pas d’une preuve que le MPO, à l’instigation de l’industrie, a supprimé des informations. Et, en tout état de cause, l’ensemble de données est devenu public, d’autres études sur le même sujet ont été mentionnées et l’ISSS a commencé à prendre part aux activités.

[275] Un paragraphe antérieur de l’ébauche de document, où l’on traite du RVP et de l’IMSC, n’étaye pas non plus cette allégation.

[276] Quant à la révélation [TRADUCTION] « choquante » figurant à la page 1020, il s’agit d’une ébauche non datée et visiblement très grossière d’un document intitulé « SSHI Result Communication Plan » (Plan de communication des résultats de l’ISSS). Ce document est farci de commentaires, de changements et de suppressions que fait ressortir la fonction « suivi des modifications » du système de traitement de texte utilisé. La section intitulée [TRADUCTION] « Contexte » comporte ce qui suit :

[TRADUCTION]

- Tant le ministère fédéral des Pêches et des Océans (MPO) que les entreprises aquacoles ont auparavant nié avec véhémence que l’IMSC était présente dans les fermes piscicoles de la Colombie-Britannique; le pathologiste provincial de la Colombie-Britannique, le D^r Gary Marty, exerce les fonctions de pathologiste principal dans le cadre du programme réglementaire du MPO et au sein de l’industrie

- In the Alexandra Morton legal case last year, however, the judge ruled that fish farms have to use the precautionary principle with HSMI/PRV
- DFO disagreed and is appealing the ruling, including via a Canadian Science Advisory Secretariat (CSAS) review
- Eight scientists (Canadian and International) concur that HSMI is here, including those at University of Prince Edward island (UPEI), the most arms-length group working with Dr. Miller on the SSHI
- It is important to note that DFO fisheries health scientists have injected HSMI homogenates from PRV infected tissues in pacific Salmon (Sockeye) and Atlantic Salmon, and have observed no and the major finding is there were no observed mortalities or HSMI-related lesions; Gary Marty was the pathologist in these studies; the fish get the disease, but then recover.
- L'année dernière, dans l'affaire Alexandra Morton, le juge a toutefois décrété que le principe de précaution doit être appliqué dans les fermes piscicoles en ce qui a trait au l'IMSC/RVP
- Le MPO a exprimé son désaccord et porte la décision en appel, notamment au moyen d'un examen mené par le Secrétariat canadien de consultation scientifique (SCCS)
- Huit scientifiques (canadiens et étrangers) conviennent que l'IMSC est présent, dont ceux de l'Université de l'Île-du-Prince-Édouard (UIPE), le groupe le plus indépendant qui travaille avec M. Miller à l'ISSS
- Il est important de signaler que les scientifiques du MPO qui s'intéressent à la santé des pêches ont injecté des homogénats de l'IMSC provenant de tissus infectés par le RVP chez des saumons du Pacifique (chinooks) et des saumons atlantiques, et n'ont constaté aucune mortalité et la conclusion principale est qu'il n'y a pas eu de mortalité observée ou lésion liée à l'IMSC; le Gary Marty est le pathologiste qui a participé à ces études; les poissons tombent malades, mais se rétablissent ensuite.

[277] Of course, the reference to DFO and aquaculture companies vehemently denying the presence of HSMI comes directly from the text of the *Morton 2015* decision (at paragraph 37), which decision is referenced in the next bullet. And it is also true that DFO planned to, and did, seek to appeal that decision, but ultimately it discontinued the appeal as discussed above. Nor did *Morton 2015* hold that fish farms have to use the precautionary principle—either with respect to PRV and HSMI or otherwise. This was an obligation of DFO. And while the wording indicating that DFO was also appealing *Morton 2015* via a CSAS review is unfortunate, viewed in the context of this very rough draft, it is not evidence of bad faith. Poor drafting, assuredly, bad faith no. In whole, this draft document can be afforded little weight, especially without a proper understanding of the surrounding context, which is not apparent.

[278] As to the case law relied upon by 'Namgis, *Azizian* concerned an immigration officer's determination

[277] Il va sans dire que la mention que le MPO et les entreprises aquacoles nient avec véhémence la présence de l'IMSC est directement liée à la décision *Morton 2015* (au paragraphe 37), laquelle décision est mentionnée au deuxième point précédé d'une puce. Et il est vrai aussi que le MPO prévoyait porter cette décision en appel et qu'il l'a fait, mais qu'en fin de compte il s'est désisté, comme nous l'avons déjà vu. Par ailleurs, la décision *Morton 2015* n'établit pas que le principe de précaution doit être appliqué par les fermes piscicoles — que ce soit à l'égard du RVP ou de l'IMSC, ou d'une autre façon. Il s'agissait là d'une obligation du MPO. Et si le passage indiquant que le MPO portait également en appel la décision *Morton 2015* au moyen d'un examen mené par le SCCS est malheureux, dans le contexte de cette ébauche très préliminaire, il ne s'agit pas d'une preuve de mauvaise foi : un texte mal écrit, certes, mais pas de la mauvaise foi. Dans l'ensemble, peu de poids peut être accordé à cette ébauche, surtout sans une bonne compréhension du contexte, qui n'est pas évident.

[278] Pour ce qui est de la jurisprudence qu'invoque la PNN, l'affaire *Azizian* avait trait à la décision par

that an applicant was medically inadmissible to Canada. On judicial review, only one of various additional affidavits that the parties sought to file was found to be admissible. It addressed the absence of a handwritten medical letter indicating the stage of the applicant's cancer, from both the application record and the certified tribunal record. The letter had been obtained by the applicant's former counsel by way of an ATIP request. It was found to be admissible under the procedural fairness exception. Thus, it was one discrete and critical document whereas in this matter the ATIP documents are hundreds of pages from various authors and sources and are not documents asserted to have been omitted from the CTR. In other words, unlike *Azizian*, they are not critical evidence that should have been included in the CTR.

[279] As to *South Yukon*, that matter involved a trial, not an application for judicial review. Justice Heneghan noted that there had been an exceptional volume of evidence and that she would not be referring to all of it, but would base her conclusions on the evidence that she found to be most compelling. She also noted that while most documents had been produced by way of the discovery process, many highly relevant documents were not, and came into the possession of the plaintiff via ATIP requests. Justice Heneghan then stated that, as she had noted above, she had reviewed every piece of evidence in the proceeding. She stated that she was satisfied that all of the documents to which she had referred were properly introduced through witnesses, or on the consent of counsel, were business records as described by section 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1995, c. C-5, or met the test of necessity and reliability. It is unclear where the ATIP documents fit into that mix.

[280] Finally, *Seifert* was a 2006 immigration decision of this Court, which found that documents produced in

laquelle un agent d'immigration a déclaré un demandeur interdit de territoire au Canada pour des raisons d'ordre médical. Lors du contrôle judiciaire, seul l'un des divers affidavits supplémentaires que les parties souhaitaient déposer a été jugé admissible. Il portait sur une lettre médicale manuscrite indiquant le stade du cancer dont était atteint le demandeur et qui ne figurait ni dans le dossier de demande ni dans le dossier certifié du tribunal. La lettre avait été obtenue par l'ancien avocat du demandeur par suite d'une demande d'AI. Elle a été considérée comme admissible en vertu de l'exception relative à l'équité procédurale. Il s'agissait donc d'un seul document, distinct et crucial, tandis qu'en l'espèce les documents obtenus par suite de demandes d'AI représentent des centaines de pages de sources et d'auteurs divers et ne sont pas des documents qui auraient dû faire partie du DCT. Autrement dit, contrairement à l'affaire *Azizian*, en l'espèce, il ne s'agit pas d'éléments de preuve cruciaux qui auraient dû être inclus dans le DCT.

[279] Quant à la décision *South Yukon*, elle avait trait à un procès, et non à une demande de contrôle judiciaire. La juge Heneghan a fait remarquer que les parties avaient déposé une quantité exceptionnelle de preuves et qu'elle ne ferait pas mention de chacune d'elles, et que ses conclusions s'appuieraient sur les preuves les plus convaincantes. Elle a fait remarquer aussi que bien que la plupart des documents aient été produits dans le cadre des interrogatoires préalables, tel n'était pas le cas de plusieurs des documents les plus pertinents, que la demanderesse avait obtenus au moyen de demandes d'AI. La juge Heneghan a ensuite précisé que, comme elle l'avait signalé précédemment, elle avait passé en revue chacun des éléments de preuve déposés dans le cadre de l'instance. Elle s'est dite convaincue que tous les documents auxquels elle avait fait référence avaient été introduits comme il se devait par des témoins, ou avec le consentement des avocats, et qu'il s'agissait de pièces commerciales décrites à l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, ou qu'ils satisfaisaient au critère de la nécessité et de la fiabilité. On ne sait pas clairement à quelle catégorie appartenaient les documents obtenus par suite de demandes d'AI.

[280] Enfin, la décision *Seifert* était une décision en matière d'immigration de notre Cour, datée de 2006, dans

the usual and ordinary course of government activities or operations may qualify as business documents and be admissible under section 30 of the *Canada Evidence Act* for truth of their contents. However, it also suggested that policy documents, memoranda and personal correspondence are not the kind of documents admissible as such. Based on ‘Nāmgis’ submissions, I am not persuaded that the ATIP documents fall into the business records exception.

[281] In summary, as to Drastil affidavit No. 1, the ATIP documents are admissible for the limited purpose of assessing ‘Nāmgis’ assertion of bad faith. However, their reliability, in that they are comprised of draft documents and various internal emails, and are an incomplete record comprised of only a portion of the more than 7 000 pages actually obtained as a result of the ATIP requests, is a concern. Additionally, many of the documents are unattributed. Accordingly, I afford them limited weight.

[282] Further, upon review in whole of the ATIP documents included with Drastil affidavit No. 1, it can reasonably be said that, in its communications with the public concerning HSMI, there was a tendency by DFO to downplay the discovery and its potential impact. The ATIP documents also show that there was debate and some disagreement within DFO, and between its scientists, concerning aspects of PRV and HSMI. However, I am not persuaded that the ATIP documents establish bad faith on the part of the delegate or DFO with respect to the science underlying the delegate’s decision.

[283] As to the other documents attached as exhibits to Drastil affidavit No. 1, these are inadmissible as they do not fall within any of the exceptions to the general rule that the evidentiary record before the reviewing Court on

laquelle il a été conclu que les documents produits dans le cours ordinaire et habituel des activités gouvernementales peuvent être considérés comme des pièces commerciales et être admissibles en vertu de l’article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour établir la véracité de leur contenu. Cependant, la décision indique également que les documents de politique générale, les notes de service et les lettres personnelles ne sont pas le genre de documents qui sont admissibles à ce titre. Compte tenu des observations de la PNN, je ne suis pas persuadée que les documents obtenus par suite de demandes d’AI tombent sous le coup de l’exception relative aux pièces commerciales.

[281] En résumé, pour ce qui est de l’affidavit n° 1 de M. Drastil, les documents obtenus par suite de demandes d’AI peuvent être admis en preuve dans le but restreint d’évaluer l’allégation de mauvaise foi de la PNN. Cependant, leur fiabilité, dans la mesure où s’agit d’ébauches de document et de divers courriels internes et qu’ils forment un dossier incomplet, constitué d’une partie seulement des documents — représentant plus de 7 000 pages — qui ont été obtenus à la suite des demandes d’AI, pose problème. En outre, plusieurs des documents sont de source inconnue. Je leur accorde donc peu de poids.

[282] De plus, après examen de la totalité des documents obtenus par suite de demandes d’AI qui sont joints à l’affidavit n° 1 de M. Drastil, on peut raisonnablement dire que, dans ses communications avec le public au sujet de l’IMSC, le MPO a eu tendance à amoindrir l’importance de la découverte et de son effet potentiel. Les documents obtenus par suite de demandes d’AI montrent aussi qu’il y a eu un certain débat et quelques désaccords au sein du MPO, et entre ses scientifiques, à l’égard de certains aspects du RVP et de l’IMSC. Cependant, je ne suis pas convaincue que les documents obtenus par suite de demandes d’AI établissent la mauvaise foi de la déléguée ou du MPO en ce qui concerne les données scientifiques qui sous-tendent la décision de la déléguée.

[283] Quant aux autres documents joints comme pièces à l’affidavit n° 1 de M. Drastil, ils ne sont pas admissibles, car ils ne tombent sous le coup d’aucune des exceptions à la règle générale selon laquelle le dossier

judicial review is restricted to the record that was before the decision maker.

Svanvik affidavit

[284] As noted above, Cermaq also seeks to have paragraphs of the Svanvik affidavit struck out. Upon review of that affidavit, I find that paragraphs 67–73 are admissible to the extent that they speak to Chief Svanvik’s knowledge of the lower numbers of returning wild salmon in ‘Namgis’ asserted territory, either personally or by way of the Nimpkish River Hatchery escapement numbers. Paragraphs 93–94 are struck as irrelevant, paragraph 115 is struck as irrelevant and hearsay. Paragraphs 116–137 describe ‘Namgis’ communications with Marine Harvest and the ITC pertaining to the restocking of the Swanson Island facility and are admissible. Similarly, paragraphs 139–140 confirm ‘Namgis’ communications with DFO and are admissible. Paragraph 167 refers to a report entitled “Reasserting ‘Namgis’ Food Sovereignty aka ‘Three Boards and a Pick Up Truck’”, it is unnecessary inadmissible hearsay, as is related paragraph 168. Paragraphs 169, 172, 174–176 are admissible as they speak to depletion of salmon that are necessary to ‘Namgis’ traditional diet. Similarly, paragraphs 180–181 are admissible as they speak to depletion of salmon populations and ‘Namgis’ hatchery operations. Paragraphs 184–185 are irrelevant and inadmissible. Paragraphs 187–193 are admissible as they speak to ‘Namgis’ belief as to how reduced salmon populations have affected its ability to exercise its Aboriginal rights and title and its concerns about the restocking of Swanson Island facility without testing for PRV. Where paragraphs of the Svanvik affidavit have been struck out, the exhibits linked to those paragraphs are similarly struck.

de preuve qui est soumis à la cour de révision lors d’un contrôle judiciaire se limite au dossier de preuve dont disposait le décideur.

L’affidavit du chef Svanvik

[284] Ainsi qu’il a été mentionné précédemment, Cermaq souhaite aussi faire radier des paragraphes de l’affidavit du chef Svanvik. Après examen de ce document, je conclus que les paragraphes 67 à 73 sont admissibles dans la mesure où ils traitent de la connaissance qu’a le chef Svanvik de la baisse des effectifs de saumons sauvages en montaison dans le territoire que revendique la PNN, soit à titre personnel, soit en s’appuyant sur des données relatives aux échappées de l’écloserie de la rivière Nimpkish. Les paragraphes 93 et 94 sont radiés parce qu’ils ne sont pas pertinents, et le paragraphe 115 est quant à lui radié parce qu’il n’est pas pertinent et qu’il constitue du ouï-dire. Les paragraphes 116 à 137 décrivent les communications de la PNN avec Marine Harvest et le CIT au sujet de l’empoisonnement de l’installation de l’île Swanson et ils sont admissibles. De la même façon, les paragraphes 139 et 140 confirment les communications que la PNN a eues avec le MPO et ils sont admissibles. Le paragraphe 167 fait référence à un rapport intitulé « Reasserting ‘Namgis’ Food Sovereignty aka “Three Boards and a Pick Up Truck” »; il est inutile et constitue du ouï-dire inadmissible, tout comme le paragraphe 168 connexe. Les paragraphes 169, 172, 174 à 176 sont admissibles, car ils portent sur l’appauvrissement des populations de saumons qui sont nécessaires au régime alimentaire traditionnel de la PNN. Dans le même ordre d’idées, les paragraphes 180 et 181 sont admissibles, car ils concernent l’appauvrissement des populations de saumons et les activités des écloseries de la PNN. Les paragraphes 184 et 185 ne sont pas pertinents et ne sont pas admissibles. Les paragraphes 187 à 193 sont admissibles, car ils traitent du fait que la PNN croit que la réduction des populations de saumons nuit à sa capacité d’exercer ses droits ancestraux ainsi que ceux que lui confère son titre ancestral, ainsi que de son inquiétude à l’égard de l’empoisonnement de l’installation de l’île Swanson sans procéder à des tests de dépistage du RVP. Là où des paragraphes de l’affidavit du chef Svanvik ont été radiés, les pièces liées à ces paragraphes le sont aussi.

[285] As to the Svanvik affidavit in whole, it is sufficient to say that it is unchallenged evidence of the diminishing numbers of wild Pacific salmon returning to ‘N̄amgis’ asserted territory and to ‘N̄amgis’ reliance on wild Pacific salmon.

[286] Before concluding on this issue, there are two other points to be briefly addressed. First, I have dealt with the ‘N̄amgis expert affidavits and Drastil affidavit No. 1 in the context of ‘N̄amgis’ bad faith submissions. ‘N̄amgis’ also asserts that the duty to consult is a further exception to the general rule precluding the admission of evidence that was not before the decision maker, in reliance on *Liidlii Kue First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 15881 (F.C.), at paragraph 32. However, that decision predates *Association of Universities and Colleges* and related subsequent jurisprudence that has been discussed above. And, in any event, the ‘N̄amgis expert affidavits and Drastil affidavit No. 1 are not necessary to determine if a duty to consult exists or to resolve ‘N̄amgis’ claim that the Minister breached the duty to consult, which I have addressed below. Nor, in these circumstances, are they necessary for purposes of determining the scope of consultation.

(b) Cermaq rule 312 motion—Da Costa supplemental affidavit

[287] Secondly, in connection with ‘N̄amgis’ expert affidavits, the case management Judge declined to grant Cermaq leave to file the supplemental affidavit of Golshan Da Costa, legal administrative assistant to Fasken Martineau DuMoulin LLP (Fasken), Cermaq’s legal counsel in this matter (Da Costa supplemental affidavit), which was sworn on August 17, 2018. The case management Judge directed Cermaq to file a motion for leave to be heard together with the other motions at the hearing of these applications. On August 24, 2018, Cermaq filed a motion in writing seeking to file the Da Costa supplemental affidavit, which attaches letters

[285] Quant à l’affidavit du chef Svanvik dans son ensemble, il suffit de dire qu’il s’agit d’une preuve incontestée de la diminution des remontes de saumons du Pacifique sauvages dans le territoire que revendique la PNN, ainsi que du fait que la PNN compte sur cette ressource.’

[286] Avant de clore cette question, il y a deux autres points dont il faut parler brièvement. Premièrement, j’ai traité des affidavits d’experts de la PNN et de l’affidavit n° 1 de M. Drastil dans le contexte des arguments relatifs à la mauvaise foi invoqués par la PNN. Cette dernière affirme aussi que l’obligation de consultation est une autre exception à la règle générale interdisant l’admission de preuves non soumises au décideur, en s’appuyant sur la décision *Liidlii Kue First Nation c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15881 (C.F.), au paragraphe 32. Cependant, cette décision a été rendue avant l’arrêt *Association des universités et collèges* et la jurisprudence ultérieure connexe qui a été analysée dans les présents motifs. Et, en tout état de cause, les affidavits d’experts de la PNN et l’affidavit n° 1 de M. Drastil ne sont pas nécessaires pour déterminer s’il existe une obligation de consultation ou pour que la Cour se prononce sur l’allégation de la PNN selon laquelle le ministre a manqué à l’obligation de consultation, un point que j’analyse ci-dessous. Dans ces circonstances, ces documents ne sont pas non plus nécessaires pour déterminer l’étendue de l’obligation de consultation.

b) La requête déposée par Cermaq en vertu de la règle 312 des Règles — l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa

[287] Deuxièmement, en ce qui concerne les affidavits d’experts de la PNN, la juge chargée de la gestion de l’instance a refusé d’autoriser Cermaq à déposer l’affidavit supplémentaire souscrit le 17 août 2018 par Golshan Da Costa, adjoint administratif juridique au cabinet d’avocats Fasken Martineau DuMoulin LLP (le cabinet Fasken), qui représente Cermaq dans la présente affaire (l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa). La juge chargée de la gestion de l’instance a ordonné à Cermaq de déposer une requête en autorisation à être entendue en même temps que les autres requêtes lors de l’audition des demandes dont il est question en

between counsel for Cermaq and counsel for ‘Nāmgis concerning disclosure by Dr. Routledge, Dr. Kiberge and Dr. Krkosek of their working documents for purposes of being cross-examined on their respective expert reports.

[288] The background to the motion is set out in the motion records filed by Cermaq and ‘Nāmgis, as are their respective written submissions. It is not necessary to recite that information here. Having reviewed the submissions, I have concluded that the Da Costa supplemental affidavit is admissible as general background information as it describes the history of the refusal by ‘Nāmgis to disclose documents requested by Cermaq in directions to attend issued for each of ‘Nāmgis’ experts, and the surrounding procedural history of the motion. It is relevant only in that it establishes ‘Nāmgis’ refusal to provide the requested materials, which, as the case management Judge noted, is apparent from the transcript of the cross-examinations. The Da Costa supplemental affidavit meets the first part of the interests of justice analysis, as when Cermaq filed its affidavits under rule 306, the cross-examinations and refusals had not occurred. Its relevance is limited to the fact that the requested documents were not disclosed and the affiants were therefore not cross-examined on those of the documents that exist, but were not provided, in particular, the draft expert reports. However, neither party made submissions before me as to the merits of the disclosure request or the refusal, and the Da Costa supplemental affidavit is not probative in this regard. In the same vein, it is also not prejudicial as it was open to ‘Nāmgis to address the merits of the request in its materials.

[289] In whole, the Da Costa supplemental affidavit is admissible for only the limited purpose of establishing that certain of the demanded documents were not

l’espèce. Le 24 août 2018, Cermaq a déposé une requête écrite visant à déposer l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa, auquel sont jointes des lettres que se sont échangées les avocats de Cermaq et ceux de la PNN au sujet des interrogatoires préalables de MM. Routledge, Kibenge et Krkosek sur leurs documents de travail, le but étant de les contre-interroger sur leurs rapports d’expert respectifs.

[288] Le contexte dans lequel s’inscrit la requête est exposé dans les dossiers de requête qu’ont déposés Cermaq et la PNN, tout comme leurs observations écrites respectives. Il est inutile de relater ces informations. Après avoir passé en revue les observations, j’ai conclu que l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa est admissible en tant qu’affidavit fournissant des renseignements contextuels généraux, car il décrit l’historique du refus de la PNN de communiquer des documents demandés par Cermaq dans des assignations à comparaître délivrées à chacun des experts de la PNN de même que l’historique procédural entourant la requête. Ce document n’est pertinent que dans la mesure où il établit le refus de la PNN de fournir les documents demandés, ce qui, comme l’a fait remarquer la juge chargée de la gestion de l’instance, ressort clairement de la transcription des contre-interrogatoires. L’affidavit supplémentaire de M. Da Costa satisfait au premier volet de l’analyse relative à l’intérêt de la justice, car Cermaq a déposé ses affidavits en vertu de la règle 306 des Règles avant les contre-interrogatoires et les refus. Sa pertinence se limite au fait que les documents demandés n’ont pas été communiqués et que les déposants n’ont donc pas été contre-interrogés sur les documents qui existent, mais qui n’ont pas été fournis, notamment les ébauches de rapport d’expert. Cependant, ni l’une ni l’autre des parties ne m’a présenté des observations sur le bien-fondé de la demande de communication ou du refus, et l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa n’est pas probant à cet égard. Dans le même ordre d’idées, ce document n’est pas non plus préjudiciable, car il était loisible à la PNN de traiter dans ses documents du bien-fondé de la demande.

[289] Dans l’ensemble, l’affidavit supplémentaire de M. Da Costa est admissible seulement dans le but restreint d’établir que certains des documents demandés

provided. However, absent argument on the merits of whether those documents were compellable, or a motion by Cermaq seeking to compel production of the draft expert reports, I afford the affidavit little weight. In any event, as I have found the ‘Namgis expert affidavits to be inadmissible, nothing turns on the outcome of this motion.

B. Issue 2: Did the Minister breach the duty to consult with ‘Namgis concerning the PRV Policy Decision (T-430-18)?

(i) *Summary of parties’ positions*

[290] ‘Namgis submits that the duty to consult arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of an Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it; that the duty is not confined to decisions or conduct which have an immediate impact on lands and resources, but extends to strategic, higher level decisions; and that the threshold for triggering the duty is low. Here the PRV Policy is a higher level strategic decision, Canada has knowledge of ‘Namgis’ claims to Aboriginal title and rights, and there is a causal connection between the PRV Policy and the potential for adverse impacts on those title and rights. Despite this, no consultation has taken place with respect to the Policy or the Swanson Island transfer licence because of the Minister’s view that consultation is not required. This is a legal error, reviewable on the correctness standard, and is sufficient grounds to quash the PRV Policy.

[291] Conversely, the Minister’s position is that the PRV Policy does not trigger the duty to consult as no adverse impacts are caused by the PRV Policy decision. In the alternative, there was no breach of the duty to consult. DFO has previously consulted with ‘Namgis with

n’ont pas été fournis. Cependant, à défaut d’arguments sur la question de savoir s’il était possible de contraindre les témoins à produire ces documents, ou d’une requête de Cermaq visant à ce qu’il soit ordonné de produire les ébauches de rapport d’expert, j’accorde peu de poids à l’affidavit. Quoi qu’il en soit, comme j’ai conclu que les affidavits d’experts de la PNN ne sont pas admissibles, l’issue de cette requête n’a aucune incidence.

B. La question n° 2 : Le ministre a-t-il manqué à l’obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP (T-430-18)?

(i) *Le sommaire des thèses des parties*

[290] La PNN soutient que l’obligation de consultation prend naissance quand la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’un droit ou d’un titre ancestral revendiqué et qu’elle envisage de prendre des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci; cette obligation ne se limite pas aux décisions ou aux mesures qui ont un effet immédiat sur des terres et des ressources, mais elle s’étend aux décisions stratégiques, prises en haut lieu; par ailleurs, le seuil à atteindre pour que prenne naissance l’obligation est peu élevé. En l’espèce, la Politique concernant le RVP est une décision stratégique prise en haut lieu, le Canada a connaissance des revendications de titre et de droits ancestraux de la PNN, et il existe un lien de causalité entre la Politique concernant le RVP et la possibilité que les mesures prises aient une incidence défavorable sur ce titre et ces droits ancestraux. Malgré cela, aucune consultation n’a eu lieu à propos de la Politique ou du permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson parce que le ministre estimait que cela n’était pas nécessaire. Il s’agit là d’une erreur de droit, susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, qui justifie d’annuler la Politique concernant le RVP.

[291] À l’inverse, le ministre estime que la Politique concernant le RVP ne déclenche pas l’obligation de consultation parce que la décision la concernant n’a pas d’effets préjudiciables. Subsidiairement, il fait valoir qu’il n’y a pas eu manquement à l’obligation de

respect to aquaculture licences and, at that time, ‘N̄amgis raised their concerns about the health impacts of fish farms on wild salmon stocks, which were taken into account by DFO.

[292] Marine Harvest defers to the Minister on the question of whether a duty to consult was owed.

[293] Cermaq takes the position that statutory interpretation of section 56 of the FGRs and the forming of the PRV Policy do not attract the duty to consult. Rather, they are rules of general application concerning the transfer of fish that apply throughout British Columbia. They do not create a specific, appreciable adverse effect on ‘N̄amgis’ ability to exercise their Aboriginal rights and are not strategic high-level decisions. Rather, the relevant Crown conduct that may affect ‘N̄amgis’ Aboriginal rights and to which any duty to consult would attach is the approval of an aquaculture licence.

(ii) *Standard of review*

[294] As to the standard of review applicable to the duty to consult, ‘N̄amgis submits that the existence, extent and content of the duty to consult are legal questions reviewable on the correctness standard (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida*), at paragraph 61; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 93 C.E.L.R. (3d) 39 (*Yellowknives*). The issue of whether Canada actually discharged its duty to consult is reviewable on the reasonableness standard (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paragraph 39; *Haida*, at paragraphs 43–47; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at paragraphs 47–49).

consultation. Le MPO avait consulté auparavant la PNN à propos des permis d’aquaculture et, à ce moment-là, la PNN avait fait part de ses préoccupations au sujet des effets des fermes piscicoles sur la santé des stocks de saumons sauvages, et le MPO en avait tenu compte.

[292] Marine Harvest s’en remet au ministre pour ce qui est de la question de savoir s’il existait une obligation de consultation.

[293] D’après Cermaq, l’interprétation de l’article 56 du RPDG et l’établissement de la Politique concernant le RVP ne donnent pas naissance à l’obligation de consultation. Il s’agit plutôt de règles d’application générale au sujet du transfert de poissons qui s’appliquent sur tout le territoire de la Colombie-Britannique. Ces règles ne créent pas d’effet préjudiciable particulier et appréciable sur la capacité qu’a la PNN d’exercer ses droits ancestraux, et il ne s’agit pas de décisions stratégiques prises en haut lieu. La conduite pertinente de la Couronne qui pourrait avoir une incidence sur les droits ancestraux de la PNN et à laquelle se rattacherait une obligation de consultation quelconque est l’approbation d’un permis d’aquaculture.

(ii) *La norme de contrôle applicable*

[294] Pour ce qui est de la norme de contrôle qui s’applique à l’obligation de consultation, la PNN soutient que l’existence, l’étendue et la teneur de cette obligation sont des questions de droit qui sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Haïda*), au paragraphe 61; *Première Nation Yellowknives Dene c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148 (*Yellowknives*). La question de savoir si le Canada s’est bel et bien acquitté de son obligation de consultation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 39; *Haïda*, aux paragraphes 43 à 47; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, aux paragraphes 47 à 49).

[295] The Minister submits that the standard of review for assessing whether a duty to consult exists or has been triggered is correctness and that the reasonableness standard applies to questions of the extent of the duty (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 64; *Haida*, at paragraphs 60–63; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386 (*Ktunaxa*), at paragraph 77).

[296] I note that in *Yellowknives*, the Federal Court of Appeal provided an articulation of the applicable standards of review, which it found was consistent with the Supreme Court of Canada’s decisions in *Haida* (at paragraphs 61–62) and *Beckman* (at paragraph 48) (and also see *Ktunaxa*, at paragraph 77). Specifically, that the existence and extent or content of the duty to consult are legal questions reviewable on the correctness standard, while the adequacy of the consultation is reviewable on the reasonableness standard. I accept this as the applicable standards of review.

(iii) *Jurisprudence*

[297] To address this issue it is helpful to first set out the relevant jurisprudence, which I will then apply to the factual circumstances of this matter.

- The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. The obligation of honour derives from the Crown’s assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It is enshrined in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. One of the purposes of subsection 35(1) is the negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all of its dealing with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question. Stated otherwise, it is a corollary of section 35 that the

[295] Le ministre soutient que la norme de contrôle qui permet de déterminer s’il existe une obligation de consultation ou si cette dernière a été déclenchée est celle de la décision correcte, et que la norme de la décision raisonnable s’applique aux questions relatives à l’étendue de l’obligation (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (*Rio Tinto*), au paragraphe 64; *Haida*, aux paragraphes 60 à 63; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386 (*Ktunaxa*), au paragraphe 77).

[296] Je remarque que dans l’arrêt *Yellowknives* la Cour d’appel fédérale a énoncé les normes de contrôle applicables, qui selon elle concordait avec les arrêts *Haida* (aux paragraphes 61 et 62) et *Beckman* (au paragraphe 48) de la Cour suprême du Canada (voir aussi l’arrêt *Ktunaxa*, au paragraphe 77). Plus précisément, l’existence et l’étendue ou la teneur de l’obligation de consultation sont des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, tandis que le caractère suffisant de la consultation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. J’admets qu’il s’agit là des normes de contrôle applicables.

(iii) *La jurisprudence pertinente*

[297] Pour examiner cette question, il est utile tout d’abord de faire état de la jurisprudence pertinente, que j’appliquerai ensuite aux circonstances factuelles de la présente affaire.

- L’obligation de consultation est fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne. Ce principe découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l’occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Il a été consacré à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et les titres ancestraux existants. Un des objectifs du paragraphe 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans tous ces rapports avec les peuples autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec les peuples autochtones

Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. In turn, this implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate. The Crown's honour cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation. What the honour of the Crown requires varies with the circumstances (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 (*Taku River*), at paragraphs 24–25; *Haida*, at paragraphs 16–18, 20, 25 and 32; *Rio Tinto*, at paragraph 32);

- The duty to consult described in *Haida* derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right (*Rio Tinto*, at paragraph 31);
- The duty to consult arises “when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it” (*Haida*, at paragraph 35; *Rio Tinto*, at paragraph 3; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 219 C.C.C. (3d) 115 (*Douglas BCCA*), at paragraph 44);
- This test has three elements:
 - (1) the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right;
 - (2) contemplated Crown conduct; and
 - (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

concernés. Autrement dit, l'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cela suppose l'existence d'une obligation de consultation et, lorsqu'indiqué, d'accommodement. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste; au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de favoriser le processus de conciliation. Ce que le principe de l'honneur de la Couronne exige varie selon les circonstances (*Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 (*Taku River*), aux paragraphes 24 et 25; *Haïda*, aux paragraphes 16 à 18, 20, 25 et 32; *Rio Tinto*, au paragraphe 32);

- L'obligation de consultation décrite dans l'arrêt *Haïda* découle de la nécessité de protéger les intérêts autochtones lorsque des terres ou des ressources font l'objet de revendications ou lorsque la mesure projetée peut empiéter sur un droit ancestral (*Rio Tinto*, au paragraphe 31);
- L'obligation de consultation prend naissance « lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (*Haïda*, au paragraphe 35; *Rio Tinto*, au paragraphe 3; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 219 C.C.C. (3d) 115 (*Douglas BCCA*), au paragraphe 44);
- Ce critère comporte trois volets :
 - 1) la connaissance qu'a la Couronne, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou d'un titre ancestral revendiqué;
 - 2) la mesure envisagée par la Couronne;
 - 3) la mesure envisagée est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

- With respect to the first element of the test, to trigger the duty to consult, the Crown must have real or constructive knowledge of a claim to the resource or land to which it attaches (*Haida Nation*, at paragraph 35). The threshold, informed by the need to maintain the honour of the Crown, is not high. Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at paragraph 34). Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. What is required is a credible claim (*Rio Tinto*, at paragraph 40). The claim or right must be one which actually exists and stands to be affected by the proposed government action (*Rio Tinto*, at paragraph 41);
- As to the second branch of the test, for a duty to consult to arise there must be Crown conduct or a Crown decision that engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question. Government action is not confined to decisions or conduct which have an immediate impact on lands and resources. A potential for adverse impact suffices. Thus, the duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights (*Rio Tinto*, at paragraphs 42 and 44);
- The third element of a duty to consult is “the possibility that the Crown conduct may affect the
- Pour ce qui est du premier volet du critère, pour donner naissance à l’obligation de consultation il faut que la Couronne ait connaissance, concrètement ou par imputation, d’une revendication concernant la ressource ou la terre qui s’y rattache (*Haida*, au paragraphe 35). La norme de preuve applicable eu égard à l’honneur de la Couronne, n’est pas stricte. Il y a connaissance réelle lorsqu’une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu’un droit issu de traité peut être touché (*Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, au paragraphe 34). Il y a connaissance par imputation lorsque l’on sait ou que l’on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l’on peut raisonnablement prévoir qu’il y aura une incidence sur des droits. L’existence possible d’une revendication est essentielle, mais il n’est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. La revendication doit seulement être crédible (*Rio Tinto*, au paragraphe 40). Il faut que la revendication ou le droit existe réellement et qu’il risque d’être compromis par la mesure gouvernementale proposée (*Rio Tinto*, au paragraphe 41);
- Quant au deuxième volet du critère, pour que naisse l’obligation de consulter, la mesure ou la décision de la Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question. Une mesure gouvernementale ne s’entend pas uniquement d’une décision ou d’un acte (ou d’une mesure) qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. Un simple risque d’effet préjudiciable suffit. L’obligation de consultation s’étend donc à une « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d’avoir une incidence sur des revendications autochtones et des droits ancestraux (*Rio Tinto*, aux paragraphes 42 et 44);
- Le troisième volet de l’obligation de consultation est « la possibilité que la mesure de la Couronne

Aboriginal claim or right”. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice. When applying this element, a generous, purposive approach should be taken in recognition of the fact that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown (*Haida*, at paragraphs 27, 33). However, mere speculative impacts will not suffice. Rather, there must an “appreciable adverse effect on the First Nations’ ability to exercise their aboriginal right” (*Douglas BCCA*, at paragraph 44; *Hupcasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs)*, 2013 FC 900, [2014] 4 F.C.R. 836 (*Hupcasath*), at paragraphs 56 and 59). The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation’s future negotiating position does not suffice (*Rio Tinto*, at paragraph 46);

- Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. High-level management decisions or structural changes to a resource’s management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no immediate impact on lands and resources because they may set the stage for further decisions that will have a direct adverse impact on land and resources. However, an underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The question is whether there is a claim or right that may be adversely impacted by the current government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of

ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral ». Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif antérieur, dont un manquement antérieur à l’obligation de consultation, ne suffit pas. Lorsqu’on applique ce volet, il y a lieu d’appliquer une approche généreuse et téléologique, sachant que les actes touchant un titre ancestral ou des droits ancestraux ou issus de traité peuvent avoir des répercussions irréversibles incompatibles avec l’honneur de la Couronne (*Haida*, aux paragraphes 27 et 33). Toutefois, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Il doit plutôt y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu’une Première Nation puisse exercer son droit ancestral » (*Douglas BCCA*, au paragraphe 44; *Première Nation des Hupcasath c. Canada (Affaires étrangères)*, 2013 CF 900, [2014] 4 R.C.F. 836 (*Hupcasath*), aux paragraphes 56 et 59). Le préjudice doit toucher l’exercice futur du droit lui-même et non seulement la position de négociation ultérieure d’une Première Nation (*Rio Tinto*, au paragraphe 46);

- Les effets préjudiciables comprennent toute répercussion risquant de compromettre une revendication autochtone ou un droit ancestral. Les décisions prises en haut lieu ou les modifications structurelles apportées à la gestion d’une ressource risquent aussi d’avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si elles n’ont pas d’effet immédiat sur les terres et les ressources. Toutefois, une atteinte sous-jacente ou continue, même si elle ouvre droit à d’autres recours, ne constitue pas un effet préjudiciable lorsqu’il s’agit de déterminer si une décision gouvernementale particulière emporte l’obligation de consulter. Il faut déterminer si une revendication ou un droit est susceptible d’être compromis par la mesure ou la décision actuelle du gouvernement. L’atteinte antérieure et continue, y compris l’omission de consulter, ne fait naître l’obligation de consulter

causing a novel adverse impact on a present claim or existing right. To trigger a fresh duty of consultation, a contemplated Crown action must put current claims and rights in jeopardy (*Rio Tinto*, at paragraphs 47–49). *Haida* grounded the duty to consult in the need to preserve Aboriginal rights and claims pending resolution and confined the duty to adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue—not to larger adverse impacts of the pre-existing project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the current decision under consideration (*Rio Tinto*, at paragraphs 53–54);

que si la décision actuelle risque d’avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant. Pour que naisse une nouvelle obligation de consulter, une mesure envisagée par la Couronne doit mettre en péril une revendication actuelle ou un droit existant (*Rio Tinto*, aux paragraphes 47 à 49). L’arrêt *Haida* fait reposer l’obligation de consultation sur la nécessité de préserver les revendications autochtones et les droits ancestraux jusqu’à ce qu’un règlement intervienne et limite l’objet de la consultation aux seuls effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne — à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s’intéresse à l’effet de la décision actuellement considérée sur les droits revendiqués (*Rio Tinto*, aux paragraphes 53 et 54);

- The scope of the duty is proportional to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potential adverse effect upon the right or title claimed (*Haida*, at paragraph 39; *Taku River*, at paragraph 29). It will vary with the circumstances, but will always require meaningful, good faith consultation and willingness on the part of the Crown to make changes based on information that emerges during the process (*Taku River*, at paragraph 29).
- L’étendue de l’obligation dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre en question (*Haida*, au paragraphe 39; *Taku River*, au paragraphe 29). Elle variera selon les circonstances, mais requiert dans tous les cas que la Couronne consulte véritablement et de bonne foi les Autochtones concernés et qu’elle soit disposée à changer ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus (*Taku River*, au paragraphe 29).
- At all stages good faith is required on both sides. The Crown must have the intention of substantially addressing Aboriginal concerns as they are raised through a meaningful consultation process. However, there is no duty to agree, the commitment is to a meaningful process of consultation. For their part, Aboriginal claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts or take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida*, at paragraph 42; *Ktunaxa Nation*, at paragraph 80).
- À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. La Couronne doit avoir l’intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones à mesure qu’elles sont exprimées dans le cadre d’un véritable processus de consultation. Cependant, il n’y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations. Quant aux demandeurs autochtones, ils ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des thèses déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d’agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s’entendre (*Haida*, au paragraphe 42; *Ktunaxa Nation*, au paragraphe 80).

- The duty to consult may be viewed on a spectrum. At one end are cases where the claim to title is weak, the Aboriginal rights limited or the potential for infringement minor. In those cases, the Crown's duty may be limited to giving notice, disclosing information and discussing any issues raised in response. At the other end of the spectrum, are cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In those cases, deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. This may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and the provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and the impact they had on the decision. In between these two ends of the spectrum will lie other situations and each case must be addressed individually. Each case must also be approached flexibly as the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light (*Haida*, at paragraphs 43–45). “The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida*, at paragraph 45);
- When the consultation process suggests amendment of Crown policy, the stage of accommodation has been reached. Where a strong *prima facie* case exists for the claim and the consequences of the government's proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of the infringement pending resolution of the final claim. However, this process does not give
- L'obligation de consultation se situe à l'intérieur d'un continuum. À une extrémité de ce dernier se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées en réponse. À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Cela peut comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs écrits montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision. Entre ces deux extrémités, on rencontre d'autres situations et il est nécessaire de procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour (*Haida*, aux paragraphes 43 à 45). « La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (*Haida*, au paragraphe 45);
- S'il ressort des consultations que des changements doivent être apportés à la politique de la Couronne, on a atteint l'étape de l'accommodement. Lorsque la revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l'obligation d'accommodement peut exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au

Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim (*Haida*, at paragraphs 47–48). Any accommodation that may be required seeks compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation (*Haida*, at paragraph 49).

(Also see *Ktunaxa*, at paragraphs 78–83 for a restatement by the Supreme Court of Canada of the duty to consult legal principles).

(iv) *Prior consultation by DFO*

[298] Prior to analyzing whether there was a duty to consult with respect to the PRV Policy Decision and, if so, whether the duty was breached, it is useful to review DFO's evidence concerning its prior consultations and communications with 'Namgis concerning aquaculture, as this provides background and context. This information is primarily found in Thomson affidavit No. 2, and the affidavit of Todd Allan Johansson, Senior Aquaculture Management Coordinator, sworn on July 5, 2018 (Johansson affidavit). The content of each of those affidavits is summarized below.

Thomson affidavit No. 2

[299] Thomson affidavit No. 2 is 118 pages and 439 paragraphs in length and has 97 exhibits. It describes in great detail the regulatory context of aquaculture management, the work of DFO Science Branch, the aquaculture licensing and management regime established a part of DFO's monitoring and regulatory oversight of the industry, and DFO's consultations and engagement with 'Namgis, post – *Morton 2009*, when DFO assumed regulatory control over the management of aquaculture.

minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement de la revendication finale. Cependant, ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive (*Haida*, aux paragraphes 47 et 48). Tout accommodement requis vise à chercher un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation (*Haida*, au paragraphe 49).

(Voir aussi l'arrêt *Ktunaxa*, aux paragraphes 78 à 83, dans lequel la Cour suprême du Canada a énoncé de nouveau les principes juridiques qui sous-tendent l'obligation de consultation.)

(iv) *Les consultations antérieures du MPO*

[298] Avant d'examiner la question de savoir si l'obligation de consulter s'appliquait à la décision sur la Politique concernant le RVP et, dans l'affirmative, celle de savoir s'il y a eu manquement à cette obligation, il est utile de passer en revue les preuves du MPO sur les consultations et les communications antérieures qu'il a eues avec la PNN au sujet de l'aquaculture, de manière à situer la question dans son juste contexte. Ces informations figurent principalement dans l'affidavit n° 2 de M. Thomson ainsi que dans l'affidavit de Todd Allan Johansson, coordonnateur principal de la gestion de l'aquaculture, souscrit le 5 juillet 2018 (l'affidavit de M. Johansson). Le contenu de chacun de ces affidavits est résumé ci-après.

L'affidavit n° 2 de M. Thomson

[299] L'affidavit n° 2 de M. Thomson compte 118 pages et 439 paragraphes, et il comporte 97 pièces. Il décrit de manière très détaillée le contexte réglementaire de la gestion de l'aquaculture, le travail qu'accomplit la Direction des sciences, le régime de gestion et d'octroi de permis d'aquaculture établi dans le cadre de la surveillance et de la supervision réglementaire de l'industrie, de même que les consultations que le MPO a menées auprès de la PNN et les engagements qu'il a pris envers elle après la décision *Morton 2009*, lorsque le MPO a entrepris d'exercer un contrôle réglementaire sur la gestion de l'aquaculture.

[300] As to prior aquaculture related consultations, Mr. Thomson references and attaches as an exhibit a draft document entitled *Aquaculture Management Division – A Proposed Strategy for Engaging First Nations*, the purpose of which is described as to outline a proposed strategy for involving First Nations in federal aquaculture decisions in B.C. following *Morton 2009*. Specifically, for engaging First Nations during the transition period (September 2010–January 2011) with respect to developing draft PARs, and related policies and guidelines, including IAMPs, and the issuance of federal aquaculture licences for the approximately 600 existing fin and shell fish facilities and new facilities applied for after December 2010, including requests for licence renewals and amendments. Mr. Thomson’s affidavit describes these efforts in detail, including those communications or engagements specific to ‘Namgis as well as engagement with and funding of the Aboriginal Aquaculture Association and the First Nations Fisheries Council of British Columbia.

[301] Mr. Thomson also describes in detail DFO’s consultations with all B.C. First Nation Chiefs and Council on the new federal aquaculture licensing regime that would come into effect on December 18, 2010. He states that those consultation sessions addressed licence conditions, which included conditions for fish transfer, fish health and pest and pathogen management, and describes ‘Namgis’ specific participation in those consultation sessions. He also states that between 2011 and 2015, DFO consulted with First Nations, including ‘Namgis, on salmon farm sites in their respective territories and on annual licence conditions. In 2015–2016, DFO also consulted with First Nations on the implementation of multi-year licensing for aquaculture, and DFO continues to consult with respect to renewal of aquaculture licences and amendments to aquaculture licences within First Nations claimed territories. However,

[300] Pour ce qui est des consultations antérieurement menées sur l’aquaculture, M. Thomson mentionne et joint à titre de pièce une ébauche de document intitulée *Aquaculture Management Division – A Proposed Strategy for Engaging First Nations* (Division de la gestion de l’aquaculture – Projet de stratégie pour faire participer les Premières Nations), dont l’objet consiste à décrire un projet de stratégie visant à faire participer les Premières Nations aux décisions prises par le gouvernement fédéral dans le domaine de l’aquaculture en Colombie-Britannique à la suite de la décision *Morton 2009* — plus précisément, pour permettre la participation des Premières Nations au cours de la période de transition (de septembre 2010 à janvier 2011) dans les processus de mise au point d’une ébauche du *Règlement du Pacifique sur l’aquaculture* (RPA) ainsi que des politiques et des lignes directrices connexes, notamment des plans de gestion intégrée de l’aquaculture (PGIA), ainsi qu’en ce qui concerne la délivrance de permis d’aquaculture fédéraux pour environ 600 installations piscicoles et conchylicoles existantes et de nouvelles installations à l’égard desquelles des demandes avaient été présentées après le mois de décembre 2010, dont des demandes de renouvellement et de modification de permis. L’affidavit de M. Thomson décrit ces démarches en détail, notamment les communications ou les engagements envers la PNN, de même que les engagements pris avec l’Aboriginal Aquaculture Association et le First Nations Fisheries Council of British Columbia.

[301] M. Thomson décrit également en détail les consultations menées par le MPO avec tous les chefs et conseils des Premières Nations de la Colombie-Britannique sur le nouveau régime fédéral d’octroi de permis d’aquaculture qui allait entrer en vigueur le 18 décembre 2010. Il déclare que ces séances de consultation portaient sur les conditions des permis, ce qui incluait les conditions relatives aux transferts de poissons, à la santé des poissons ainsi qu’à la gestion des parasites et des agents pathogènes, et il décrit la manière dont la PNN y a pris part. Il indique aussi qu’entre 2011 et 2015 le MPO a consulté des Premières Nations, dont la PNN, sur les sites d’élevage de saumons dans leurs territoires respectifs ainsi que sur les conditions de permis annuelles. En 2015–2016, le MPO a également consulté des Premières Nations sur la mise en œuvre de l’octroi de permis pluriannuels dans le domaine de l’aquaculture,

363. DFO does not currently consult on introduction and transfer licences as consultation with First Nations takes place around aquaculture licencing decisions. Aquaculture licences are issued under the assumption that fish will be transferred to and from the site as part of routine operations.

[302] Mr. Thomson goes on to describe consultation on the *Aquaculture Activities Regulations* [SOR/2015-177] held between 2010 and 2015, on siting guidelines from 2014–2015, on engagement of Aquaculture Management and Advisory Committees, and other matters.

[303] Mr. Thomson states that transfer licence decisions are operational in nature, meaning that they are recurring and typically delegated to decision makers who are tasked with implementing components of specific programs. DFO generally conducts consultations and stakeholder engagement at an earlier stage in the process prior to operational implementation. Hundreds of fish transfer licences are issued annually following the review of the recommendations of the veterinarians, scientists and aquaculture managers who form the ITC.

[304] He notes that following the decision in *Morton 2015*, the Minister amended existing aquaculture licences to include a condition that, from that date, licence holders were required to apply for and obtain an authorization to transfer fish from the ITC. More recently, on May 4, 2018, DFO implemented a new salmon transfer system, which he describes as allowing DFO to improve the controls in place to prevent disease transfers from farmed to wild fish, to better incorporate new scientific findings into decision making, and to make more

et le MPO continue de mener des consultations sur le renouvellement des permis d'aquaculture et les modifications apportées aux permis pour des installations se trouvant dans des territoires revendiqués par des Premières Nations. Cependant,

[TRADUCTION]

363. [à] l'heure actuelle, le MPO ne mène pas de consultations sur les permis d'introduction et de transfert, car les consultations avec les Premières Nations portent sur les décisions relatives à l'octroi de permis d'aquaculture. Ces permis sont délivrés dans la perspective que les poissons seront transférés à destination et en provenance du site dans le cadre d'activités régulières.

[302] M. Thomson décrit ensuite les consultations qui ont eu lieu sur le *Règlement sur les activités d'aquaculture* [DORS/2015-177] entre 2010 et 2015, sur les directives en matière d'implantation de sites de 2014 à 2015, sur la mise sur pied de comités consultatifs sur la gestion de l'aquaculture, ainsi que sur d'autres questions.

[303] M. Thomson déclare que les décisions relatives aux permis de transfert sont de nature opérationnelle, ce qui veut dire qu'elles sont récurrentes et habituellement déléguées à des décideurs qui ont pour tâche de mettre en œuvre des éléments de certains programmes. Le MPO mène habituellement des activités de consultation et de mobilisation auprès des intervenants à une étape antérieure du processus, avant la mise en œuvre opérationnelle. Des centaines de permis de transfert de poissons sont attribués chaque année à la suite de l'examen des recommandations des vétérinaires, des scientifiques et des gestionnaires de l'aquaculture qui composent le CIT.

[304] Il signale qu'à la suite de la décision *Morton 2015*, le ministre a modifié les permis d'aquaculture existants de façon à y inclure une condition selon laquelle, à compter de cette date, les titulaires de permis étaient tenus de demander et d'obtenir du CIT une autorisation pour transférer des poissons. Plus récemment, le 4 mai 2018, le MPO a mis en œuvre un nouveau système de transfert de saumons, qui, dit-il, permet au MPO d'améliorer les mécanismes de contrôle existants afin d'éviter tout transfert de maladies de poissons d'élevage à des poissons sauvages,

information available to the public. The new transfer process and related documents were provided to marine finfish aquaculture licence holders, industry association representatives, and First Nations via the First Nations Fisheries Council. For every transfer into and between marine salmon farm sites, aquaculture operators are now required to submit an ITC licence application as well as a revised Fish Health Attestation Form executed by the facilities veterinarian.

[305] Mr. Thomson also sets out the time line of the current DFO review process for fish health management activities including updates to the transfer authorization process and to the fish health audit and surveillance program. This includes holding discussions with industry, First Nations and others on pathogen research and other aquaculture management issues at dates to be determined, sometime post-winter 2019, and making adaptations as necessary. As to forthcoming changes, Mr. Thomson states that, under DFO's Sustainable Aquaculture Program, it committed to deliver environmental risk assessments to support science-based decision making related to aquaculture activities.

Johansson affidavit

[306] The Minister, during the hearing of T-430-18, spent considerable time taking the Court through the 118 paragraphs Johansson affidavit and its 90 exhibits. The following summary of that information provides background and context to the question of consultation, before me:

2012

- In 2012, DFO invited First Nations to attend a community dialogue session concerning the development of

de mieux intégrer les nouveaux constats scientifiques dans les décisions prises, et de mettre plus d'informations à la disposition du public. Le nouveau processus de transfert et les documents connexes ont été transmis aux titulaires de permis de pisciculture marine, aux représentants d'associations industrielles et aux Premières Nations par l'intermédiaire du First Nations Fisheries Council. Pour chaque transfert effectué dans les sites d'élevage de saumons en mer et entre ces derniers, les aquaculteurs sont aujourd'hui tenus de présenter une demande de permis au CIT, de même qu'une version révisée du formulaire de certificat sanitaire, signé par le vétérinaire de l'installation.

[305] M. Thomson présente aussi l'échéancier des examens actuellement menés par le MPO au sujet de ses activités de gestion liées à la santé des poissons, dont les mises à jour du processus d'autorisation de transfert et du programme de surveillance et de vérification de la santé des poissons. Il consiste notamment à tenir des discussions avec des représentants de l'industrie, des Premières Nations et d'autres intéressés au sujet des recherches sur les agents pathogènes et d'autres questions relatives à la gestion de l'aquaculture, à des dates qu'il reste à déterminer, après l'hiver de 2019, ainsi qu'à effectuer les adaptations nécessaires. Quant aux changements à venir, M. Thomson indique que, dans le cadre de son Programme d'aquaculture durable, le MPO s'est engagé à produire des évaluations de risques environnementaux en vue d'étayer les décisions appuyées par la science qui se rapportent aux activités aquacoles.

L'affidavit de M. Johansson

[306] Le ministre, lors de l'audition du dossier T-430-18, a passé un temps considérable à passer en revue avec la Cour les 118 paragraphes de l'affidavit de M. Johansson ainsi que les 90 pièces qui y sont jointes. Le résumé suivant de ces informations présente le contexte dans lequel s'inscrit la question des consultations :

[TRADUCTION]

2012

- En 2012, le MPO a invité les Premières Nations à participer à une séance de dialogue avec les collectivités au

integrated management of aquaculture plans (IMAPs). 'Namgis did attend one such session, the objects of which included providing information relating to conditions of licences for finfish aquaculture. 'Namgis subsequently advised DFO of its concerns about finfish tenures in the Broughton Archipelago, including for transmission of parasites and diseases to wild salmon and the concentration of infectious diseases at salmon farms and transmission to wild salmon;

- At this time, DFO also advised 'Namgis of proposed aquaculture licence renewals and sought any site-specific concerns. 'Namgis' response expressed concern as to a lack of consultation and provided its prior correspondence with the Province setting out its aquaculture-related concerns. Various correspondence was exchanged, including DFO's October 19, 2012, strength of claims letter and an invitation to 'Namgis to attend a technical meeting with DFO experts to discuss issues raised by 'Namgis, including the health of wild and farmed salmon. It does not appear that 'Namgis responded to the invitation;

- In November 2012, DFO advised 'Namgis of and provided it with information relating to the upcoming aquaculture licence renewals, and also offered an opportunity to meet with DFO to discuss pink and other salmon stocks. Amongst the attachments to that letter was a Joint Federal Impact Table, which included the federal and provincial governments' responses to 49 adverse impacts identified by 'Namgis. As to the potential for transmission of parasites and diseases to wild salmon, the concentration at salmon farms of infectious diseases and their transfer to wild salmon, the government's response stated that mandatory salmon Health Management Plans were required as a condition of a federal licence and that DFO continued to conduct audit and surveillance programs to verify the health of farmed salmon in British Columbia. DFO indicated it would be pleased to discuss the technical aspects, results and current information on that issue with 'Namgis. 'Namgis responded by again raising its concerns about consultation and aquaculture licencing. On November 28, 2012, DFO replied and also advised that all fish farm aquaculture licences would be up for renewal on December 18, 2012. On December 14, 2012, 'Namgis provided traditional knowledge maps. The aquaculture licences were renewed for one year on December 18, 2012;

sujet de la mise au point de plans de gestion intégrée de l'aquaculture (PGIA). La PNN a participé à l'une de ces séances, dont les objectifs consistaient à fournir des informations sur les conditions dont étaient assortis les permis de pisciculture. La PNN a par la suite informé le MPO de ses préoccupations au sujet des concessions piscicoles dans l'archipel Broughton, dont la transmission de parasites et de maladies aux saumons sauvages ainsi que la concentration de maladies infectieuses dans les salmicultures et leur transmission aux saumons sauvages;

- À ce moment, le MPO a également fait part à la PNN de ses projets de renouvellement des permis d'aquaculture et lui a demandé de faire connaître ses préoccupations à l'égard de sites particuliers. Dans sa réponse, la PNN a fait part de son inquiétude au sujet du manque de consultation et a transmis les échanges écrits qu'elle avait eus auparavant avec la province et dans lesquels elle faisait état de ses préoccupations relatives à l'aquaculture. Diverses lettres ont été échangées, dont celle du MPO, datée du 19 octobre 2012, sur le sérieux des revendications et une invitation à la PNN pour qu'elle assiste à une réunion technique avec des experts du MPO en vue de discuter des questions que la Première Nation avait soulevées, notamment, la santé des saumons sauvages et d'élevage. Il ne semble pas que la PNN ait répondu à cette invitation;

- En novembre 2012, le MPO a fait part à la PNN d'informations concernant le renouvellement imminent des permis d'aquaculture, et il lui a aussi offert la possibilité de rencontrer des représentants du Ministère pour parler des stocks de saumons roses et d'autres espèces de saumons. Parmi les pièces jointes à cette lettre figurait un tableau fédéral conjoint des impacts, qui comprenait les réponses du gouvernement fédéral et du gouvernement provincial aux 49 effets préjudiciables que la Première Nation avait relevés. Quant à la possibilité de transmission de parasites et de maladies aux saumons sauvages, à la concentration, dans les fermes d'élevage de saumons, de maladies infectieuses et au transfert de ces dernières aux saumons sauvages, la réponse du gouvernement indiquait que des plans obligatoires de gestion de la santé des saumons étaient requis en tant que condition à l'octroi d'un permis fédéral et que le MPO continuait de mener des programmes de vérification et de surveillance en vue de contrôler l'état de santé des saumons d'élevage en Colombie-Britannique. Le MPO a indiqué qu'il était prêt à discuter avec la PNN des aspects techniques, des résultats et des renseignements récents sur la question. La PNN a répondu en faisant de nouveau état de ses préoccupations au sujet des activités de consultation et de l'octroi de permis d'aquaculture. Le 28 novembre 2012, le MPO a répondu et a également indiqué que tous les permis d'aquaculture des fermes piscicoles seraient à renouveler

2013

- In early January 2013, DFO advised 'Namgis of the 2012 renewal and suggested a meeting to discuss the traditional use information and any other concerns. In response, 'Namgis again expressed its concerns, including as to the consultation process preceding the renewal and the lack of reliance by DFO on the traditional use information in that regard. DFO explained that as the information had been received only 3 days prior to the expiration of the licences, it had not had sufficient time to do so before the all of the licences would lapse. Various correspondence was exchanged and DFO completed its initial review of the traditional use information;

- In October 2013, DFO advised all affected First Nations that existing aquaculture licences would expire on December 18, 2013. It also separately advised 'Namgis of this, stating that it was doing so as a part of its ongoing consultation, and offered an opportunity for further consultation on the potential renewals. On December 17, 2013, the day before the aquaculture licences were to expire, 'Namgis wrote to DFO stating that it had not received DFO's prior correspondence, seeking a meeting in January to discuss its traditional use information and asking that the licences not be renewed until 'Namgis had an opportunity to review DFO's correspondence, and meaningful consultation and accommodation had occurred. On December 18, DFO responded advising that 'Namgis' request could not be accommodated on such short notice, that the licences had been renewed, and that DFO was available to meet with 'Namgis during the January dates 'Namgis had proposed;

2014

- During 2014, DFO and 'Namgis exchanged various correspondence, which, in particular, was concerned with five licence amendment applications that had been received by DFO and that sought to increase the production capacity of the subject fish farms. 'Namgis expressed an interest in consultation and accommodation. On February 14, 2014, DFO advised 'Namgis that it was open to meeting

le 18 décembre 2012. Le 14 décembre 2012, la PNN a transmis des cartes illustrant les connaissances traditionnelles. Les permis d'aquaculture ont été renouvelés pour un an le 18 décembre 2012;

2013

- Au début de janvier 2013, le MPO a informé la PNN du renouvellement de 2012 et a suggéré de tenir une réunion pour discuter des informations relatives aux utilisations traditionnelles ainsi que de tout autre sujet de préoccupation. En réponse, la PNN a exprimé de nouveau ses préoccupations, notamment en ce qui concerne le processus de consultation ayant précédé le renouvellement des permis et le fait que le MPO ne s'appuyait pas sur les informations relatives aux utilisations traditionnelles à cet égard. Le MPO a expliqué qu'étant donné que les informations n'avaient été reçues que trois jours avant la date d'expiration des permis, il n'avait pas eu assez de temps pour le faire avant que tous les permis viennent à expiration. Diverses lettres ont été échangées et le MPO a procédé à son examen initial des informations relatives aux utilisations traditionnelles;

- En octobre 2013, le MPO a avisé toutes les Premières Nations touchées que les permis d'aquaculture existants expireraient le 18 décembre 2013. Il a aussi informé séparément la PNN de la situation, indiquant qu'il le faisait dans le cadre de ses consultations en cours, et il lui a offert une possibilité de mener d'autres consultations sur les éventuels renouvellements. Le 17 décembre 2013, la veille du jour où les permis d'aquaculture étaient censés expirer, la PNN a écrit au MPO pour faire savoir qu'elle n'avait pas reçu la lettre antérieure du MPO, pour demander la tenue d'une réunion en janvier afin de discuter de ses informations concernant les utilisations traditionnelles et pour demander que les permis ne soient pas renouvelés avant qu'elle ait eu la possibilité d'examiner la lettre du MPO et que des activités sérieuses de consultation et d'accommodement aient eu lieu. Le 18 décembre, le MPO a répondu en disant qu'il était impossible de répondre à si bref avis à la demande de la PNN, que les permis avaient été renouvelés et qu'il était disponible pour rencontrer la PNN en janvier, aux dates qu'elle avait proposées;

2014

- En 2014, le MPO et la PNN ont échangé diverses lettres, qui, en particulier, portaient sur cinq demandes de modification de permis que le MPO avait reçues et qui visaient à augmenter la capacité de production des fermes piscicoles visées. La PNN a fait part de son intérêt à l'égard d'activités de consultation et d'accommodement. Le 14 février 2014, le MPO a informé la PNN qu'il était ouvert

to discuss the five licence amendment applications and, as it had previously advised, it would use a flexible 60 day decision making time line. DFO also responded to 'Namgis' recent letter in which it indicated that it had yet to receive any proposed mitigation or accommodate measures in response to the DFO authorized aquaculture licences. DFO referred 'Namgis to its October 19, 2012 strength of claims assessment and DFO's view that there was a low risk that DFO aquaculture licence decisions would have an adverse impact on 'Namgis' claimed aboriginal and treaty rights, and advised that DFO's initial review of the traditional use information did not change that assessment. Accordingly, it was DFO's current view that accommodation measures were not warranted. However, that DFO remained open to discussing the existing program measures, such as conditions of licences, that may help to address 'Namgis' concerns;

- On March 4, 2014, 'Namgis wrote to Transport Canada, copying DFO, in regard to aquaculture, citing concerns and seeking accommodations. On March 31, 2014, the day before the 60 day consultation period was to end, 'Namgis provided a 15-page response to the five proposed fish farm aquaculture licence amendments. It stated its concerns, including individual and cumulative effects of the proposed production increases and restated its previously voiced concerns as to the potential transmission of parasites and diseases to wild salmon and the potential for a concentration of infectious diseases. The letter, for the first time, also raised 'Namgis' concern with a lack of methodical, independent disease testing of farmed salmon with the object of understanding actual and potential impacts on wild salmon, related to disease transmission, referencing the Cohen Commission recommendations and an anticipated study by the SSHI. 'Namgis sought to be advised on the status of the latter;

- In its response, DFO stated that it was undertaking a comprehensive review of the five aquaculture licence amendment applications – including potential fish health considerations – and that, in addition to consultation with 'Namgis and other First Nations, the results of the reviews would inform the decision regarding amendments. DFO stated that it remained committed to meaningful consultation with 'Namgis, noting its prior offers to meet to discuss aquaculture related issues and that it remained open to doing so. DFO also stated that it had reviewed

à l'idée de se réunir pour discuter des cinq demandes de modification de permis et, comme il l'avait indiqué auparavant, qu'il appliquerait un calendrier décisionnel souple de 60 jours. Le MPO a également répondu à une lettre récente dans laquelle la PNN disait qu'elle attendait encore de recevoir des mesures d'atténuation ou d'accommodement proposées en réponse aux permis d'aquaculture autorisés par le MPO. Ce dernier a renvoyé la PNN à son évaluation du 19 octobre 2012 au sujet du sérieux des revendications ainsi qu'à son opinion selon laquelle il y avait peu de risques que ses décisions relatives aux permis d'aquaculture aient un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus des traités qu'elle revendiquait, et il a fait savoir que son examen initial des informations sur les utilisations traditionnelles ne changeait pas cette évaluation. Le MPO était donc d'avis qu'il n'était pas justifié de prendre des mesures d'accommodement. Cependant, il était encore prêt à discuter des mesures existantes du programme, comme les conditions de permis, qui pourraient aider à répondre aux préoccupations de la PNN;

- Le 4 mars 2014, la PNN a écrit à Transports Canada, avec copie au MPO, au sujet de l'aquaculture, pour faire état de ses préoccupations et demander des mesures d'accommodement. Le 31 mars 2014, la veille du jour où la période de consultation de 60 jours était censée prendre fin, la PNN a fourni une réponse de 15 pages aux cinq modifications proposées aux permis d'aquaculture des fermes piscicoles. Elle a fait état de ses préoccupations, dont les effets individuels et cumulatifs des hausses de production proposées, et elle a réitéré les préoccupations qu'elle avait exprimées antérieurement à propos de la transmission possible de parasites et de maladies aux saumons sauvages ainsi que du risque d'une concentration de maladies infectieuses. La lettre, pour la première fois, faisait également état de l'inquiétude de la PNN quant à l'absence de tests méthodiques et indépendants de dépistage de maladies chez les saumons d'élevage visant à connaître les effets réels et potentiels de la transmission de maladies sur les saumons sauvages, en faisant référence aux recommandations de la Commission Cohen ainsi qu'à une étude à venir de l'ISSS. La PNN a demandé qu'on l'informe de l'état de cette dernière;

- Dans sa réponse, le MPO a déclaré qu'il procédait à une revue exhaustive des cinq demandes de modification de permis d'aquaculture – ce qui incluait d'éventuelles questions relatives à l'état de santé des poissons – et que, en plus des consultations menées avec la PNN et d'autres Premières Nations, les résultats des revues éclaireraient la décision concernant les modifications. Le MPO a déclaré qu'il demeurait résolu à consulter de manière sérieuse la PNN, signalant ses offres antérieures de rencontre en vue de discuter de questions relatives à l'aquaculture, et qu'il

the scientific information available for the Broughton Archipelago area and considered many of the issues and concerns raised related to aquaculture. It attached a document containing an overview of the science advice informing DFO's management approach as well as consideration of specific impacts including disease transfer. The attached document mentioned PRV, stating that there were no indications that PRV was associated with or causative of HSMI on the west coast of North America, but that as the role PRV plays in aquatic ecosystem was not well understood, DFO scientists and others were conducting investigations to better understand the biology of PRV in wild and farmed salmon. A copy of the December 2013 Integrated Management of Aquaculture Plan for Marine Finfish (MF-IMAP) was also provided, which was described as setting out DFO's current management priorities for aquaculture in the Pacific Region. DFO also provided a status report on the SSHI study and offered to meet to provide an overview of this information and answer any questions 'Namgis may have had. DFO restated its view that the existing aquaculture sites posed a low risk to the local fisheries resources and consequently a low risk on the ability of 'Namgis to exercise its asserted rights;

- On July 24, DFO advised 'Namgis that, further to DFO's ongoing consultations regarding aquaculture licence applications, DFO had completed a preliminary environmental and fish health assessment, which it attached. DFO advised that it was willing to meet to discuss any aspect of this, or aquaculture in 'Namgis' claimed territory. On October 28, 2014, DFO advised 'Namgis that 21 finfish aquaculture licences in the Broughton Archipelago were coming up for annual renewal. 'Namgis responded, again indicating its concerns with the prior consultations, and that there had been no mitigation or accommodation despite the traditional use information. The aquaculture licences were renewed on December 18, 2014;

2015

- On January 9, DFO advised 'Namgis of two proposed new licence applications, and that it was preparing to respond to 'Namgis' letter of December 5, 2014. It proposed meeting. On January 13, 2015, DFO advised 'Namgis that DFO was considering moving towards multi-year licences and was seeking the views of First Nations on this. With

était encore disposé à le faire. Le MPO a également indiqué qu'il avait passé en revue les informations scientifiques disponibles sur l'archipel Broughton et qu'il avait examiné un grand nombre des questions et des préoccupations soulevées à l'égard de l'aquaculture. Il a joint un document contenant un survol de l'avis scientifique éclairant l'approche de gestion du MPO, ainsi qu'un examen des effets précis, dont le transfert de maladies. Le document en question mentionnait le RVP, précisant qu'il n'y avait aucune indication que ce virus était associé à l'IMSC ou avait un lien causal avec cette maladie le long de la côte Ouest de l'Amérique du Nord, mais que, comme le rôle du virus dans l'écosystème aquatique n'était pas bien compris, des scientifiques du MPO et d'autres menaient des études pour mieux comprendre la biologie du RVP chez les saumons sauvages et d'élevage. Une copie du Plan de gestion intégrée de l'aquaculture pour les poissons de mer (PGIA-PM) a également été fournie; celui-ci, a-t-il été décrit, énonçait les priorités de gestion actuelles du MPO en matière d'aquaculture dans la région du Pacifique. Le MPO a également fourni un rapport d'activité sur l'étude de l'ISSS et a offert de tenir une réunion pour faire un survol de ces informations et répondre aux questions que pouvait avoir la PNN. Le MPO a réitéré son opinion selon laquelle les sites aquacoles existants présentaient un faible risque pour les ressources halieutiques locales et, de ce fait, un faible risque pour la capacité de la PNN d'exercer les droits qu'elle revendiquait;

- Le 24 juillet, le MPO a informé la PNN que, suite aux consultations en cours au sujet des demandes de permis d'aquaculture, il avait procédé à une évaluation préliminaire de l'environnement et de la santé des poissons, qu'il joignait à sa lettre. Il a indiqué qu'il était disposé à tenir une réunion pour discuter de n'importe quel aspect de cette évaluation, ou de l'aquaculture, dans le territoire revendiqué par la PNN. Le 28 octobre 2014, le MPO a informé la PNN que 21 permis de pisciculture dans l'archipel Broughton allaient bientôt faire l'objet d'un renouvellement annuel. La PNN a répondu, faisant état une fois de plus de ses préoccupations à l'égard des consultations antérieures, et indiquant qu'aucune mesure d'atténuation ou d'accommodement n'avait été prise malgré les informations sur les utilisations traditionnelles. Les permis d'aquaculture ont été renouvelés le 18 décembre 2014;

2015

- Le 9 janvier, le MPO a informé la PNN de l'existence de deux nouvelles demandes de permis proposées et a indiqué qu'il s'appropriait à répondre à sa lettre du 5 décembre 2014. Il a proposé de tenir une réunion. Le 13 janvier 2015, le MPO a informé la PNN qu'il envisageait d'octroyer des permis pluriannuels et souhaitait connaître

respect to the proposed new aquaculture licences, on January 19, 2015, 'Namgis responded stating that it continued to oppose the use of open-net-cage fish farms, it had repeatedly raised procedural and substantive concerns on prior efforts to consult on similar matters. It suggested a pattern was emerging whereby DFO continued its blind support of open-net-cage fish farms without accommodating First Nations' interests. On January 19, 2015, DFO responded to 'Namgis' letter of December 5, 2014, again setting out DFO's position as to risk and accommodation;

On February 16, 2015, DFO announced that it would implement multi-year aquaculture licencing for BC aquaculture operators. DFO updated 'Namgis on the five finfish licencing amendment applications on February 25, 2015. And, on November 6, 2015, DFO advised 'Namgis that it had received a further aquaculture amendment application concerning one of the original five amendment applications (Maude Island), that it would consider 'Namgis' prior submissions in that regard, that there was also a 60 day time period within which 'Namgis could respond to the revised application, and that DFO was prepared to discuss the matter;

2016

- On January 4, 2016, 'Namgis responded setting out its opposition to the Maude Island amended application, its disappointment with DFO's pattern of continued approval of more open-net finfish farms in the Broughton Archipelago, which area it considered to be vital to protect its rights to harvest traditional foods, and its position that critical wild salmon habitat at the Maude Island site should be clear of salmon farms. Further, DFO was not abiding by the recommendation of the Cohen Commission in regard to a need for further science to look at the impacts of open-net finfish farms on wild salmon stocks, and 'Namgis disagreed with DFO's view that open net farms pose a low risk to those stocks. 'Namgis stated that it remained consistent in opposing all open-net finfish farms, including the Maude Island application. On February 22, 2016, DFO advised 'Namgis that the Maude Island application was approved. In 2016, it also advised 'Namgis that it would be concluding its review of one of the other five original amendment applications (Wehli Bay), which had been put on hold to allow the Province to update its operational land use policy for aquaculture and to re-engage First Nations on that applications, and that

le point de vue des Premières Nations sur la question. Pour ce qui était des nouvelles demandes de permis d'aquaculture, le 19 janvier 2015, la PNN a répondu qu'elle continuait de s'opposer à l'utilisation de fermes d'élevage de poissons dans des parcs en filet, et qu'elle avait soulevé à maintes reprises des préoccupations de nature procédurale et substantielle au sujet des efforts faits antérieurement pour procéder à des consultations sur des sujets semblables. Elle a laissé entendre qu'une tendance commençait à se dégager, à savoir que le MPO continuait d'appuyer aveuglément les fermes d'élevage dans des parcs en filet sans tenir compte des intérêts des Premières Nations. Le 19 janvier 2015, le MPO a répondu à la lettre du 5 décembre 2014 de la PNN, en exposant à nouveau sa position au sujet des risques et des mesures d'accommodement;

- Le 16 février 2015, le MPO a annoncé qu'à l'avenir des permis d'aquaculture pluriannuels seraient octroyés aux aquaculteurs de la Colombie-Britannique. Le 25 février 2015, le MPO a fourni des renseignements à la PNN sur les cinq demandes de modification de permis d'élevage de poissons de mer. Et, le 6 novembre 2015, le MPO l'a informée qu'il avait reçu une autre demande de modification concernant l'une des cinq demandes de modification originales (île Maude), qu'il examinerait les observations antérieures de la PNN à cet égard, que la PNN disposait d'un délai de 60 jours pour répondre à la demande révisée, et qu'il était disposé à parler de l'affaire;

2016

- Le 4 janvier 2016, la PNN a répondu en faisant état de son opposition à la demande modifiée concernant l'installation de l'île Maude, de sa déception vis-à-vis de la tendance qu'avait le MPO à continuer d'approuver un plus grand nombre de fermes piscicoles à parcs en filet dans l'archipel Broughton, région qu'elle considérait comme cruciale pour protéger ses droits de récolte de nourriture traditionnelle, et de sa thèse selon laquelle l'habitat essentiel des saumons sauvages, au site de l'île Maude, devrait être exempt de fermes salmonicoles. De plus, le MPO ne se conformait pas à la recommandation de la Commission Cohen au sujet de la nécessité de mener d'autres études scientifiques destinées à examiner les effets des fermes piscicoles à parcs en filet sur les stocks de saumons sauvages, et la PNN s'est dite en désaccord avec l'opinion du MPO selon laquelle ce type de fermes présentaient un faible risque pour ces stocks. La PNN a déclaré qu'elle continuait de s'opposer à toutes les fermes à parcs en filet, y compris celle faisant l'objet d'une demande à l'île Maude. Le 22 février 2016, le MPO a fait savoir à la PNN que la demande relative à l'installation de l'île

another 60 day consultation period was provided, inviting 'Namgis to respond;

2017

- Early in 2017, 'Namgis requested a consultation meeting concerning a proposed renewal of a freshwater stocking aquaculture licence. Subsequently, 'Namgis requested a second meeting to discuss open-net fish farming. This was held on March 17, 2017. The agenda focused on fish farms and their effects on Nimpkish River Salmon stocks and traditional food harvesting as well as fish farm disease management and contaminant leak response. On March 22, 2017, DFO provided 'Namgis with copies of two recently published studies, the 2017 Di Cicci report and a report of Martin Krkosek entitled *Population Biology of Infectious Diseases Shared by Wild and Farmed Fish*. By email of June 15, 2017, 'Namgis had stated that it remained committed to its stance of not being supportive of any open-net fish farm activity;

- On August 11, 2017, 'Namgis emailed DFO to ask when the Swanson Island facility aquaculture licence would come up for renewal, DFO (Mr. Johansson) responded that he was out of the office for a few days but that the information was on DFO's website. On September 18, 2017, 'Namgis (Chief Svanvik) wrote to DFO stating that it had come to 'Namgis' attention that to stock or transfer fish into any open-net-pen fish farm, an ITC licence was necessary and that the ITC did not consult with First Nations prior to issuing such licences. 'Namgis stated that it was never consulted as to the existence of Marine Harvest's net-pen fish farm at Swanson Island and was opposed to an ITC transfer licence being issued for that location. On October 4, 2017, DFO provided 'Namgis with information on the benthic performance at the Swanson Island Facility. 'Namgis subsequently spoke with the DFO biologist who prepared that information and also requested that 'Namgis be introduced to DFO's Fish Health Monitoring Team. DFO provided the necessary contact information. On November 21, 2017, 'Namgis (Chief Svanvik) wrote to the ITC stating

Maude avait été approuvée. En 2016, il l'a également informée qu'il allait conclure son examen de l'une des cinq autres demandes de modification originales (baie Wehliis), qui avait été mise en suspens afin que la province puisse mettre à jour sa politique opérationnelle d'utilisation des terres à des fins d'aquaculture et s'entendre de nouveau avec les Premières Nations à propos de ces demandes; par ailleurs, une autre période de consultation de 60 jours avait été prévue et il invitait la PNN à y répondre;

2017

- Au début de 2017, la PNN a demandé que l'on tienne une réunion de consultation au sujet du renouvellement proposé d'un permis d'aquaculture visant l'empoisonnement en eau douce. Par la suite, elle a demandé que l'on tienne une seconde réunion pour discuter de l'élevage de poissons dans des parcs en filet. Cette réunion a eu lieu le 17 mars 2017, et l'ordre du jour était axé sur les fermes piscicoles et leurs effets sur les stocks de saumons de la rivière Nimpkish et la récolte de nourriture traditionnelle, ainsi que sur la gestion des maladies dans les fermes piscicoles et l'intervention en cas de fuites de contaminants. Le 22 mars 2017, le MPO a fourni à la PNN des exemplaires de deux études récemment publiées, le rapport de Di Cicco de 2017, ainsi qu'un rapport de Martin Krkosek intitulé *Population Biology of Infectious Diseases Shared by Wild and Farmed Fish*. Par un courriel daté du 15 juin 2017, la PNN a déclaré qu'elle maintenait sa position, soit de ne soutenir aucune activité piscicole dans des parcs en filet;

- Le 11 août 2017, la PNN a envoyé au MPO un courriel pour demander à quel moment le permis d'aquaculture pour l'installation de l'île Swanson allait être renouvelé, et un représentant du MPO (M. Johansson) a répondu qu'il était absent du bureau pendant quelques jours, mais que les informations nécessaires se trouvaient dans le site Web du Ministère. Le 18 septembre 2017, la PNN (le chef Svanvik) a écrit au MPO pour indiquer qu'il était venu à son attention que, pour stocker ou transférer des poissons dans une ferme piscicole à parcs en filet, quelle qu'elle soit, il fallait obtenir un permis du CIT et que ce dernier n'avait jamais consulté les Premières Nations avant d'en délivrer. La PNN a indiqué qu'on ne l'avait jamais consultée sur l'existence de la ferme piscicole à parcs en filet de Marine Harvest, à l'île Swanson, et qu'elle s'opposait à ce qu'on délivre un permis de transfert du CIT pour ce site. Le 4 octobre 2017, le MPO a fourni à la PNN des renseignements sur la performance du milieu benthique à l'installation de l'île Swanson. Elle s'est entretenue par la suite avec le biologiste du MPO qui avait rédigé ces informations et elle a également demandé qu'on la présente à

‘Namgis’ vehement opposition to any amendment of s 56 of the FGRs that would, amongst other things, change the application of *Morton 2015* to s 56, and stating that ‘Namgis must be consulted prior to any amendment to s 56. The letter also stated that ‘Namgis was extremely distressed with the Minister’s continued authorization to introduce or transfer smolts without testing them for PRV, which ‘Namgis considered to be unlawful. ‘Namgis urged DFO to reverse its PRV decision and consult with it. By a second letter to the ITC coordinator, ‘Namgis stated that the Swanson Island fish farm was causing very serious impacts to, and unjustified infringements of, its unceded and unsurrendered Indigenous title and rights. Further, the fish farm was being operated without ‘Namgis’ free, prior and informed consent, consultation to date had been wholly inadequate, and Canada had breached and continued to breach its duty to consult and accommodate ‘Namgis. ‘Namgis stated that it was especially concerned about the effect of PRV, which had been proven to cause HSMI. ‘Namgis stated that HSMI caused heart damage such that it would be unlikely that wild salmon suffering from HSMI would be able to swim upstream to their spawning grounds. The letter stated that ‘Namgis was extremely concerned that HSMI presents a species-level threat to wild salmon. Additionally, that PRV was also suspected to have other adverse health effects on wild salmon that can make them vulnerable to predation, including lethargy and jaundice. ‘Namgis stated that it wanted to ensure that, pursuant to the precautionary principle, adequate protective measures were in place to prevent the spread of PRV to wild salmon before any further transfer authorizations were issued. It also spoke to the depletion of wild salmon stocks’ in ‘Namgis territory and asserted that this was part of the “existing state of affairs” that must be considered in evaluating the seriousness of any additional and incremental impacts that the ongoing operation of the fish farm would cause to its Indigenous title and rights. ‘Namgis asserted that it had not been consulted on any transfer authorizations or on any underlying risk evaluations. ‘Namgis stated that ITC must urgently consult with it on any applications the ITC received to introduce or transfer fish into the fish farm;

l’équipe de surveillance de la santé des poissons du MPO. Celui-ci a fourni les coordonnées nécessaires. Le 21 novembre 2017, la PNN (le chef Svanvik) a écrit au CIT; elle lui a fait part de sa vive opposition à toute modification de l’article 56 du RPDG qui, notamment, changerait l’application de la décision *Morton 2015* à cet article, et elle a fait savoir qu’il fallait la consulter avant d’apporter une modification quelconque à cet article. La lettre disait aussi que la PNN était particulièrement troublée par le fait que le ministre continuait de permettre que l’introduction et le transfert de smolts sans les soumettre à des tests de dépistage du RVP, ce qu’elle considérait comme une mesure illégale. Elle urgeait le MPO à annuler sa décision relative au RVP et de la consulter. Dans une seconde lettre envoyée au coordonnateur du CIT, la PNN a déclaré que la ferme piscicole de l’île Swanson causait des effets très graves ainsi que des atteintes injustifiées à son titre ancestral et à ses droits ancestraux, non cédés et concédés. De plus, la ferme piscicole était exploitée sans le consentement libre, antérieur et éclairé de la Première Nation, les consultations menées jusque-là avaient été entièrement insuffisantes et le Canada avait manqué et continuait de manquer à son obligation de consultation et d’accommodement envers la Première Nation. Cette dernière a déclaré qu’elle craignait particulièrement l’effet du RVP, qui, avait-on démontré, causait l’IMSC. La PNN a déclaré que l’IMSC causait des lésions cardiaques, ce qui faisait qu’il était peu probable que des saumons sauvages atteints de la maladie soient capables de remonter les cours d’eau jusqu’à leurs frayères. La lettre ajoutait que la PNN s’inquiétait vivement du fait que l’IMSC présentait, pour les saumons sauvages, une menace au niveau des espèces. De plus, on soupçonnait également que le RVP avait d’autres effets néfastes sur la santé des saumons sauvages qui pouvaient rendre ces derniers vulnérables aux prédateurs, dont la léthargie et la jaunisse. La PNN a déclaré qu’elle voulait s’assurer que, conformément au principe de précaution, on mettait en place des mesures de protection adéquates pour éviter que le RVP se propage aux saumons sauvages avant que l’on délivre d’autres autorisations de transfert. Elle a parlé également de l’appauvrissement des stocks de saumons sauvages au sein de son territoire et a affirmé que cela faisait partie de l’« état actuel des choses » dont il fallait tenir compte au moment d’évaluer la gravité de tout effet supplémentaire et différentiel que l’exploitation en cours de la ferme piscicole causerait à son titre et à ses droits ancestraux. La PNN a affirmé qu’on ne l’avait consultée au sujet d’aucune autorisation de transfert ou d’aucune évaluation des risques sous-jacente. Elle a ajouté que le CIT devait la consulter d’urgence sur toute demande qu’il recevait, relativement à l’introduction ou au transfert de poissons dans la ferme piscicole;

- Subsequently, there were various communications between 'Namgis and DFO as to the status of any application made by Marine Harvest for a transfer of smolts to Swanson Island. 'Namgis requesting to be kept apprised;

- On December 20, 2017, DFO sent an email to 'Namgis advising that DFO was undertaking a series of science-based risk assessments regarding potential pathogen transfers from farmed salmon to wild stocks. This was being conducted by CSAS and the first results from the risk assessment on Infectious Hematopoietic Necrosis Virus (IHNV) would be posted on DFO's website on that date. It provided links to them. These included a CSAS Science Advisory Report 2017/18 entitled "Advice from the Assessment of the Risk to Fraser River Sockeye Salmon due to Infectious Hematopoietic Necrosis Virus (IHNV) Transfer from Atlantic Salmon Farms in the Discovery Islands Areas, British Columbia", and other documents concerning IHNV;

- In January 2018, 'Namgis continued to request that DFO keep it apprised of any transfer licence application made by Marine Harvest, and made related requests, to which DFO responded. 'Namgis noted that it had met with Marine Harvest in December and had been advised that it planned to restock in March or April, 2018. During this same time, 'Namgis was communicating with Marine Harvest. On February 13, 2018, 'Namgis (Chief Svanvik) wrote to DFO advising that on February 7, 2018, 'Namgis had been advised by Marine Harvest of its intention to transfer fish to the Swanson Island fish farm on or about April 1, 2018 but that DFO had not informed 'Namgis that Marine Harvest had applied for and obtained a transfer licence. 'Namgis referenced its November 28, 2017 correspondence and stated its view that decisions to issue transfer licences were separate from decisions to grant an aquaculture licence and that consultation was required. 'Namgis also stated its position that transfer licences issued without testing for PRV, or allowing the transfer of fish infected with PRV, would be inconsistent with *Morton 2015* and unlawful. 'Namgis stated that if a transfer licence had not yet been issued, that 'Namgis be urgently contacted to establish a consultation process prior to issuance and that it be provided with immediate notice of any application made by Marine Harvest, a copy of its application and the date of the intended transfer. 'Namgis also asserted that issuing a transfer licence would cause irreparable harm to the wild salmon that it relied on to exercise its Indigenous title and rights, as well

- Par la suite, il y a eu diverses communications entre la PNN et le MPO au sujet de l'état de toute demande présentée par Marine Harvest en vue d'un transfert de smolts à l'île Swanson. Elle a demandé qu'on la tienne au courant de la situation;

- Le 20 décembre 2017, le MPO a envoyé à la PNN un courriel indiquant que le Ministère procédait à une série d'évaluations scientifiques des risques au sujet des transferts potentiels d'agents pathogènes entre les saumons d'élevage et les stocks sauvages. Ce travail était réalisé par le SCCS et les premiers résultats de l'évaluation du risque de transfert du virus de la nécrose hématopoïétique infectieuse (VNHI) devaient être présentés sur le site Web du MPO à cette date, soit le 20 décembre 2017. Il lui a fourni les liens nécessaires, notamment pour consulter un rapport consultatif des Sciences du SCCS portant le n° 2017/18, intitulé « Avis tiré de l'évaluation du risque pour le saumon rouge du fleuve Fraser que représente le transfert du virus de la nécrose hématopoïétique infectieuse à partir des fermes de saumons atlantiques situées dans la région des îles Discovery (Colombie-Britannique) », ainsi que d'autres documents portant sur le VNHI;

- En janvier 2018, la PNN a demandé de nouveau que le MPO la tienne au courant de toute demande de permis de transfert de la part de Marine Harvest, et elle a présenté des demandes connexes, auxquelles le MPO a répondu. La PNN a fait remarquer qu'elle avait rencontré des représentants de Marine Harvest en décembre et que ceux-ci l'avaient informée qu'ils prévoyaient empoisonner l'installation en mars ou en avril 2018. Pendant ce temps, la PNN était en communication avec Marine Harvest. Le 13 février 2018, la PNN (le chef Svanvik) a écrit au MPO pour faire savoir que, le 7 février 2018, Marine Harvest l'avait avisée de son intention de transférer des poissons à la ferme piscicole de l'île Swanson vers le 1^{er} avril 2018, mais que le MPO ne l'avait pas informée que Marine Harvest avait demandé et obtenu un permis de transfert. La Première Nation a fait référence à sa lettre du 28 novembre 2017 et elle a fait valoir que les décisions relatives à la délivrance des permis de transfert étaient distinctes des décisions relatives à l'octroi d'un permis d'aquaculture et qu'il était nécessaire de la consulter. Elle a également indiqué qu'elle était d'avis que les permis de transfert délivrés sans tests de dépistage du RVP, ou le fait d'autoriser des transferts de poissons infectés par le RVP, seraient incompatibles avec la décision *Morton 2015* et illégaux. La PNN a indiqué que, si le permis de transfert n'avait pas encore été octroyé, elle souhaitait qu'on communique sans délai avec elle en vue d'établir un processus de consultation préalable, qu'on l'informe sans délai du dépôt d'une demande de permis par Marine Harvest

as the juvenile salmon 'Namgis released from its hatchery each year to preserve its constitutionally protected rights;

On February 19, 2018, 'Namgis again inquired as to the status of any transfer licence application by Marine Harvest and was again advised by DFO that it had not yet received an application. On the same date, Marine Harvest responded to a February 13, 2018, letter from Chief Svanvik, copied to DFO, noting that Marine Harvest's requests to meet with 'Namgis and seek compromise and solutions to the dispute regarding Swanson Island fish farm had not been granted, that a change to Marine Harvest's short-term stocking plan was no longer possible, and explaining this was dictated by fish biology. Marine Harvest also disagreed with 'Namgis' views on PRV and the lawfulness of its operations and noted that in earlier meetings 'Namgis had made it clear that it would "not discuss science". Marine Harvest also advised that the most recent fish health screenings of the smolts destined for transfer had been confirmed as healthy and free of pathogens, including PRV. In a subsequent letter to Marine Harvest, 'Namgis noted that it had continuously objected to the presence (and operation) of the Swanson Island fish farm, and its concerns in that regard. It requested information such as the date that Marine Harvest intended to apply for a transfer licence, a copy of that application and information concerning Marine Harvest's most recent fish health screenings;

- Between February 26 and March 1, 2018, DFO and 'Namgis exchanged emails concerning the anticipated Marine Harvest application and the ITC process, including that ITC had a service standard of 10 business days to respond to a transfer application and that Marine Harvest's application was received on February 28, 2018. It was expected that ITC would complete its review by March 14, 2018 and, if approved, the transfer licence would be valid for 90 days. DFO indicated that it would advise 'Namgis when the review was complete and whether it intended to issue a transfer licence. Further, that DFO was in the process of reviewing its consultation approach for aquaculture, including transfer authorizations;

et qu'on lui fournisse une copie de telle demande, le cas échéant, et qu'on l'informe de la date prévue du transfert. La Première Nation a également affirmé que la délivrance d'un permis de transfert causerait des dommages irréparables aux saumons sauvages, dont elle dépendait pour exercer ses droits ancestraux et les droits que lui confère son titre ancestral, ainsi qu'aux saumons juvéniles qu'elle libérait de son écloserie chaque année pour préserver ses droits constitutionnellement protégés;

Le 19 février 2018, la PNN s'est informée de nouveau de l'état de toute demande de permis de transfert de Marine Harvest et le MPO lui a une fois de plus dit qu'elle n'avait pas encore reçu de demandes. À la même date, Marine Harvest a répondu à une lettre du 13 février 2018 du chef Svanvik, avec copie au MPO, signalant que les demandes de Marine Harvest en vue de rencontrer la PNN et de trouver un compromis et des solutions au différend entourant la ferme piscicole de l'île Swanson n'avaient pas été acceptées, qu'il n'était plus possible de changer le plan d'empoisonnement à court terme de Marine Harvest parce que, était-il expliqué, ce plan était dicté par la biologie halieutique. Marine Harvest a également fait part de son désaccord à l'égard du point de vue de la Première Nation sur le RVP et sur la légalité de ses activités, et elle a fait remarquer que lors de réunions antérieures la Première Nation avait clairement indiqué qu'elle ne « parlerait pas de science ». Marine Harvest a également fait savoir que les vérifications les plus récentes de l'état de santé des smolts destinés à être transférés avaient été confirmées, c'est-à-dire que les poissons étaient sains et exempts d'agents pathogènes, dont le RVP. Dans une lettre ultérieure destinée à Marine Harvest, la PNN a fait remarquer qu'elle s'opposait depuis toujours à la présence (et à l'exploitation) de la ferme piscicole de l'île Swanson, et elle a fait part de ses préoccupations à cet égard. Elle a demandé qu'on lui communique des renseignements, comme la date à laquelle Marine Harvest avait l'intention de demander un permis de transfert, une copie de cette demande ainsi que des renseignements sur les contrôles les plus récents de l'état de santé des poissons;

- Entre le 26 février et le 1^{er} mars 2018, le MPO et la PNN ont échangé des courriels portant sur la demande prévue de Marine Harvest et sur le processus du CIT, dont le fait que ce dernier avait, comme norme de service, un délai de 10 jours ouvrables pour répondre à une demande de transfert et qu'il avait reçu la demande de Marine Harvest le 28 février 2018. Il était prévu que le CIT effectue son examen avant le 14 mars 2018, et le permis de transfert, s'il était approuvé, serait valide pour une période de 90 jours. Le MPO a indiqué qu'il ferait savoir à la Première Nations quand l'examen serait terminé et s'il entendait délivrer un permis de transfert. De plus, le MPO était en voie de réviser son approche de consultation en

- 'Namgis continued to make inquiries of DFO as to the status of the transfer application. DFO responded to these and advised that it would advise 'Namgis as soon as a decision was reached. On March 12, 2018, 'Namgis (Chief Svanik) wrote to the ITC coordinator requesting that a meeting be set up that week to establish a government-to-government engagement process in relation to Marine Harvest's application for a transfer licence for its Swanson Island facility and restating 'Namgis' position as to the lawfulness of the issuing of a transfer licence without testing for PRV. It attached its Notice of Application for Judicial Review in that regard and advised that it had also filed a motion seeking injunctive relief. A similar letter was sent to the Ministers of Fisheries and Justice urging that the transfer licence not be issued and that instead a meeting be held with 'Namgis. On March 15, 2018, the Union of British Columbia Indian Chiefs wrote to the Minister in support of 'Namgis' position. The transfer licence was issued to Marine Harvest on March 23, 2018, DFO emailed 'Namgis providing a copy of the licence.

(v) *Analysis*

[307] In this matter, the first two elements of the test as to whether a duty to consult arises are not in dispute. As to the Crown's knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right, this is addressed in the Johansson affidavit. Exhibit K of that affidavit is a letter dated October 19, 2012, from Mr. Johansson to 'Namgis' counsel at that time. Amongst other things, the letter responds to a request by 'Namgis for a strength of claims assessment. DFO provides a preliminary assessment, stated to be relevant only to DFO consultations with 'Namgis regarding renewal of aquaculture licences, as follows:

Based on the information sources described above it is DFO's preliminary assessment that 'Namgis has a strong *prima facie* claim to an aboriginal right to fish for food,

matière d'aquaculture, notamment en ce qui concerne les autorisations de transfert;

- La PNN a continué de s'enquérir auprès du MPO de l'état de la demande de transfert. Le MPO a répondu à ces demandes de renseignements et a fait savoir qu'il aviserait la Première Nation dès qu'une décision serait prise. Le 12 mars 2018, la PNN (le chef Svanik) a écrit au coordonnateur du CIT pour demander qu'une réunion ait lieu cette semaine-là demandant la mise en place d'un processus de consultation de gouvernement à gouvernement concernant la demande de permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson et rappelant sa position quant à la légalité de la délivrance d'un permis de transfert sans tests de dépistage du RVP. Elle a joint à cette lettre son avis de demande de contrôle judiciaire à cet égard et a fait savoir qu'elle avait également déposé une requête en injonction. Une lettre semblable a été adressée aux ministres des Pêches et de la Justice pour demander instamment que le permis de transfert ne soit pas délivré et qu'il y ait plutôt une rencontre avec la PNN. Le 15 mars 2018, l'Union of British Columbia Indian Chiefs a fait parvenir au ministre une lettre appuyant la position de la PNN. Le permis de transfert a été délivré à Marine Harvest le 23 mars 2018, et le MPO en a transmis une copie à la PNN, par courriel.

(v) *Analyse*

[307] Dans la présente affaire, les deux premiers volets du critère qui permettent de savoir si une obligation de consultation prend naissance ne suscitent pas de débat. Quant à la connaissance, concrète ou par imputation, que la Couronne pouvait avoir d'une éventuelle revendication autochtone ou de l'existence potentielle de droits ancestraux, il en est question dans l'affidavit de M. Johansson. La pièce K jointe à cet affidavit est une lettre datée du 19 octobre 2012, que M. Johansson a transmise aux avocats qui, à cette époque, représentaient la PNN. Cette lettre répond notamment à la demande de la PNN visant à ce qu'une évaluation de la solidité des revendications soit effectuée. Le MPO fournit une évaluation préliminaire, qui, est-il mentionné, n'est pertinente qu'en ce qui concerne les consultations du MPO avec la PNN au sujet du renouvellement de permis d'aquaculture :

[TRADUCTION]

En se fondant sur les sources d'information décrites ci-dessus, le MPO estime de façon préliminaire que la PNN a à première vue une solide revendication concernant

social and ceremonial (FSC) purposes within their asserted title territory and a somewhat weaker claim elsewhere within their asserted rights area. DFO is of the view that the other rights and title claimed by 'Namgis may not be relevant to these consultations. However, as discussed below, DFO is looking forward to receiving site specific Traditional Use information from you in the near future that will be used to inform ongoing consultations with 'Namgis and DFO decision making with respect to these licences.

DFO has reviewed the concerns identified by 'Namgis with respect to aquaculture licences in some detail...

I would note that our preliminary assessment of potential impacts on 'Namgis' claimed rights are based largely on these more general concerns. In light of the numerous regulatory and licencing requirements on fish farm operators, as well as ongoing studies, monitoring, regulatory inspections, and other mitigating measures (which DFO would like to discuss in more detail with 'Namgis), DFO's initial view is that there is a low risk of adverse impacts on 'Namgis' ability to exercise their claimed rights as a result of the aquaculture licences. Further, based on the above considerations, DFO's preliminary assessment regarding the level of consultation required in relation to the proposed aquaculture licencing decisions is in the middle range of the *Haida* consultation spectrum. [Emphasis in original.]

[308] Thus, it is clear that the Crown has knowledge of 'Namgis' asserted Aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes within its asserted territory.

[309] The Minister also acknowledges that the ongoing PRV Policy of issuing fish transfer licences without requiring the fish to be tested for PRV and HSMI is Crown conduct as captured by the second branch of the test.

[310] This leaves only the third element, being whether there is the potential that the contemplated conduct may adversely effect an Aboriginal claim or right.

un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (ASR) au sein du territoire dont elle revendique le titre, ainsi qu'une revendication moins solide ailleurs dans le secteur à l'égard duquel elle revendique des droits. Le MPO estime que les autres droits et titre que revendique la PNN ne sont pas forcément pertinents dans le contexte de ces consultations. Cependant, comme il en est question ci-après, le MPO souhaite recevoir de votre part, dans un avenir rapproché, des informations sur les usages traditionnels spécifiques au site en question, qui serviront à guider les consultations qui se déroulent actuellement avec la PNN ainsi que les décisions que prendra le MPO au sujet de ces permis.

Le MPO a examiné de façon assez détaillée les préoccupations dont la PNN fait état au sujet des permis d'aquaculture [...]

Je signalerais que notre évaluation préliminaire des effets possibles sur les droits que revendique la PNN repose en grande partie sur ces préoccupations de nature plus générale. Compte tenu des nombreuses exigences auxquelles sont soumis les pisciculteurs en matière de réglementation et d'octroi de permis ainsi que des études en cours, des activités de contrôle, des inspections réglementaires et d'autres mesures d'atténuation (dont le MPO aimerait discuter plus en détail avec la PNN), le MPO estime à ce stade que le risque d'effets néfastes découlant des permis d'aquaculture sur la capacité de la PNN d'exercer les droits qu'elle revendique est faible. De plus, compte tenu des considérations qui précèdent, le MPO estime de façon préliminaire que la consultation concernant les décisions à venir quant à l'octroi de permis d'aquaculture se situe au centre du continuum de consultation décrit dans l'arrêt *Haida*. [Souligné dans l'original.]

[308] Il est donc évident que la Couronne a connaissance du droit ancestral que revendique la PNN de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles au sein du territoire qu'elle revendique.

[309] Le ministre reconnaît également que l'actuelle Politique concernant le RVP, qui consiste à délivrer des permis de transfert de poissons sans exiger que l'on soumette ces derniers à des tests de dépistage du RVP et de l'IMSC, est une mesure de la Couronne, comme l'envisage le deuxième volet du critère.

[310] Il ne reste que le troisième volet, soit la question de savoir si la mesure envisagée est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un titre ancestral.

[311] As a preliminary point and before addressing the third element of the test, I pause to note that ‘Nāmgis relies heavily on Justice Manson’s findings in the injunction hearing, brought in its application in T-430-18, to support its submission that the Minister breached the duty to consult. It is significant to note, however, that other than the Svanvik affidavit, the affidavit evidence that was before Justice Manson is not the same affidavit evidence that is before me in T-430-18. In that regard, at the hearing of these applications, the Court requested, and by letter of December 14, 2018, the parties jointly provided, a table setting out how the evidence filed in the T-430-18 injunction motion differs from that filed in the T-430-18 and T-744-18 applications, and identifying related motions to strike. It is not necessary to expand on this in these reasons other than to note that Thompson affidavit No. 2 and the Johansson affidavit, both discussed above, were not before Justice Manson. And, as also discussed below, in T-744-18, ‘Nāmgis sought to file, as exhibits to an affidavit of Won Drastil affidavit on April 20, 2018, the affidavits that were before Justice Manson, but which are not otherwise found in the application records for T-430-18 and T-744-18, which are before me. In the injunction motion, the Minister took the position that the expert evidence relied upon by ‘Nāmgis in seeking interlocutory relief was, in reality, an attempt to rely on extrinsic evidence in a judicial review application and that it was therefore inadmissible. Justice Manson did not agree and stated that, to the extent that ‘Nāmgis was seeking a determination of the reasonableness of the PRV Policy or the Minister’s decision not to consult with ‘Nāmgis, he could and would not decide those issues. Justice Manson stated that he would decide whether or not the evidence before him supported the granting of the requested injunction. He also noted that interlocutory relief is not final and does not usurp the role of the Court in determining the issues before it in the judicial review.

[311] À titre préliminaire, et avant d’analyser le troisième volet du critère, j’ouvre ici une parenthèse pour signaler que la PNN invoque dans une large mesure les conclusions qu’a tirées le juge Manson lors de l’audition de la requête en injonction, déposée dans le dossier T-430-18, à l’appui de son argument selon lequel le ministre a manqué à l’obligation de consultation. Il importe toutefois d’indiquer que, à part l’affidavit du chef Svanvik, la preuve par affidavit qui a été soumise au juge Manson n’est pas la même que celle dont je suis saisie dans le dossier T-430-18. À cet égard, à l’audition des présentes demandes, la Cour a demandé — et par une lettre du 14 décembre 2018 les parties ont conjointement fourni — un tableau qui décrit en quoi les éléments de preuve déposés dans la requête en injonction dans le dossier T-430-18 étaient différents de ceux qui étaient déposés dans les demandes T-430-18 et T-744-18 et qui fait mention des requêtes en radiation connexes. Il n’est nul besoin de s’étendre sur cette question dans les présents motifs, sinon pour signaler que l’affidavit n° 2 de M. Thomson et l’affidavit de M. Johansson, qui ont tous deux été analysés plus haut, n’ont pas été soumis au juge Manson. Et, comme nous le verrons aussi plus loin, dans le dossier T-744-18 la PNN souhaitait déposer, comme pièce jointe à un affidavit de Won Drastil, souscrit le 20 avril 2018, les affidavits qui avaient été soumis au juge Manson, mais qui ne figuraient pas par ailleurs dans les dossiers de demande relatifs aux dossiers T-430-18 et T-744-18, dont je suis saisie. Dans le contexte de la requête en injonction, le ministre a exprimé l’avis que par la preuve d’expert sur laquelle la PNN se fondait pour demander un redressement interlocutoire cette dernière cherchait en réalité à invoquer une preuve extrinsèque dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire et que cette preuve était donc inadmissible. Le juge Manson a exprimé son désaccord et a déclaré que, dans la mesure où la PNN souhaitait obtenir une décision sur le caractère raisonnable de la Politique concernant le RVP ou de la décision du ministre de ne pas la consulter, il ne pouvait et ne voulait pas trancher cette question. Il a déclaré qu’il allait déterminer si les preuves dont il disposait étaient ou non favorables à l’octroi de l’injonction demandée. Il a également signalé qu’un redressement interlocutoire n’est pas définitif et qu’il n’usurpe pas le rôle de la Cour pour ce qui est de trancher les questions dont elle est saisie dans le cadre du contrôle judiciaire.

[312] The Minister's position is that the third element of the duty to consult is not met, and the duty to consult is therefore not triggered, because the potential adverse impact alleged by 'Namgis is not novel to the PRV Policy Decision. The Minister is of the view that while 'Namgis claims that transferring infected fish into open-net pens within their asserted territory is likely to adversely impact their claimed title and rights by spreading a disease agent that is harmful to the fish that 'Namgis relies on to exercise their claimed right, the potential for the spread of PRV is not new as PRV has been observed in wild fish populations since at least 1988, and the Swanson Island facility has been operating in substantially the same way since at least 2010.

[313] Further, the Minister states that DFO's PRV Policy is based on its scientific conclusion that PRV is not harmful to fish. While there is a possible risk of disease associated with PRV transmission, the likelihood of potential for PRV to cause disease in wild salmon populations is very low. The Minister submits that 'Namgis has not shown that the PRV Policy Decision will potentially cause an adverse impact on the ability of 'Namgis to exercise its asserted section 35 rights. Rather, its argument is speculation and conjecture, which is insufficient to meet this element of the test.

[314] I will first address the Minister's argument that there was no duty to consult because the Minister has already determined that the risk of adverse impacts to 'Namgis' rights as the result of the PRV Policy Decision is low and that 'Namgis has not established a novel risk which would alter that determination or warrant revisiting it.

[315] In *Rio Tinto*, the Supreme Court stated as follows [at paragraphs 45–47]:

The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim

[312] Le ministre est d'avis que le troisième volet de l'obligation de consultation n'a pas été rempli et que, de ce fait, cette obligation n'a pas pris naissance, car l'effet préjudiciable potentiel qu'allègue la PNN n'est pas un élément nouveau, propre à la décision sur la Politique concernant le RVP. Le ministre soutient que même si la PNN prétend que le transfert de poissons infectés dans des parcs en filet situés dans le territoire qu'elle revendique est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le titre et les droits qu'elle revendique en propageant un agent pathogène qui cause des dommages aux poissons dont elle dépend pour exercer lesdits droits, la possibilité d'une propagation du RVP n'est pas nouvelle, car ce virus est observé chez des populations de poissons sauvages depuis au moins 1988, et l'exploitation de la ressource à l'installation de l'île Swanson se fait essentiellement de la même manière depuis au moins 2010.

[313] De plus, le ministre indique que la Politique concernant le RVP du MPO est fondée sur sa conclusion scientifique selon laquelle ce virus n'est pas domageable pour les poissons. Bien qu'il y ait un risque possible de maladie qui soit associé à la transmission du RVP, le risque que ce virus rende malades les populations de saumons sauvages est très faible. Le ministre soutient que la PNN n'a pas établi que la décision sur la Politique concernant le RVP est susceptible de causer un effet préjudiciable sur sa capacité d'exercer les droits visés à l'article 35 qu'elle revendique. L'argument qu'elle invoque relève plutôt de la conjecture, ce qui n'est pas suffisant pour satisfaire au troisième volet du critère.

[314] Je traiterai tout d'abord de l'argument du ministre selon lequel il n'y a pas d'obligation de consultation parce qu'il a déjà déterminé que le risque d'effets préjudiciables sur les droits de la PNN par suite de la décision sur la Politique concernant le RVP est faible et que la PNN n'a pas établi l'existence d'un risque nouveau qui nuirait à cette conclusion ou qui justifierait qu'on la révise.

[315] Dans l'arrêt *Rio Tinto*, la Cour suprême énonce ce qui suit [aux paragraphes 45 à 47] :

Le troisième élément requis pour qu'il y ait obligation de consulter est la possibilité que la mesure de la

or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice.

Again, a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine's purpose, as stated by Newman, is "to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown" (p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33). Mere speculative impacts, however, will not suffice. As stated in *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, at para. 44, there must be an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right". The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5–41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources. For example, a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact: see *Haida Nation*, at paras. 72–73.

[316] This would not seem to require the level of certainty that the Minister suggests, being that 'N̄am̄gis must establish that PRV will potentially have an adverse impact on 'N̄am̄gis' Aboriginal rights. Further, while the

Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas.

Une approche généreuse et téléologique est aussi de mise à l'égard de ce troisième élément puisque, comme le dit Newman, l'objectif poursuivi est [TRADUCTION] « de reconnaître que les actes touchant un titre aborigène ou un droit ancestral non encore établi, ou des droits issus de traités, peuvent avoir des répercussions irréversibles qui sont incompatibles avec l'honneur de la Couronne » (p. 30, citant l'arrêt *Nation Haida*, aux par. 27 et 33). Cependant, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Comme il appert de l'arrêt *R. c. Douglas*, [2007] BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, au par. 44, il doit y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une Première nation puisse exercer son droit ancestral ». Le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même, et non seulement la position de négociation ultérieure de la Première nation.

L'effet préjudiciable comprend toute répercussion risquant de compromettre une revendication autochtone ou un droit ancestral. Il est souvent de nature physique. Cependant, comme on l'a vu relativement à ce qui constitue une mesure de la Couronne, la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion de la ressource risque aussi d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si elle n'a pas d'[TRADUCTION] « effet immédiat sur les terres et les ressources » : Woodward, p. 5–41. La raison en est qu'une telle modification structurelle de la gestion de la ressource peut ouvrir la voie à d'autres décisions ayant un effet préjudiciable *direct* sur les terres et les ressources. Par exemple, le contrat par lequel la Couronne cède à une partie privée la maîtrise d'une ressource risque de supprimer ou de réduire le pouvoir de la Couronne de faire en sorte que la ressource soit exploitée dans le respect des intérêts autochtones, conformément à l'honneur de la Couronne. Les Autochtones seraient alors dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération dans les décisions de mise en valeur, ce qui constitue un effet préjudiciable : voir l'arrêt *Nation Haida*, par. 72–73.

[316] Ce passage ne semble pas exiger le degré de certitude que suppose la thèse du ministre étant donné que la PNN doit établir qu'il est possible que le RVP ait un effet préjudiciable sur ses droits ancestraux. De plus, bien

Minister submits that DFO has determined, based on its assessment of the science, that PRV and HSMI pose a low risk to wild salmon and, therefore, to ‘Namgis’ rights, in my view, it does not follow that this is a basis for refusing to consult when that risk assessment is what has given rise to the request to do so.

[317] In any event, I have found above that the Minister’s Interpretation of section 56 of the FGRs is unreasonable. This is because it permits transfers of fish carrying a disease agent or of fish that are diseased to a level or threshold of harm to wild Pacific salmon at the conservation unit or species level, it fails to embody and is inconsistent with the precautionary principle, and it fails to take into consideration the health of wild Pacific salmon. As a result of that finding, the PRV Policy Decision will be quashed. Thus, the question of whether a failure to test for PRV or HSMI may potentially adversely affect ‘Namgis’, section 35 rights will remain an open one until the Policy has been reconsidered. However, given the uncertainty in the science concerning PRV and HSMI with respect to wild Pacific salmon, I cannot conclude that the risk of, or potential for, an adverse impact on ‘Namgis’ claimed rights is merely speculative, as the Minister submits. The fact that DFO has reconsidered the PRV Policy on numerous occasions indicates that DFO recognizes that PRV may give rise to a real potential harm.

[318] Further, the science surrounding PRV and HSMI is a rapidly evolving area—as also recognized by the reconsiderations of the PRV Policy as new studies were published. Thus, while it is true, as the Minister submits, that knowledge of the existence of PRV is not new, this is not particularly significant. What is significant is the Di Cicco 2017 publication, which was new science, diagnosing sampled farmed Atlantic salmon from a fish farm in British Columbia as having HSMI. This

que le ministre soutienne que le MPO a déterminé, en se fondant sur son évaluation des données scientifiques, que le RVP et l’IMSC présentent un faible risque pour les saumons sauvages et, partant, pour les droits de la PNN, je suis d’avis qu’il ne s’ensuit pas pour autant qu’il s’agit là d’une raison pour refuser de tenir des consultations quand cette évaluation du risque est l’élément qui a donné lieu à la demande de le faire.

[317] En tout état de cause, j’ai conclu précédemment que l’interprétation du ministre relative à l’article 56 du RPDG est déraisonnable. Cela s’explique par le fait qu’elle autorise les transferts de poissons porteurs d’un agent pathogène ou de poissons dont la maladie peut causer des dommages pour les saumons du Pacifique sauvages, au niveau des unités de conservation ou des espèces, qu’elle ne prend pas en compte le principe de précaution et qu’elle est incompatible avec ce dernier, et qu’elle ne prend pas non plus en compte la santé des saumons du Pacifique sauvages. Compte tenu de cette conclusion, la décision sur la Politique concernant le RVP sera annulée. C’est donc dire que la question de savoir si le fait de ne pas procéder à des tests de dépistage du RVP ou de l’IMSC peut avoir un effet préjudiciable sur les droits garantis par l’article 35 à la PNN restera ouverte jusqu’à ce que l’on ait réexaminé la Politique. Cependant, vu l’incertitude des données scientifiques concernant le RVP et l’IMSC en ce qui a trait aux saumons du Pacifique sauvages, je ne puis conclure que le risque ou la possibilité qu’il y ait un effet préjudiciable sur les droits que revendique la PNN est de nature purement conjecturale, ainsi que le soutient le ministre. Le fait que le MPO ait réexaminé la Politique concernant le RVP à de nombreuses reprises dénote qu’il est conscient que ce virus peut donner lieu à une possibilité réelle de dommages.

[318] De plus, les connaissances scientifiques qui entourent le RVP et l’IMSC évoluent rapidement — comme l’indique également les réexamens de la Politique concernant le RVP à mesure que de nouvelles études sont publiées. Par conséquent, s’il est vrai, comme le soutient le ministre, que la reconnaissance de l’existence du RVP n’est pas nouvelle, cela importe peu. Ce qui importe c’est l’étude Di Cicco 2017, qui diffuse de nouvelles données scientifiques, à savoir que des saumons atlantiques

is contrary to prior DFO science based on a challenge experiment that concluded that BC-PRV did not result in the development of disease in the species tested. The Di Cicco 2017 study was, in that respect, a novel finding. This finding supports that PRV may potentially have adverse effects on ‘Namgis’ Aboriginal rights if HSMI is transmissible to, and has different impacts on wild Pacific salmon than it does on farmed salmon, which issue is not adequately addressed in the science underlying the delegate’s decision to maintain the PRV Policy. Accordingly, I conclude that the PRV Policy Decision has the potential to adversely affect ‘Namgis’ Aboriginal rights.

[319] However, the Minister also submits that ‘Namgis’ concerns with adverse impacts from the potential transmission of infectious disease from salmon farms to wild salmon were the subject of extensive consultation between ‘Namgis’ and DFO from 2010 to 2015. DFO engaged in discussion on this topic as part of the consultations that occurred around DFO’s contemplated aquaculture licencing decisions. At that time, aquaculture licences included provisions for the transfer of fish from hatcheries to the marine environment. DFO’s assessment was that there was a low risk of adverse impacts and that the risk had been minimized by the numerous regulatory and licencing requirements placed on fish farm operators, ongoing studies, monitoring and regulatory inspections. Because of these measures, the Crown’s assessment was that further consultation and accommodation was not warranted.

[320] In the result, the Minister is of the view that there was no past breach of the duty to consult and, in any event, consultation and accommodation pertain only to current and prospective Crown action. Past decisions by the Crown do not alone create a procedural right to consultation in the present. Having conducted appropriate

d’élevage échantillonnés dans une ferme piscicole de la Colombie-Britannique étaient atteints de l’IMSC. Ce constat allait à l’encontre des connaissances scientifiques antérieures du MPO, qui reposaient sur une expérience de provocation qui a mené à la conclusion que le RVP de la C.-B. ne causait pas l’apparition de la maladie chez les espèces à l’étude. L’étude Di Cicco 2017 comportait, à cet égard, une nouvelle découverte. Cette dernière étaye l’idée que le RVP est susceptible d’avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux de la PNN si l’IMSC est transmissible aux saumons du Pacifique sauvages et exerce sur eux des effets différents de ceux qu’elle a sur les saumons d’élevage, une question dont on ne traite pas de manière appropriée dans les données scientifiques qui sous-tendent la décision de la déléguée de maintenir l’application de la Politique concernant le RVP. Je conclus donc que la décision sur la Politique concernant le RVP est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux de la PNN.

[319] Cependant, le ministre soutient également que les préoccupations de la PNN entourant les effets préjudiciables de la transmission possible d’une maladie infectieuse entre les saumons d’élevage et les saumons sauvages ont fait l’objet d’une vaste consultation entre la PNN et le MPO de 2010 à 2015. Le MPO a discuté de ce sujet dans le cadre des consultations qui ont porté sur les décisions qu’il envisageait de prendre quant à l’octroi de permis d’aquaculture. À cette époque, ces permis comportaient des dispositions concernant le transfert de poissons entre les écloséries et le milieu marin. Le MPO avait évalué qu’il y avait un faible risque d’effets préjudiciables et que les nombreuses exigences réglementaires ainsi que celles liées aux permis, imposées aux pisciculteurs, ainsi que les études en cours, les activités de contrôle et les inspections réglementaires réduisaient les risques. Selon la Couronne, en raison de ces mesures, il n’était pas justifié de procéder à d’autres mesures de consultation et d’accommodement.

[320] Le ministre est donc d’avis qu’il n’y a pas eu dans le passé de manquement à l’obligation de consultation et que, de toute façon, seules les mesures actuelles et à venir de la Couronne peuvent faire l’objet de mesures de consultation et d’accommodement. Les décisions antérieures de la Couronne ne créent pas à elles

consultations when developing and implementing its aquaculture strategy, including implementation of the aquaculture licensing regime, there is no requirement for DFO to consult with each First Nation on all fish health policy decisions as these decisions are consistent with the overall aquaculture strategy and aquaculture licensing regime. Open-net aquaculture projects operate under the expectation that fish will be transferred to net pens. Nor does simply renewing an existing licence necessarily give rise to a duty to consult (*Rio Tinto; Fond du Lac Denesuline First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 73, 65 C.E.L.R. (3d) 83, at paragraph 10; *Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412, 368 D.L.R. (4th) 44, at paragraphs 76, 79 and 80; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 333 D.L.R. (4th) 31, at paragraph 119; *Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 124, 485 Sask. R. 162, at paragraphs 72–78).

[321] It is clear from Thomson affidavit No. 2 and the Johnson affidavit that ‘Namgis and other First Nations were consulted with respect to the new federal aquaculture licensing regime effected in 2010. And I note that aquaculture licences issued at the time of the transition of regulation to the Federal Government were challenged unsuccessfully by other First Nations with respect to the duty to consult (see *Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 517, 45 Admin. L.R. (5th) 58; *K’ómoks First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1160, 419 F.T.R. 144). I agree with the Minister that even if the duty to consult with respect to the new aquaculture licensing regime was not sufficient, and I make no finding in that regard, this alone would not trigger a fresh duty to consult with respect to the PRV Policy and related issuance of transfer licences.

seules un droit procédural d’être consulté à l’heure actuelle. Comme il a mené des consultations appropriées au moment de la mise au point et de l’application de sa stratégie en matière d’aquaculture, ce qui inclut la mise en œuvre du régime d’octroi de permis d’aquaculture, le MPO n’est pas tenu de consulter chacune des Premières Nations sur toutes les décisions de politique générale concernant l’état de santé des poissons, car ces décisions concordent avec la stratégie en matière d’aquaculture ainsi qu’avec le régime d’octroi de permis d’aquaculture en général. Les projets d’aquaculture dans des parcs en filet sont gérés dans la perspective que les poissons seront transférés dans des parcs en filet. De plus, le simple fait de renouveler un permis existant ne donne pas forcément lieu à une obligation de consultation (*Rio Tinto; Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 73, au paragraphe 10; *Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412, 368 D.L.R. (4th) 44, aux paragraphes 76, 79 et 80; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 333 D.L.R. (4th) 31, au paragraphe 119; *Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 124, 485 Sask. R. 162, aux paragraphes 72 à 78).

[321] Il ressort clairement de l’affidavit n° 2 de M. Thomson ainsi que de l’affidavit de Johnson que la PNN et d’autres Premières Nations ont été consultées à propos du nouveau régime fédéral d’octroi de permis d’aquaculture qui est entré en vigueur en 2010. Et je signale que des permis d’aquaculture délivrés à l’époque de la transition vers un régime fédéral de réglementation de l’aquaculture ont été contestés, sans succès toutefois, par d’autres Premières Nations en raison d’un manquement à l’obligation de consultation (voir *Première nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517; *Première nation des K’ómoks c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1160). Je conviens avec le ministre que même si la Couronne ne s’était pas entièrement acquittée de son obligation de tenir des consultations au sujet du nouveau régime d’octroi de permis d’aquaculture, et je ne tire aucune conclusion à cet égard, ce fait ne déclencherait pas à lui seul une nouvelle obligation de consultation en ce qui a trait à la Politique concernant le RVP et à la délivrance connexe de permis de transfert.

[322] However, it is also apparent from the above summary that the Minister has continued to consult with ‘Namgis and other First Nations subsequent to the effecting of the new regulatory regime. For example, notice of the November 2012 aquaculture licence renewals was given, along with information concerning governments’ response to concerns raised about potential adverse impacts, including transmission of disease to wild salmon. DFO also advised ‘Namgis and other First Nations of the upcoming December 2013 renewals and described this as part of its ongoing consultation. In 2014, DFO advised ‘Namgis of proposed aquaculture licence amendments that sought to increase production at existing sites located within its asserted territory, and sought to engage with ‘Namgis including with respect to fish health concerns. In 2015, DFO advised ‘Namgis of two new applications for aquaculture licences within ‘Namgis’ asserted territory and advised that DFO was considering moving toward the issuance of multi-year licences. In 2016, discussions took place including concerning ‘Namgis’ opposition to the proposed amendment to the aquaculture licence for Maude Island. In 2017, ‘Namgis requested, and DFO facilitated, a meeting to discuss open-net fish farming, and DFO later provided ‘Namgis with reports concerning infectious disease in fish.

[323] What is also clear from DFO’s evidence is that it maintained ongoing consultation with ‘Namgis, and other First Nations, concerning not only aquaculture licences, but matters related to them, including fish health. Further, that DFO consistently expressed a willingness to engage with ‘Namgis on any aspect of aquaculture licensing and management that were of concern to ‘Namgis. Thomson affidavit No. 2 also demonstrates and on a go forward basis DFO intends to discuss fish health management activities, including updates to the transfer authorization, with First Nations and other stakeholders.

[322] Cependant, il ressort clairement aussi du résumé qui précède que le ministre a continué de consulter la PNN et d’autres Premières Nations après l’entrée en vigueur du nouveau régime de réglementation. Elles ont notamment été avisées du renouvellement en novembre 2012 des permis d’aquaculture, et des informations leur ont été fournies sur la réponse des gouvernements aux préoccupations soulevées quant aux éventuels effets néfastes, dont la transmission de maladies aux saumons sauvages. Le MPO a également avisé la PNN et d’autres Premières Nations des renouvellements à venir en décembre 2013 et il a indiqué que cela faisait partie des consultations qu’il menait. En 2014, le MPO a fait part à la PNN des modifications envisagées pour les permis d’aquaculture, qui visaient à augmenter la production dans les sites se trouvant dans le territoire qu’elle revendiquait, et il a cherché à discuter avec la PNN de divers sujets, dont les préoccupations relatives à l’état de santé des poissons. En 2015, le MPO a avisé la PNN de deux nouvelles demandes de permis d’aquaculture dans le territoire qu’elle revendiquait et lui a fait savoir qu’il envisageait de délivrer à l’avenir des permis pluriannuels. En 2016, des discussions ont porté sur divers sujets, dont l’opposition de la PNN à la modification proposée du permis d’aquaculture relatif à l’installation de l’île Maude. En 2017, la PNN a demandé la tenue d’une réunion, que le MPO a aidé à organiser, en vue de discuter de la pisciculture dans des parcs en filet, et le MPO a plus tard fourni à la PNN des rapports portant sur les maladies infectieuses chez les poissons.

[323] Il ressort clairement de la preuve présentée par le MPO que ce dernier a consulté de manière continue la PNN ainsi que d’autres Premières Nations, non seulement au sujet des permis d’aquaculture, mais aussi des questions qui y étaient liées, dont l’état de santé des poissons. De plus, le MPO a systématiquement montré qu’il était disposé à discuter avec la PNN de toute question relative à l’octroi de permis d’aquaculture et à la gestion de ce domaine d’activité qui la préoccupait. L’affidavit n° 2 de M. Thomson montre aussi, et sur une base prospective, que le MPO entend discuter de la gestion de la santé des poissons, dont les mises à jour du système d’autorisation des transferts, avec les Premières Nations et d’autres intervenants.

[324] It is true, as the Minister submits, that the 2012 consultations concerning the development and implementation of the aquaculture regulatory regime and licensing did broadly address many aspects of aquaculture including fish health. It is also the case that the regime contains many measures by which farmed fish health is monitored and assessed, as described in detail in Thomson affidavit No. 2. However, in my view, that cannot serve to mark the end of all potential future consultations concerning aquaculture and fish health in British Columbia as the duty to consult. Nor do DFO's post-2012 communications and actions support that it holds that view. At almost every juncture DFO notified 'Namgis of new licensing developments and sought to engage with them. This is true of matters of general application such as implementing multi-year aquaculture licences for all B.C. aquaculture operators, as well as licensing matters specific to 'Namgis. This ongoing approach to consultation reflects that circumstances change and that issues emerge and evolve with the passage of time.

[325] The Minister submits, given the prior consultations, that DFO was not required to consult with each First Nation on all fish health policy decisions, as these decisions were consistent with the overall aquaculture strategy and licensing regime (*Douglas BCCA*, at paragraphs 43–44) and that open-net aquaculture projects operate under the expectation that fish will be transferred to net pens. Given my finding that the Minister's Interpretation of section 56 of the FGRs is unreasonable, it is not clear to me that the PRV Policy and related transfers were in fact consistent with DFO's overall aquaculture strategy submits in reliance on (*R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, at paragraph 40.) However, I agree with the Minister that, in the normal course, it would be impractical for DFO to consult with every First Nation with respect to every fish health policy decision and every transfer licence issued to fish farms located within their asserted territories.

[324] Il est vrai, comme le soutient le ministre, que les consultations menées en 2012 au sujet de la mise au point et de l'application du régime de réglementation de l'aquaculture et du système d'octroi de permis ont porté de manière générale sur de nombreux aspects de l'aquaculture, dont la santé des poissons. Il est également vrai que le régime met en place de nombreuses mesures qui permettent de contrôler et d'évaluer l'état de santé des poissons d'élevage, comme le décrit en détail l'affidavit n° 2 de M. Thomson. Cependant, selon moi, cela ne peut marquer la fin de toute consultation future possible au sujet de l'aquaculture et de la santé des poissons en Colombie-Britannique au titre de l'obligation de consultation. Les communications du MPO et les mesures qu'il a prises après 2012 ne confirment pas non plus qu'il soutient ce point de vue. À presque tous les stades, le MPO a fait part à la PNN des nouveautés concernant l'octroi de permis et il a cherché à discuter avec elle. Il l'a fait à l'égard de questions d'application générale, comme la mise en œuvre de permis d'aquaculture pluriannuels pour tous les aquaculteurs de la Colombie-Britannique, ainsi que de questions liées à l'octroi des permis intéressant directement la PNN. Cette méthode de consultation montre que les circonstances changent et que des enjeux apparaissent et évoluent au fil du temps.

[325] Le ministre soutient, compte tenu des consultations antérieures, que le MPO n'était pas tenu de consulter chacune des Premières Nations sur toutes les décisions de politique générale portant sur la santé des poissons, étant donné qu'elles étaient conformes à la stratégie en matière d'aquaculture et au régime d'octroi de permis en général (*Douglas BCCA*, aux paragraphes 43 et 44) et que les projets d'aquaculture dans des parcs en filet sont gérés dans la perspective que les poissons seront transférés dans des parcs en filet. Comme j'ai conclu que l'interprétation du ministre relative à l'article 56 du RPDG est déraisonnable, il ne m'apparaît pas évident que la politique concernant le RVP et les transferts connexes étaient effectivement compatibles avec la stratégie générale en matière d'aquaculture (*R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, au paragraphe 40). Cependant, je conviens avec le ministre que, dans le cours normal des choses, il serait peu pratique que le MPO consulte chacune des Premières Nations à propos de chacune des décisions de

[326] That said, despite DFO's practice of ongoing consultation, it does not appear that it advised 'Namgis of the amendment to all existing aquaculture licences made on September 8, 2015—in response to *Morton 2015*—whereby aquaculture licence holders were required to apply to the ITC for a separate licence authorization to transfer fish, that ITC would then make a recommendation in that regard, and that DFO's Regional Manager, as the Minister's delegate, would then decide whether or not to issue a transfer licence. And, as noted above, DFO's evidence is that it does not consult on transfer licences on the basis that consultation “takes place around aquaculture licencing decisions”, which are issued on the assumption that fish will be transferred as part of the routine operations.

[327] The failure to raise with 'Namgis the amendment to all aquaculture licences whereby the requirement for a separate licence authorization to transfer fish was implemented, was inconsistent with DFO's demonstrated and self-stated ongoing consultation practice concerning aquaculture licences. This deviation from DFO's usual practice was a lost opportunity for DFO to explain why aquaculture licence holders now were required to apply for a separate licence authorization and to respond to any concerns raised in connection with this, including, on a general level, related issues of fish health.

[328] Thus, while DFO was not compelled to consult on every fish health policy decision and transfer licence, on a more general level, just as DFO has done with other aquaculture licence amendments, it would not have been overly erroneous for DFO to address issues relating to fish health and transfers of fish in the context of the licence amendment and the ITC authorization process.

politique générale liée à la santé des poissons et chacun des permis de transfert délivrés aux fermes piscicoles qui sont situées dans des territoires revendiqués.

[326] Cela dit, malgré la pratique qu'a le MPO de procéder à des consultations régulières, il ne semble pas qu'il ait avisé la PNN de la modification qui a été apportée à tous les permis d'aquaculture existants le 8 septembre 2015 — en réponse à la décision *Morton 2015* — selon laquelle les titulaires de permis d'aquaculture étaient tenus de présenter au CIT une demande d'autorisation distincte pour transférer des poissons, que le CIT ferait ensuite une recommandation à cet égard et que le directeur régional du MPO, à titre de délégué du ministre, déciderait ensuite s'il y avait lieu de délivrer ou non un permis de transfert. Et, comme il a déjà été signalé, il ressort de la preuve présentée par le MPO qu'il ne mène pas de consultations sur les permis de transfert parce que les consultations [TRADUCTION] « portent sur les décisions relatives à l'octroi de permis d'aquaculture », lesquels permis sont délivrés dans la perspective que des transferts de poissons auront lieu dans le cadre des activités régulières.

[327] L'omission d'informer la PNN de la modification de tous les permis d'aquaculture, suivant laquelle il devenait obligatoire d'obtenir une autorisation de permis distincte pour transférer des poissons, était incompatible avec le fait que le MPO avait, comme il a été établi et comme il le reconnaissait lui-même, pour pratique de mener des consultations sur les permis d'aquaculture. En n'observant pas sa pratique habituelle, le MPO s'est privé d'une occasion d'expliquer pourquoi les titulaires de permis d'aquaculture devaient dorénavant demander une autorisation de permis distincte et de répondre aux préoccupations soulevées en rapport avec cette exigence, y compris, de façon générale, aux questions connexes concernant la santé des poissons.

[328] Par conséquent, même si le MPO n'était pas obligé de mener des consultations sur chaque décision de politique générale concernant la santé des poissons et chaque permis de transfert, de façon plus générale, tout comme le MPO l'a fait dans le cas d'autres modifications apportées aux permis d'aquaculture, il n'aurait pas été trop ardu pour le MPO de traiter des questions

This could have afforded First Nations the opportunity to raise any concerns in that regard, including the application of, and the basis for, the PRV Policy.

[329] Further, as acknowledged in the record before the delegate and as demonstrated by the evidence before me, PRV and HSMI are rapidly evolving areas of science. As such, they were not specifically addressed in the original consultations concerning fish health.

[330] In my view, in September 2017, when ‘Namgis’ raised its concerns about continued transfers without testing for PRV, and in November 2017, when ‘Namgis’ sought consultation on that issue, arising from its view that the new science established that PRV causes HSMI and gives rise to a novel potential adverse impact on its rights, DFO, as part of its ongoing consultation process concerning aquaculture licensing and management, should have responded and engaged with that concern. In these circumstances, ‘Namgis’ request triggered a requirement to respond within DFO’s ongoing duty to consult. And, when DFO subsequently reconsidered the PRV Policy on June 28, 2018, without responding to ‘Namgis’ concerns even on a general level, it breached that obligation.

[331] That said, I want to make clear that I am not convinced, and do not find, that when interpreting section 56 and when initially formulating the PRV Policy, the Minister was required to consult with ‘Namgis’ or other First Nations, nor that the PRV Policy Decision was a strategic high level decision (*Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2016 BCCA 500, [2017] 4 W.W.R. 422, at paragraphs 122, 124 and 125; *Rio Tinto*, at paragraph 44).

relatives à la santé des poissons et au transfert de poissons dans le contexte de la modification des permis et du processus d’autorisation du CIT. Cela aurait donné aux Premières Nations la possibilité de faire état des préoccupations qu’elles pouvaient avoir à cet égard, dont l’application de la Politique concernant le RVP, de même que son fondement.

[329] De plus, comme il a été reconnu dans le dossier soumis à la déléguée et comme l’illustre la preuve qui m’a été soumise, le RVP et l’IMSC sont des questions scientifiques qui évoluent rapidement. Il n’a pas été question du RVP et de l’IMSC sous cet angle dans les consultations initiales portant sur la santé des poissons.

[330] À mon avis, en septembre 2017, lorsque la PNN a fait part de son inquiétude à propos de la poursuite des transferts sans que l’on procède à des tests de dépistage du RVP et, en novembre 2017, lorsqu’elle a souhaité que l’on tienne des consultations sur cette question, son opinion étant que les nouvelles données scientifiques établissaient que le RVP causait l’IMSC et risquait d’avoir un nouvel effet défavorable sur ses droits, le MPO, dans le cadre de son processus de consultation continu au sujet de la gestion de l’aquaculture et de l’octroi de permis d’aquaculture, aurait dû répondre à cette préoccupation et en discuter. Dans ces circonstances, la demande de la PNN a fait en sorte que le PMO se devait de lui répondre dans le contexte de son obligation continue de consultation. Et, lorsque le PMO a réexaminé par la suite la Politique concernant le RVP, c’est-à-dire le 28 juin 2018, sans répondre aux préoccupations de la PNN, même à un niveau général, il a manqué à cette obligation.

[331] Cela dit, je tiens à ce qu’il soit clair que je ne suis pas convaincue, et que je ne conclus pas, que lorsqu’il a interprété l’article 56 et formulé au départ la Politique concernant le RVP, le ministre était tenu de consulter la PNN ou d’autres Premières Nations, pas plus que la décision sur la Politique concernant le RVP était une décision stratégique prise en haut lieu (*Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2016 BCCA 500, [2017] 4 W.W.R. 422, aux paragraphes 122, 124 et 125; *Rio Tinto*, au paragraphe 44).

[332] I also recognize that the PRV Policy Decision represents a discrete question of science surrounding fish health. Such narrow issues would not, in the normal course, be likely to attract a duty to consult. Here, however, the contemplated Crown action, the continuation of the PRV Policy, has the potential to adversely affect ‘Namgis’ claimed Aboriginal rights. ‘Namgis raised its concerns with the continuation of the PRV Policy based on what it perceived to be novel science which had not been captured in prior general consultations concerning fish health and aquaculture licensing. Further, the Minister’s Interpretation, upon which the PRV Policy Decision is founded, is unreasonable. In these particular factual circumstances, I am satisfied, regardless of DFO’s current view that the risk posed to wild salmon by HSMI is low, that the third branch of the test has been met and that DFO’s acknowledged ongoing duty to consult concerning aquaculture licensing and related aquaculture management was breached with respect to the PRV Policy Decision.

[333] I would add that when ‘Namgis raised its concerns in September 2017, it may well have been sufficient for DFO to have provided ‘Namgis with the scientific information that underlay the PRV Policy, and hence the transfer of fish without testing, to offer to discuss this with ‘Namgis and to consider and respond to any information submitted by ‘Namgis. This would have been consistent with the approach to ongoing consultation that DFO has taken since 2010. However, DFO did not do this, nor did it engage in any meaningful discussion with ‘Namgis about DFO’s subsequent reconsideration of the PRV Policy. Thus, an issue that could have been dealt with effectively by way of an existing, ongoing consultation process and communication has instead become the subject of two judicial reviews.

[332] Je suis également consciente que la décision sur la Politique concernant le RVP porte sur un aspect scientifique bien précis de la santé des poissons. Normalement, des questions aussi étroites ne donneraient vraisemblablement pas naissance à une obligation de consultation. Dans le cas présent, toutefois, la mesure envisagée par la Couronne, soit le maintien de la Politique concernant le RVP, risque d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux que revendique la PNN. Cette dernière a fait part des préoccupations qu’elle avait à l’égard du maintien de la Politique concernant le RVP, en raison de ce qu’elle estimait être des nouvelles données scientifiques qui n’avaient pas fait l’objet des consultations générales antérieures sur la santé des poissons et l’octroi de permis d’aquaculture. De plus, l’interprétation du ministre, sur laquelle est fondée la décision sur la Politique concernant le RVP, est déraisonnable. Dans ces circonstances factuelles particulières, je suis d’avis, indépendamment de l’opinion actuelle du MPO selon laquelle le risque que pose l’IMSC pour les saumons sauvages est faible, qu’il a été satisfait au troisième volet du critère et que le MPO a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation continue de tenir des consultations au sujet de l’octroi de permis d’aquaculture et des activités connexes de gestion de l’aquaculture, relativement à la décision sur la Politique concernant le RVP.

[333] J’ajouterais que lorsque la PNN a fait état de ses préoccupations en septembre 2017, il aurait peut-être bien suffi que le MPO lui fasse part des informations scientifiques qui sous-tendent la Politique concernant le RVP, et donc le transfert de poissons sans tests de dépistage, et qu’il lui offre d’en discuter, qu’il examine les informations présentées par la PNM et qu’il lui fournisse une réponse les concernant. Cela aurait concordé avec l’approche que suit le MPO à l’égard de consultations permanentes depuis 2010. Toutefois, le MPO ne l’a pas fait, pas plus qu’il n’a entamé des discussions sérieuses avec la PNN au sujet de son réexamen ultérieur de la Politique concernant le RVP. C’est ainsi qu’une question qu’il aurait été possible de régler efficacement dans le cadre d’un processus de consultation et de communication en cours est plutôt devenue l’objet de deux contrôles judiciaires.

[334] Finally, I feel that I must also note that it is also apparent from the above evidence that ‘N̄amgis is fundamentally opposed to all open-net-pen fish farming within its asserted territory. This is also apparent from its communications with Marine Harvest, attached as exhibits to the affidavit of Mr. Vincent Erenst, Managing Director of Marine Harvest, sworn on July 5, 2018, and filed in T-430-18. These illustrate that in response to offers by Marine Harvest to meet to discuss its operations, ‘N̄amgis expressed its view that it was not interested in meeting unless it was to discuss the removal of open-net fish farms from the Broughton Archipelago, and that all wild salmon habitats should be cleared of such farms. ‘N̄amgis has also expressed the view that it has never been consulted concerning the Swanson Island facility. I note that, even if this were the case, it would be a past breach of the duty to consult, which does not in and of itself give rise to a duty to consult. Here, it is the current government conduct, the PRV Policy reconsideration, that gives rise to a novel potential adverse impact on ‘N̄amgis’ section 35 rights and, therefore, the duty to consult with respect to ‘N̄amgis’ concerns in that regard. That duty does not relate to the existence of the open-net fish farms generally. And, even if going forward, DFO was to meaningfully consult, on a general level, concerning the application of the PRV Policy as it relates to the authorization and issuance of transfer licences in accordance with that Policy, DFO may ultimately still maintain its view that the risk to ‘N̄amgis’ rights remains low and that accommodation beyond minimization of that risk by way of regulatory controls is not warranted. There is no obligation on the Minister to reach agreement with ‘N̄amgis, and the obligation to consult in good faith is a two way street.

C. Issue 3: Was the decision to issue the Marine Harvest transfer licence reasonable (T-744-18)?

[335] In T-744-18, ‘N̄amgis challenges the specific decision by the Minister, made pursuant to section 56

[334] Enfin, j’estime devoir également signaler qu’il ressort également des éléments de preuve susmentionnés que la PNN est fondamentalement opposée à toute activité piscicole dans des parcs en filet à l’intérieur du territoire qu’elle revendique. Cela ressort également des communications qu’elle a eues avec Marine Harvest, lesquelles sont jointes comme pièces à l’affidavit de M. Vincent Erenst, directeur général de Marine Harvest, souscrit le 5 juillet 2018 et déposé dans le dossier T-430-18. Ces communications montrent qu’en réponse aux offres de Marine Harvest de tenir une réunion en vue de discuter de ses activités, la PNN a fait savoir qu’elle n’était pas intéressée à une telle rencontre, sauf pour discuter du retrait des fermes piscicoles à parcs en filet de l’archipel Broughton, et que selon elle il ne devrait y avoir aucune ferme de ce genre dans les habitats des saumons sauvages. La PNN a également exprimé l’avis qu’on ne l’avait jamais consultée à propos de l’installation de l’île Swanson. Je signale que, même si c’était le cas, cela constituerait un manquement antérieur à l’obligation de consultation, ce qui, en soi, ne donne pas naissance à une obligation de consultation. En l’espèce, c’est la mesure gouvernementale actuelle — le réexamen de la Politique concernant le RVP — qui donne naissance à un nouvel effet préjudiciable possible sur les droits que garantit l’article 35 à la PNN et, partant, à l’obligation de consultation au sujet de ses préoccupations à cet égard. Cette obligation n’est pas liée à l’existence des fermes piscicoles à parcs en filet de manière générale. Et même si, dorénavant, le MPO tenait des consultations sérieuses, d’ordre général, sur l’application de la Politique concernant le RVP, relativement à l’autorisation et à la délivrance de permis de transfert d’une manière conforme à cette Politique, il pourrait encore, au bout du compte, rester d’avis que le risque pour les droits de la PNN demeure faible et qu’il n’est pas justifié de prendre des mesures d’accommodement si ce n’est pour réduire ce risque grâce à des mécanismes de contrôle réglementaires. Le ministre n’est pas obligé de conclure une entente avec la PNN, et l’obligation de consulter de bonne foi implique une réciprocité.

C. La question n° 3 : La décision de délivrer le permis de transfert à Marine Harvest est-elle raisonnable (T-744-18)?

[335] Dans le dossier T-744-18, la PNN conteste la décision qu’a prise le ministre, en vertu de l’article 56 du

of the FGRs, to issue on March 23, 2018, a Salmonid Introductions & Transfer Licence (application No. S176) to Marine Harvest. That licence authorizes Marine Harvest, subject to the listed terms and conditions, to transfer up to 1 000 000 live Atlantic salmon smolts from its Ocean Falls hatchery (Aquaculture Facility Reference No. 1689) to its Swanson Island open-net fish farm (Aquaculture Facility Reference No. 456). The licence is stated to be valid for the period March 23, 2018–June 21, 2018 (Swanson Island Transfer Licence). The basis for ‘Nāmgis’ challenge is that the Minister’s decision to issue the Swanson Island Transfer Licence fails to comply with paragraphs 56(b) and (c) of the FGRs; the Minister breached the duty to consult; and, the Minister breached the duty of procedural fairness.

[336] As a preliminary point, I note that on April 12, 2018, the Minister transmitted a supplemental CTR in T-430-18 (T-430-18 supplemental CTR”) certifying the record before the ITC and the delegate in relation to the March 23, 2018, Swanson Island Transfer Licence decision. In this matter, the Minister indicates in its written submissions that the T-430-18 supplemental CTR was not transmitted in T-744-18 because ‘Nāmgis had that record in its possession and did not make a rule 317 [of the *Federal Courts Rules*] request in T-744-18. In the result, the T-430-18 supplemental CTR is also the CTR in T-744-18.

[337] Further, there are two outstanding motions in this matter. However, for the reasons that follow, I have concluded that this application can be dealt with summarily. It is, therefore, more efficient to first respond to the application and to then address the motions.

(i) *Did the Minister breach the duty to consult?*

[338] As I have addressed above in T-430-18, the duty to consult with respect to the PRV Policy Decision arises

RPDG, de délivrer le 23 mars 2018 à Marine Harvest un permis d’introduction et de transfert de salmonidés (demande n° S176). Ce permis autorise cette entreprise, sous réserve de certaines conditions, à transférer jusqu’à un million de smolts de saumon atlantique depuis son écloserie d’Ocean Falls (numéro de référence de l’installation d’aquaculture 1689) à sa ferme piscicole à parcs en filet de l’île Swanson (numéro de référence de l’installation d’aquaculture 456). Il y est indiqué que le permis est valide pour la période du 23 mars 2018 au 21 juin 2018 (le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson). La contestation de la PNN se fonde sur trois arguments : la décision du ministre de délivrer le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson ne respecte pas les alinéas 56b) et c) du RPDG; le ministre a manqué à l’obligation de consultation; et le ministre a manqué à l’obligation d’équité procédurale.

[336] À titre préliminaire, je signale que, le 12 avril 2018, le ministre a transmis un DCT supplémentaire dans le cadre du dossier T-430-18 (le DCT supplémentaire du dossier T-430-18), soit le dossier certifié du CIT et de la déléguée relatif à la décision du 23 mars 2018 concernant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson. Dans la présente affaire, le ministre indique dans ses observations écrites que le DCT supplémentaire du dossier T-430-18 n’a pas été transmis dans le dossier T-744-18 parce que la PNN avait ce dossier en sa possession et qu’elle n’a pas présenté de demande fondée sur l’article 317 des Règles dans le dossier T-744-18. En conséquence, le DCT supplémentaire du dossier T-430-18 est aussi le DCT du dossier T-744-18.

[337] De plus, il y a dans la présente affaire deux requêtes en suspens. Cependant, j’ai conclu pour les raisons qui suivent qu’il est possible de régler la demande en question sommairement. Il est donc plus efficace de répondre tout d’abord à la demande et d’examiner ensuite les requêtes.

(i) *Le ministre a-t-il manqué à l’obligation de consultation?*

[338] Comme je l’ai déjà fait observer dans le cadre du dossier T-430-18, l’obligation de consultation à l’égard

from DFO's practice of ongoing consultations concerning aquaculture licences and management, 'Namgis' request for consultation concerning fish health arising from new science pertaining to PRV and HSMI, DFO's failure to respond to that request, and its subsequent re-consideration of the PRV Policy. However, in my view, and as I have stated above, the Minister was not required to consult with respect to every individual transfer licence. Accordingly, the duty to consult was not breached with respect to the Swanson Island Transfer Licence.

- (ii) *Was the Swanson Island transfer licence issued in contravention of section 56 of the FGRs?*

[339] As 'Namgis' arguments concerning section 56 of the FGRs largely mirror those dealt with above in T-1710-16 and T-430-18, in which I have concluded that the Minister's Interpretation of section 56 is unreasonable, and as the Swanson Island Transfer licence has expired, I need not address them further here, other than the assertion that DFO merely transplanted the impugned language of aquaculture licence condition 3.1(b)(ii) addressed in *Morton 2015*, concerning the absence of signs of clinical disease, into a new fish health attestation form. In that regard, I note that the evidence of DFO is that the attestation form has, subsequent to the issuance of the impugned Swanson Island Transfer Licence, been changed. In particular, that the aspect of the form to which 'Namgis most specifically objects, being that a party applying for a transfer licence must certify that "the stock to be moved from the source facility shows no signs of clinical disease", has been removed. In my view, given this change, there is nothing to be gained by the Court reviewing the reasonableness of the prior process.

de la décision sur la Politique concernant le RVP découle de la pratique qu'a le MPO de tenir des consultations continues au sujet des permis et des activités de gestion dans le domaine de l'aquaculture, de la demande de consultations de la PNN au sujet de la santé des poissons fondée sur l'existence de nouveaux constats scientifiques sur le RVP et l'IMSC, du défaut du MPO de répondre à cette demande, ainsi que de son réexamen ultérieur de la Politique concernant le RVP. Cependant, à mon avis, et comme je l'ai déjà mentionné, le ministre n'était pas obligé de tenir des consultations au sujet de chaque permis de transfert. C'est donc dire qu'il n'y a pas eu de manquement à l'obligation de consultation, en ce qui concerne le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson.

- (ii) *Le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson a-t-il été délivré en violation de l'article 56 du RPDG?*

[339] Étant donné que les arguments qu'invoque la PNN concernant l'article 56 du RPDG sont dans une large mesure identiques à ceux dont il a été question précédemment dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18, dans lesquels j'ai conclu que l'Interprétation du ministre relative à l'article 56 est déraisonnable, et étant donné, de plus, que le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson est expiré, il n'est pas nécessaire que j'en traite plus en détail ici, sinon pour affirmer que le MPO a simplement repris le libellé contesté de la condition 3.1b(ii) du permis d'aquaculture dont il était question dans la décision *Morton 2015*, au sujet de l'absence de signes de maladie clinique, dans un nouveau formulaire de certificat sanitaire. À cet égard, je signale qu'il ressort de la preuve présentée par le MPO que le formulaire de certification a été modifié après la délivrance du permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson, qui est contesté. L'élément du formulaire auquel s'oppose plus précisément la PNN, à savoir qu'une partie qui présente une demande de permis de transfert doit certifier que [TRADUCTION] « le stock à transférer de l'installation d'origine n'affiche aucun signe de maladie clinique », a été supprimé. À mon avis, compte tenu de ce changement, il n'est pas utile que la Cour contrôle le caractère raisonnable du processus antérieur.

(iii) *Did the Minister breach the duty of procedural fairness?*

(a) **Standard of review**

[340] Issues of procedural fairness are reviewable on the correctness standard (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43).

(b) **Analysis**

[341] Here the alleged breach of procedural fairness arises in connection with ‘Namgis’ motion for an injunction in T-430-18 seeking to prevent the issuance of the Swanson Island Transfer Licence.

[342] By way of background, when ‘Namgis originally filed its application for judicial review in T-430-18 on March 6, 2018, it challenged both the PRV Policy Decision and any decisions made by DFO or the Minister’s delegate pursuant to the Policy, to issue transfer licences under section 56 of the FGRs with respect to the Swanson Island facility. Subsequently, ‘Namgis sought to amend its notice of application, which the case management Judge permitted by order dated May 4, 2018. ‘Namgis filed an amended notice of application in T-430-18 on May 7, 2018, removing the challenge to any transfer licence issued to Swanson Island facility. On April 20, 2018, it filed its notice of application in T-744-18, challenging the March 23, 2018, Swanson Island Transfer Licence decision. In essence, ‘Namgis split its case.

[343] In support of its application in T-744-18, ‘Namgis filed an affidavit of Won Drastil, legal assistant at Gowlings WLG (Canada) LLP, affirmed on April 20, 2018 (Drastil affidavit No. 2). Included as exhibits to Drastil affidavit No. 2 are five affidavits that ‘Namgis

(iii) *Le ministre a-t-il manqué à l’obligation d’équité procédurale?*

d) **La norme de contrôle applicable**

[340] Les questions d’équité procédurale sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

e) **Analyse**

[341] En l’espèce, le manquement à l’équité procédurale reproché découle de la requête en injonction que la PNN a présentée dans le dossier T-430-18 en vue d’empêcher la délivrance du permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson.

[342] Pour situer le contexte, lorsque la PNN a initialement déposé sa demande de contrôle judiciaire dans le dossier T-430-18 le 6 mars 2018, elle contestait à la fois la décision sur la Politique concernant le RVP et toute décision prise par le MPO ou la déléguée du ministre, sur le fondement de la Politique, de délivrer des permis de transfert en vertu de l’article 56 du RPDG relativement à l’installation de l’île Swanson. Par la suite, la PNN a demandé l’autorisation de modifier son avis de demande, qui lui a été accordée par la juge chargée de la gestion de l’instance le 4 mai 2018. La PNN a déposé un avis de demande modifié dans le dossier T-430-18 le 7 mai 2018, dans lequel la contestation relative à tout permis de transfert délivré à l’installation de l’île Swanson avait été retirée. Le 20 avril 2018, elle a déposé son avis de demande dans le dossier T-744-18, contestant la décision du 23 mars 2018 relative au permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson. Essentiellement, la PNN a scindé sa cause en deux.

[343] À l’appui de la demande qu’elle a présentée dans le cadre du dossier T-744-18, la PNN a déposé un affidavit de Won Drastil, adjoint juridique au cabinet d’avocats Gowlings WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l., souscrit le 20 avril 2018 (l’affidavit n° 2 de M. Drastil). Étaient

filed in support of its injunction motion brought in T-430-18:

- Affidavit of Chief Don Svanvik affirmed on March 7, 2018 (defined above as the Svanvik affidavit);
- Affidavit of Dr. Fred Kibenge affirmed on March 6, 2018;
- Reply affidavit of Dr. Fred Kibenge affirmed on March 19, 2018 (made in response to an affidavit of Diane Morrison filed on behalf of Marine Harvest);
- Affidavit of Dr. Richard Routledge affirmed on February 27, 2018; and
- Affidavit of Dr. Martin Krkosek affirmed on March 7, 2018.

[344] Other than the Svanvik affidavit, those affidavits are not filed in the application for judicial review in T-430-18, although, as noted above, other affidavits of these persons are filed in that matter.

[345] Mr. Drastil deposes that, due to a limited ability to transmit large files electronically, ‘Namgis instructed Gowlings, its counsel, to deliver, on its behalf, submissions and evidence to the ITC in connection with ‘Namgis’ concerns about the potential impacts on its constitutionally protected Aboriginal title and rights, arising from a transfer of Atlantic salmon smolts into the Swanson Island facility. Mr. Drastil does not say when these instructions were received.

[346] Mr. Drastil also deposes that on March 22, 2018, Mr. Sean Jones, a lawyer at Gowlings, using Gowlings software, transmitted a covering letter and the above described affidavits to the Minister, and to the ITC at its email contact address found on its website (FAMITC@dfm-mpo.ca). The covering letter from Chief Svanvik, attached as Exhibit B to Drastil affidavit No. 2, is

jointly comme pièces à l’affidavit n° 2 de M. Drastil cinq affidavits que la PNN avait déposés à l’appui de sa requête en injonction présentée dans le dossier T-430-18 :

- un affidavit du chef Don Svanvik, souscrit le 7 mars 2018 (désigné ci-dessus comme étant l’affidavit du chef Svanvik);
- l’affidavit de M. Fred Kibenge, souscrit le 6 mars 2018;
- l’affidavit en réponse de M. Fred Kibenge, souscrit le 19 mars 2018 (établi en réponse à un affidavit de Diane Morrison, déposé pour le compte de Marine Harvest);
- un affidavit de M. Richard Routledge, souscrit le 27 février 2018;
- un affidavit de M. Martin Krkosek, souscrit le 7 mars 2018.

[344] Ces affidavits, sauf celui du chef Svanvik, ne sont pas déposés dans la demande de contrôle judiciaire déposée dans le dossier T-430-18, mais, comme il a été mentionné précédemment, d’autres affidavits de ces personnes sont déposés dans ce dossier.

[345] M. Drastil déclare que, en raison des difficultés que posait la transmission de gros fichiers par voie électronique, la PNN a donné instruction à ses avocats (le cabinet Gowlings) de transmettre, en son nom, des observations et des preuves au CIT portant sur ses préoccupations à l’égard des effets possibles, sur son titre et ses droits ancestraux protégés par la Constitution, d’un transfert de smolts de saumon atlantique à l’installation de l’île Swanson. M. Drastil ne dit pas quand ces instructions ont été reçues.

[346] M. Drastil déclare également que, le 22 mars 2018, M^e Sean Jones, un avocat du cabinet Gowlings, a transmis à l’aide d’un logiciel du cabinet, une lettre d’accompagnement et les affidavits susmentionnés au ministre ainsi qu’au CIT à l’adresse courriel de ce dernier, qui figure sur son site Web (FAMCIT@MPO-mpo.ca). La lettre d’accompagnement du chef Svanvik,

addressed to the Minister and copied to ITC. It states that the Crown must consult with ‘Namgis before issuing a licence under section 56 of the FGRs with respect to the Swanson Island aquaculture facility and encloses the affidavits filed in the injunction motion for the consideration of the Minister. By letter of same date, attached as Exhibit C to Drastil affidavit No. 2, Ms. Lisa Nevens, Department of Justice counsel for DFO in these judicial reviews, wrote to Mr. Jones noting that counsel for ‘Namgis had transmitted the correspondence directly to the Minister and asking that such communications, which appeared to deal squarely with the subject matter of ‘Namgis lawsuit against DFO, be directed to DFO litigation counsel.

[347] Drastil affidavit No. 2 also references and attaches, as Exhibit D, a March 30, 2018, letter from Mr. Paul Seaman, of Gowlings, responding to Ms. Nevens. The letter states that the March 22, 2018, communication was not an instance of legal counsel communicating with the ITC or the DFO. Rather, Gowlings was simply forwarding the documents, on ‘Namgis’ behalf, to the ITC in its capacity as a regulatory body and in connection with the then pending Swanson Island transfer licence decision. As to Ms. Nevens’ requests that communication to counsel for DFO be by way of email attachments, Mr. Seaman states that ‘Namgis does not have direct access to software such as that used by Gowlings to transmit the information and was simply utilizing Gowlings specialized software to ensure that the ITC had its submissions and evidence prior to the issuance of a transfer licence relating to Swanson Island.

[348] Drastil affidavit No. 2 also states that by email of April 11, 2018, counsel for DFO attached a letter from Mr. Postman, delivering the CTR in connection with the Minister’s March 23, 2018, decision to issue a transfer licence in connection with Swanson Island, attached as

jointe comme pièce B à l’affidavit n° 2 de M. Drastil, est adressée au ministre, avec copie au CIT. Elle indique que la Couronne est tenue de consulter la PNN avant de délivrer un permis en vertu de l’article 56 du RPDG à l’égard de l’installation aquacole de l’île Swanson, et y sont joints les affidavits déposés dans le cadre de la requête en injonction pour examen par le ministre. Par une lettre portant la même date, et jointe comme pièce C à l’affidavit n° 2 de M. Drastil, M^e Lisa Nevens, avocate du ministère de la Justice représentant le MPO dans le cadre des présents contrôles judiciaires, a écrit à M^e Jones pour signaler que les avocats de la PNN avaient transmis la lettre directement au ministre et pour demander que ces communications, qui semblaient porter expressément sur l’objet du recours que la PNN avait engagé contre le MPO, soient adressées aux avocats plaideurs du MPO.

[347] L’affidavit n° 2 de M. Drastil fait également mention d’une lettre datée du 30 mars 2018, de M^e Paul Seaman, du cabinet Gowlings, qui répondait à M^e Nevens, et dont copie est jointe à l’affidavit comme pièce D. La lettre indique que la communication du 22 mars 2018 n’était pas une communication entre avocats et représentants du CIT ou du MPO. Au contraire, le cabinet Gowlings transmettait simplement les documents en question, pour le compte de la PNN, au CIT en sa qualité d’organisme de réglementation et en rapport avec la décision, alors en instance, concernant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson. Quant aux demandes de M^e Nevens pour que les communications destinées aux avocats du MPO soient transmises sous forme de pièces jointes à un courriel, M^e Seaman signale que la PNN n’a pas d’accès direct à un logiciel semblable à celui dont se sert le cabinet Gowlings pour transmettre des renseignements et qu’elle avait simplement utilisé le logiciel spécialisé du cabinet pour s’assurer que le CIT ait en main ses observations et ses éléments de preuve avant la délivrance du permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson.

[348] L’affidavit n° 2 de M. Drastil indique aussi que les avocats du MPO ont joint à un courriel daté du 11 avril 2018 une lettre de M. Postman concernant la transmission du DCT relatif à la décision du 23 mars 2018 du ministre de délivrer un permis de

Exhibit E of that affidavit. Mr. Drastil states that he has reviewed the CTR but has been unable to locate within it the materials transmitted by Mr. Jones on behalf of ‘Namgis on March 22, 2018. Further, he is advised by Mr. Jones that at a case management conference held on April 12, 2018, Mr. Postman took the position that these materials did not form a part of the CTR because ‘Namgis was not a party to the decision to issue a transfer licence for the Swanson Island facility.

[349] I note here that, in fact, Exhibit E does not attach a letter from Mr. Postman. It attaches a letter from Ms. Lauren Lavigne, Regional Manager, Aquaculture Programs, DFO Pacific Region, attaching the T-430-18 supplemental CTR and certifying that it contained copies of the materials that were before the ITC and Minister’s delegate relating to the decision to issue the Swanson Island transfer licence.

[350] In its written submissions made in support of its application for judicial review in T-744-18, ‘Namgis asserts that it provided a submission “to the Minister (directly and on its own behalf; not through counsel). The Minister’s legal counsel actively acted to intercept and prevent ‘Namgis’ submission from reaching the Minister on the basis that ‘it should be directed to DOJ Litigation counsel”. ‘Namgis asserts that this “tactic” does not admit of upholding the Crown’s honour and that reconciliation cannot be achieved when decision makers are blinded to Indigenous concerns. As the Minister could not receive and consider the views of ‘Namgis, his apprehension of the duty to consult was erroneous and even minimal procedural fairness requirements were not met, thus running afoul of the correctness standard that is applicable to both the duty to consult and procedural fairness.

[351] In my view, this submission cannot succeed. ‘Namgis caused this information to be prepared

transfert pour l’installation de l’île Swanson; cette lettre est jointe comme pièce E à cet affidavit. M. Drastil indique qu’il a passé en revue le DCT, mais qu’il n’a pas pu y trouver les documents transmis par M^c Jones pour le compte de la PNN le 22 mars 2018. De plus, M^c Jones lui a indiqué qu’à l’occasion d’une conférence de gestion d’instance tenue le 12 avril 2018 M. Postman s’est dit d’avis que ces documents ne faisaient pas partie du DCT parce que la PNN n’était pas partie à la décision de délivrer un permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson.

[349] Je signale ici que, en fait, la pièce E n’est pas jointe à une lettre de M. Postman. Elle est jointe à une lettre de M^{me} Lauren Lavigne, gestionnaire régionale, Programmes d’aquaculture, Région du Pacifique du MPO, joignant le DCT supplémentaire du dossier T-430-18 et attestant que ce dernier contient des copies des documents qui ont été soumis au CIT et à la déléguée du ministre en rapport avec la décision de délivrer le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson.

[350] Dans les observations écrites qu’elle a présentées à l’appui de sa demande de contrôle judiciaire dans le dossier T-744-18, la PNN affirme qu’elle a fourni des observations [TRADUCTION] « au ministre (directement et en son propre nom et non par l’entremise d’avocats). Les avocats du ministre se sont empressés d’intercepter ce document et d’empêcher qu’il soit remis au ministre au motif qu’il devait être transmis aux avocats plaideurs du ministère de la Justice ». La PNN affirme que cette [TRADUCTION] « tactique » ne s’accorde pas avec l’honneur de la Couronne et que la réconciliation est vouée à l’échec si les décideurs ne sont pas mis au courant des préoccupations des Autochtones. Étant donné que le ministre n’avait pu recevoir et prendre en considération les observations de la PNN, il n’avait pas correctement cerné la nature de l’obligation de consultation et les exigences même minimales de l’équité procédurale n’avaient pas été remplies, de sorte qu’il ne pouvait être satisfait aux exigences de la norme de la décision correcte qui s’applique à la fois à l’obligation de consultation et à l’équité procédurale.

[351] À mon avis, cet argument ne peut être retenu. La PNN a veillé à ce que les observations susmentionnées

and submitted it in support of its injunction application brought in T-430-18. That motion was heard on March 20–21, 2018. The decision was reserved and then issued on March 23, 2018. Mr. Drastil does not depose as to the date ‘Nāmgis instructed its counsel to send the information to the Minister and ITC. However, its counsel complied on March 22, 2018, and there is no suggestion or evidence that its counsel did not send the information as soon as he was requested to do so.

[352] Both ‘Nāmgis and its counsel knew that the injunction decision was imminent. Both also knew that the application for the transfer licence had been submitted on February 27, 2018, and that a decision on the transfer was anticipated to be issued within 10 days of the application being made and, if not prohibited by the injunction decision, that it would be issued immediately thereafter. Ultimately, the injunction was denied by Justice Manson, as the balance of convenience favoured Marine Harvest. Justice Manson referenced the affidavit evidence before him of Mr. Erenst, Managing Director of Marine Harvest, as to the potential availability, at that late stage, of another site to receive the smolts then awaiting transfer to Swanson Island facility and the damages that would be associated with that possibility. Further, as to the lack of an option to prepare another site, that this would take several weeks and that the smolts were then ready and must immediately be transferred to avoid the described adverse effects. Justice Manson stated that the urgent need for a decision was largely due to ‘Nāmgis’ unexplained delay in bringing the injunction motion. In that regard, he noted that the affidavit of Chief Svanvik clearly stated that ‘Nāmgis had met with representatives of Marine Harvest on December 21, 2017, and were told that Marine Harvest planned to restock the Swanson Island facility in March or April of 2018. However, the motion for interlocutory relief was not filed until March 9, 2018, mere days before the transfer was set to begin. In that regard, Justice Manson stated as follows [at paragraphs 109 and 110]:

soient préparées et présentées à l’appui de la requête en injonction qu’elle a déposée dans le dossier T-430-18. Cette requête a été entendue les 20 et 21 mars 2018. La décision a été mise en délibéré et rendue le 23 mars 2018. M. Drastil n’indique pas dans son affidavit la date à laquelle la PNN a donné instruction à ses avocats d’envoyer les observations au ministre et au CIT. Cependant, les avocats de la PNM l’ont fait le 22 mars 2018, et rien n’indique ou ne prouve qu’ils n’ont pas transmis les observations en questions dès qu’il leur a été demandé de le faire.

[352] Tant la PNN que ses avocats savaient que la décision relative à l’injonction était imminente. Ils savaient également que la demande de permis de transfert avait été présentée le 27 février 2018, que l’on s’attendait à ce qu’une décision soit prise à cet égard dans les 10 jours suivant la date de la présentation de la demande et que, si la délivrance du permis n’était pas interdite par la décision relative à l’injonction, il serait délivré aussitôt après. Au bout du compte, le juge Manson a rejeté la requête en injonction, au motif que la prépondérance des inconvénients favorisait Marine Harvest. Il a fait mention de la preuve par affidavit de M. Erenst, directeur général de Marine Harvest, au sujet de la possibilité, à ce stade tardif, qu’un autre site accueille les smolts qui, à ce moment-là, étaient prêts à être transférés à l’installation de l’île Swanson, et des dommages associés à ce scénario. De plus, au sujet de l’impossibilité de préparer un autre site, cette preuve montrait qu’une telle mesure nécessiterait plusieurs semaines et que les smolts étaient déjà prêts et devaient être transférés immédiatement si l’on voulait éviter les effets préjudiciables décrits. Le juge Manson a affirmé que la nécessité de rendre d’urgence une décision était largement attribuable au fait que la PNN avait, de manière inexplicquée, tardé à déposer la requête en injonction. À cet égard, il a signalé que, dans son affidavit, le chef Svanvik avait clairement indiqué que des représentants de la PNN avaient rencontré des représentants de Marine Harvest le 21 décembre 2017 et qu’on leur avait dit que Marine Harvest prévoyait empoissonner l’installation de l’île Swanson en mars ou avril 2018. Cependant, la requête en redressement interlocutoire n’a été déposée que le 9 mars 2018, quelques jours à peine avant la date prévue du début du transfert. À cet égard, le juge Manson a déclaré [aux paragraphes 109 et 110] :

While I accept that there has been a distinct lack of consultation on the part of the Minister, which harms Aboriginal rights and the public interest in reconciliation, I note that Aboriginal groups should not frustrate good faith attempts at consultation (*Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73 at para 42). Marine Harvest has maintained dialogue with the Applicant throughout, except for providing certain information requested by the Applicant such as its Transfer Licence application and PRV testing methods. It was not given any warning of an impending motion for interlocutory relief. Had the motion been filed shortly after the December 21 meeting, or Marine Harvest otherwise been informed that the Applicant would seek an injunction, other options may have been available with respect to finding a home for the impugned smolts.

Given these circumstances, the balance of convenience weighs in favour of Marine Harvest and therefore the granting of an injunction would not be just and equitable in all of the circumstances.

[353] Similarly, I find that conveying the injunction evidence to the Minister and ITC on the eve of the anticipated injunction decision does not demonstrate ‘Namgis’ adherence to its side of the two-way good-faith consultation street. ‘Namgis could have requested DFO’s counsel to place the materials before the ITC as soon as they became available to it. Sending such large (approximately 1 200 pages) and substantive submission on the eve of the ITC decision ensured that the ITC could not possibly have time to consider it as the Swanson Island transfer decision had to be made immediately, as demonstrated by Justice Manson’s decision. The failure of the ITC or the Minister to consider these materials in these circumstances does not amount to either a breach of the duty to consult or a breach of any duty of procedural fairness.

(iv) *Minister’s motion to strike the notice of application*

[354] On May 24, 2018, the Minister filed a preliminary motion seeking to strike out the notice of application

Bien que je reconnaisse qu’il y a un flagrant manque de consultation de la part du ministre, ce qui porte atteinte aux droits autochtones et à l’intérêt public dans un esprit de réconciliation, je souligne que les groupes autochtones ne doivent pas entraver les tentatives de consultation de bonne foi (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, au paragraphe 42). Marine Harvest a poursuivi le dialogue avec la demanderesse durant tout le processus, à l’exception du refus de communiquer certains renseignements qu’elle avait demandés, notamment la demande de permis de transfert et les méthodes employées pour dépister le RVP. Marine Harvest n’a pas reçu d’avertissement de la requête imminente en redressement interlocutoire. Si la requête avait été déposée peu de temps après la réunion du 21 décembre ou si Marine Harvest avait autrement été informée de la demande d’injonction par la demanderesse, Marine Harvest aurait pu exercer d’autres options pour trouver un emplacement pouvant accueillir les saumoneaux.

Dans ces circonstances, la prépondérance des inconvénients favorise Marine Harvest. Donc, l’octroi d’une injonction ne serait ni juste ni équitable vu l’ensemble des circonstances.

[353] Dans le même ordre d’idées, je suis d’avis que le fait que les preuves étayant la requête en injonction aient été transmises au ministre et au CIT la veille de la décision anticipée sur la requête en injonction ne témoigne pas du souci de la PNN de s’acquitter des responsabilités qui lui incombent dans le cadre du processus réciproque de consultations de bonne foi. Elle aurait pu demander aux avocats du MPO de soumettre les documents au CIT aussitôt qu’ils ont été mis à sa disposition. Il était sûr qu’en recevant des observations aussi volumineuses (environ 1 200 pages) et substantielles la veille de la décision le CIT n’aurait pas le temps de les examiner, car il fallait que la décision concernant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson soit prise sur-le-champ, comme l’illustre la décision du juge Manson. Dans ces circonstances, le défaut du CIT ou du ministre d’examiner les documents n’est pas assimilable à un manquement à l’obligation de consultation ou à un manquement à une obligation d’équité procédurale.

(iv) *La requête du ministre en vue de faire radier l’avis de demande*

[354] Le 24 mai 2018, le ministre a déposé une requête préliminaire dans le but de faire radier l’avis de demande

filed by ‘Namgis’ in T-744-18. By order dated June 8, 2018, case management Judge dismissed the motion. Before me, the Minister, in reliance on rules 4 and 221 [of the *Federal Courts Rules*], brought a fresh motion seeking to strike out the notice of application filed by ‘Namgis’ in T-744-18 and dismissing the application for judicial review.

[355] The Minister notes that ‘Namgis’ notice of application was filed on April 20, 2018. It asserts that the Swanson Island Transfer Licence decision was not made in accordance with the legal requirements of section 56 of the FGRs. In particular, that the requirement within the attestation form that Marine Harvest certify that the fish to be transferred show no signs of clinical disease is a lower legal standard than that which is required by paragraph 56(b) of the FGRs. The notice of application also asserts that there was a breach of the duty to consult and a breach of the requirements of procedural fairness.

[356] As to the attestation form, Thomson affidavit No. 2 establishes that on May 4, 2018, DFO implemented a changed transfer process. In the result, the transfer process challenged by ‘Namgis’ no longer exists. The current process includes a new attestation form that replaces the previous form used in the impugned Swanson Island Transfer Licence decision. The new attestation form must now be completed by a licensed veterinarian, requires different information, establishes a new set of responsibilities for the veterinarian, and no longer includes the requirement, challenged by ‘Namgis’, that a party applying for a transfer licence must certify that “the stock to be moved from the source facility shows no signs of clinical disease”. Moreover, the Swanson Island Transfer Licence expired on June 21, 2018.

[357] The Minister asserts that ‘Namgis’ application should be struck out as it is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success. Here the matters raised by ‘Namgis’ are moot (the attestation form and the

ordonnance datée du 8 juin 2018, la juge chargée de la gestion de l’instance a rejeté cette requête. Devant moi, le ministre, se fondant sur les règles 4 et 221 des Règles, a déposé une nouvelle requête en vue de faire radier l’avis de demande que la PNN a déposée dans le dossier T-744-18 et de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

[355] Le ministre signale que l’avis de demande de la PNN a été déposé le 20 avril 2018. Il y est allégué que la décision concernant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson n’est pas conforme aux exigences légales de l’article 56 du RPDG. En particulier, l’exigence que comporte le formulaire de certificat sanitaire, à savoir que Marine Harvest certifie que les poissons à transférer ne présentent aucun signe de maladie clinique, est une norme juridique moins stricte que celle établie à l’alinéa 56b) du RPDG. Il est affirmé aussi dans l’avis de demande qu’il y a eu manquement à l’obligation de consultation et manquement aux exigences de l’équité procédurale.

[356] Quant au formulaire de certificat sanitaire, l’affidavit n° 2 de M. Thomson établit que, le 4 mai 2018, le MPO a mis en application un nouveau processus de transfert. Ainsi, le processus de transfert que conteste la PNN n’existe plus. Dans le processus actuel, on utilise un nouveau formulaire de certificat sanitaire, qui remplace le formulaire précédent ayant été utilisé dans le cadre du processus visé par la décision contestée concernant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson. Le nouveau formulaire de certificat sanitaire doit maintenant être rempli par un vétérinaire agréé, il exige des renseignements différents, il établit une nouvelle série de responsabilités pour le vétérinaire et il n’inclut plus l’exigence, contestée par la PNN, qu’une partie demandant un permis de transfert certifie que [TRADUCTION] « le stock à transférer de l’installation d’origine n’affiche aucun signe de maladie clinique ». Par ailleurs, le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson a expiré le 21 juin 2018.

[357] Le ministre affirme qu’il y a lieu de radier la demande de la PNN parce qu’elle est manifestement irrégulière au point de n’avoir aucune chance d’être accueillie. Les questions que soulève la PNN sont théoriques (les

Swanson Island Transfer Licence) or have been captured in T-430-18 (the duty to consult and the breach of procedural fairness).

[358] I have also reviewed ‘Namgis’ responding motion materials, which assert, amongst other things, that the new process associated with the transfer licences has been concocted and demonstrates an obvious *mea culpa*, and that the record before the delegate when the Swanson Island Transfer Licence was issued was the prior attestation form and process, thus the revised process post-dates the decision and is not relevant or admissible. Further, that the Minister is attempting to paper over the error of law arising from reliance on the attestation form that required Marine Harvest to confirm that the fish showed no clinical signs of disease, which was contrary to Justice Rennie’s findings in *Morton 2015*. Moreover, the smolts transferred pursuant to the Swanson Island Transfer Licence will remain in their pens for between 19 and 21 months. Thus, the factual substratum of the dispute remains.

[359] I have concluded that the Minister’s motion to strike is denied as, in addition to the reasons above, I am not persuaded that, overall, the application meets the test of being so clearly improper as to be bereft of any possibility of success (*JP Morgan*, at paragraph 47). That said, as my reasons in determining T-744-18 largely reflect the Minister’s submissions and because, in my view, there was no valid reason for ‘Namgis to bifurcate its case and bring a second application in T-744-18 when all of these issues could have been addressed and were originally addressed in T-430-18, the Minister’s remedy lies in costs.

questions relatives au formulaire de certificat sanitaire et au permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson) ou elles relèvent du dossier T-430-18 (l’obligation de consultation et le manquement à l’équité procédurale).

[358] J’ai également passé en revue les documents déposés par la PNN en réponse à la requête en radiation dans lesquels elle allègue notamment que le nouveau processus applicable aux permis de transfert a été fabriqué de toutes pièces et témoigne d’un *mea culpa* évident, et que le dossier que la déléguée avait en main lorsque le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson a été délivré portait sur le formulaire de certificat sanitaire antérieur et l’ancien processus, de sorte que le processus révisé date d’après la décision et n’est ni pertinent ni admissible en preuve. La PNM allègue de plus que le ministre tente de masquer l’erreur de droit qui découle du fait de s’être fondé sur le formulaire de certificat sanitaire qui obligeait Marine Harvest à confirmer que les poissons ne montraient aucun signe clinique de maladie, ce qui était contraire aux conclusions tirées par le juge Rennie dans la décision *Morton 2015*. Par ailleurs, les smolts transférés en vertu du permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson séjourneront dans leurs parcs pendant une période de 19 à 21 mois. C’est donc dire que le fondement factuel du litige demeure pertinent.

[359] J’ai conclu qu’il y a lieu de rejeter la requête en radiation du ministre parce que, outre les motifs susmentionnés, je ne suis pas convaincue que, dans l’ensemble, la demande répond au critère exigeant qu’elle soit manifestement irrégulière au point de n’avoir aucune chance d’être accueillie (*JP Morgan*, au paragraphe 47). Cela dit, comme les motifs sur lesquels repose ma décision dans le dossier T-744-18 concordent largement avec les observations du ministre et que, à mon avis, la PNN n’avait aucune raison valable de scinder sa cause en deux et de déposer une seconde demande dans le dossier T-744-18 alors que toutes les questions soulevées auraient pu être et ont été initialement tranchées dans le dossier T-430-18, il convient d’accorder réparation au ministre en lui octroyant les dépens.

(v) *Marine Harvest's motion to strike Drastil affidavit No. 2*

[360] Marine Harvest brought a preliminary motion in T-744-18 seeking an order striking out Drastil affidavit No. 2 excepting Exhibit E (being the T-430-18 supplemental CTR). By her order of June 8, 2018, case management Judge dismissed the motion without prejudice to the ability of Marine Harvest to have the impugned evidence struck at the hearing of the application for judicial review.

[361] Here Marine Harvest asserts that 'Nāmgis' delivered Drastil affidavit No. 2, with the attached affidavits described above, to the ITC on the day before the Swanson Island Transfer Licence decision was made. This improperly attacks the merits of the decision under review. The evidence shows that 'Nāmgis' is attempting to have this Court reassess the facts before the decision maker to argue that the decision is wrong. As such, the evidence is not admissible on judicial review. It also constitutes an abuse of process as it is improper for an applicant in an ongoing application for judicial review to send materials directly to a decision maker knowing that a decision is imminent and must be made urgently, and then tender the material as evidence in order to attack the decision and/or to shape the record. 'Nāmgis' conduct is particularly abusive as the decision under review was the subject of a refused injunction motion, and 'Nāmgis' now seeks to circumvent the effect of the adverse decision. To admit Drastil affidavit No. 2 would be to condone 'Nāmgis' conduct.

[362] In response, 'Nāmgis' makes various submissions, including that the impugned evidence does not go to the merits of the decision under review but properly goes to 'Nāmgis' assertion of the existence of a duty to consult and the scope of that duty. As such, it fits within the recognized procedural fairness and duty to consult exceptions to the rule against the admissibility of materials that were not on the record before the decision

(v) *La requête de Marine Harvest en vue de faire radier l'affidavit n° 2 de M. Drastil*

[360] Marine Harvest a déposé une requête préliminaire dans le dossier T-744-18 en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'affidavit n° 2 de M. Drastil, à l'exception de la pièce « E » (soit le DCT supplémentaire du dossier T-430-18). Par son ordonnance du 8 juin 2018, la juge chargée de la gestion de l'instance a rejeté la requête sous réserve de la possibilité pour Marine Harvest de faire radier les éléments de preuve contestés lors de l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[361] Marine Harvest affirme que la PNN a transmis au CIT l'affidavit n° 2 de M. Drastil, de pair avec les affidavits qui y étaient joints et qui ont été décrits plus haut, la veille du jour où la décision relative au permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson a été rendue. Ce faisant, elle contestait à tort le bien-fondé de la décision faisant l'objet du présent contrôle. Il ressort de la preuve que la PNN tente d'amener la Cour à réévaluer les faits dont était saisie la décideure pour faire établir que la décision est erronée. Cette preuve n'est donc pas admissible dans le cadre du contrôle judiciaire. Elle constitue également un abus de procédure, car un demandeur ne peut, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire en cours, faire parvenir des documents directement à un décideur en sachant qu'une décision est imminente et doit être rendue d'urgence, et présenter ensuite ces documents en preuve en vue de contester la décision ou d'orienter le dossier. La conduite de la PNN est d'autant plus abusive que la décision faisant l'objet du présent contrôle a été l'objet d'une requête en injonction qui a été rejetée, et la PNN tente maintenant de contourner l'effet de cette décision défavorable. Admettre l'affidavit n° 2 de M. Drastil reviendrait à fermer les yeux sur cette conduite.

[362] En réponse, la PNN invoque divers arguments, dont celui que la preuve contestée ne vise pas à attaquer le bien-fondé de la décision faisant l'objet du présent contrôle, mais qu'elle vise plutôt, à bon droit, à étayer son allégation portant sur l'existence d'une obligation de consultation et son étendue. Cela étant, cette preuve bénéficie des exceptions — relatives à l'équité procédurale et à l'obligation de consultation — à la règle de

maker. Further, that in its abuse of process argument, Marine Harvest does not explain why ‘*Namgis* ought to have been precluded from even attempting to make submissions or how it was seeking to circumvent the record given that Justice Manson’s decision had not been made when the materials were submitted. Nor is there a prescribed process for making submissions, and the allegation of mischief cannot stand in the absence of supporting case law or evidence.

In my view, given my reasons above, the body of Drastil affidavit No. 2 itself, the covering email letter that forms a part of Exhibits B, and Exhibits C and D are admissible solely for the purpose of establishing the facts surrounding the submission of the materials to the Minister and to the ITC, and to permit the Court to assess the allegation of a breach of procedural fairness in that regard. The remainder of Exhibit B, which comprises of the five injunction affidavits, is inadmissible as these documents were not before the delegate when she issued the Swanson Island Transfer Licence and are not otherwise admissible. Accordingly, Marine Harvest’s motion is granted in part.

D. Issue 4: Remedies

(i) *T-1710-16*

[363] In T-1710-16, Ms. Morton seeks, by way of remedy, an order declaring the PRV Policy to be unlawful; an order that the Minister shall require testing for PRV as part of applications to license the transfer of fish; an order restricting the transfer of PRV positive salmon; an order for costs; and, an order that Ms. Morton shall not be required to pay costs to the defendants in the event that the application is dismissed.

[364] As I have found that the PRV Policy Decision is not reasonable, it is appropriate to quash the June 28,

l’inadmissibilité des documents qui ne faisaient pas partie du dossier dont disposait le décideur. De plus, dans son argument portant sur l’abus de procédure, Marine Harvest n’explique pas pourquoi il aurait fallu priver la PNN de la possibilité de même tenter de présenter des observations ou de quelle façon elle cherchait à contourner le dossier, étant donné que le juge Manson n’avait pas rendu sa décision au moment où les documents ont été présentés. De plus, la présentation d’observations n’est assujettie à aucune règle particulière, et, en l’absence de jurisprudence ou d’éléments de preuve à l’appui, l’allégation de préjudice ne peut être maintenue.

À mon avis, compte tenu des motifs que j’ai énoncés précédemment, le corps de l’affidavit n° 2 de M. Drastil, la lettre d’accompagnement qui fait partie de la pièce B, ainsi que les pièces C et D ne sont admissibles que pour établir les faits entourant l’envoi des documents au ministre et au CIT, et pour permettre à la Cour d’évaluer l’allégation de manquement à l’équité procédurale à cet égard. Le reste de la pièce B, à laquelle sont joints les cinq affidavits relatifs à l’injonction, est inadmissible parce que ces documents n’avaient pas été soumis à la déléguée lorsque celle-ci a délivré le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson et ils ne sont pas par ailleurs admissibles. En conséquence, la requête de Marine Harvest est accueillie en partie.

D. La question n° 4 : Les mesures de réparation

(i) *Le dossier T-1710-16*

[363] Dans le dossier T-1710-16, M^{me} Morton sollicite, à titre de mesure de réparation, une ordonnance déclarant que la Politique concernant le RVP est illégale, une ordonnance enjoignant au ministre d’exiger la tenue de tests de dépistage du RVP dans le cadre du processus de demande de permis de transfert de poissons, une ordonnance interdisant le transfert des saumons infectés par le RVP, une ordonnance concernant les dépens, et une ordonnance déclarant qu’elle ne peut être condamner à payer les dépens des défendeurs si la demande est rejetée.

[364] Comme j’ai conclu que la décision sur la Politique concernant le RVP est déraisonnable, il y a lieu

2018 PRV Policy Decision of the delegate, which continues the PRV Policy, and to require the Minister or his delegate to take these reasons into consideration when the Policy is reconsidered. However, I do not agree that this Court should otherwise grant the requested declaratory relief. Ms. Morton submits that this relief is necessary because, without it, there is a risk that the Minister will again adopt a new, slightly modified, yet still unlawful PRV Policy, necessitating further litigation.

[365] The basis on which I have found the PRV Policy Decision to be unreasonable is that the Minister's Interpretation of section 56 of the FGRs is unreasonable, the PRV Policy Decision derogates from the precautionary principle, and fails to consider the health of wild Pacific salmon. It is not the role of this Court to make scientific findings, which, in essence, is what would be required to ground the additional declaratory relief sought by Ms. Morton.

[366] And, although the PRV Policy Decision will be quashed, because there are many aquaculture facilities now in operation that will likely require and apply for transfer licences while the PRV Policy is being reconsidered, it is appropriate to suspend my judgment for a four-month period from the date of its issue to permit DFO time to complete its outstanding risk assessment concerning PRV and HSMI, as described in Thomson affidavit No. 2, which presumably will include a comprehensive review of the current science concerning PRV and HSMI.

(ii) *T-430-18*

[367] 'N̄am̄gis seeks the following declarations:

(a) the PRV Policy is unlawful and/or unreasonable because it fails to satisfy the legal requirements associated

d'annuler la décision du 28 juin 2018 que la déléguée a rendue au sujet de la Politique concernant le RVP, qui maintient l'application de cette politique, et d'exiger que le ministre ou sa déléguée prenne les présents motifs en considération au moment de réexaminer la Politique. Cependant, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accorder l'ordonnance déclaratoire demandée. M^{me} Morton soutient que cette mesure de réparation est nécessaire parce que, sans elle, il y a un risque que le ministre adopte encore une fois une nouvelle politique concernant le RVP légèrement modifiée, mais toujours illégale, ce qui entraînerait des litiges supplémentaires.

[365] La raison pour laquelle j'ai conclu que la décision sur la Politique concernant le RVP est déraisonnable est que l'Interprétation du ministre relative à l'article 56 du RPDG est déraisonnable et que la décision sur la Politique concernant le RVP déroge au principe de précaution et omet de prendre en considération l'état de santé des saumons du Pacifique sauvages. Il n'appartient pas à notre Cour de tirer des conclusions scientifiques, ce que la Cour serait pour l'essentiel appelée à faire pour justifier le jugement déclaratoire supplémentaire que M^{me} Morton souhaite obtenir.

[366] Et bien que j'aie décidé d'annuler la décision sur la Politique concernant le RVP, il convient — parce que de nombreuses installations aquacoles actuellement exploitées auront vraisemblablement besoin d'un permis de transfert et en feront la demande pendant le réexamen de la Politique concernant le RVP — de suspendre mon jugement pour une période de quatre mois à compter de la date de son prononcé. Cela donnera du temps au MPO pour terminer l'évaluation des risques qu'il a entreprise au sujet du RVP et de l'IMSC, comme il est décrit dans l'affidavit n° 2 de M. Thomson, qui comportera vraisemblablement un examen exhaustif des données scientifiques récentes concernant ce virus et cette maladie.

(ii) *Le dossier T-430-18*

[367] La PNN sollicite les déclarations suivantes :

[TRADUCTION]

a) La Politique concernant le RVP est illégale ou déraisonnable parce qu'elle ne répond pas aux exigences légales

with s 56 of the FGRs; fails to apply the precautionary principle; fails to consider the role the decision to adopt the PRV Policy could play for ‘N̄amgis in the ongoing process of reconciliation; was made in bad faith and/or for an improper purpose; and, is based on findings of fact made in a perverse and capricious manner, or without regard to the material before DFO;

(b) Canada was required, but failed, to consult and accommodate ‘N̄amgis prior to adopting or implementing the PRV Policy;

(c) Canada’s duty to consult and accommodate ‘N̄amgis in relation to the PRV Policy is at the “high” or “deep” end of the *Haida Spectrum*;

(d) Canada is, accordingly, required to consult with ‘N̄amgis with a view to obtaining its consent in relation to the PRV Policy and, if that is not possible, to directly engage in “deep consultation” with ‘N̄amgis and to seek to significantly accommodate ‘N̄amgis Aboriginal title and rights, but failed to meet its duty in that regard;

(e) in the alternative to (d), if Canada’s duty to consult and accommodate ‘N̄amgis about the PRV Policy is at the lower end of the *Haida* spectrum, Canada nevertheless failed to discharge its duty;

(f) in adopting the PRV Policy Canada failed to consider the role the decision could play for ‘N̄amgis in its ongoing process of reconciliation between ‘N̄amgis and Canada;

(g) farmed Atlantic salmon must be tested for PRV prior to the issuance of a transfer licence by the Minister; and

(h) farmed salmon that test positive for PRV must not be authorized for transfer.

[368] ‘N̄amgis also seeks an order quashing the PRV Policy and:

(a) requiring Canada to consult with ‘N̄amgis in relation to the PRV Policy; and

associées à l’article 56 du RPDG, elle omet d’appliquer le principe de précaution, elle omet de tenir compte de l’incidence que la décision d’adopter la Politique concernant le RVP pourrait avoir sur la PNN dans le contexte du processus de réconciliation en cours, elle a été établie de mauvaise foi ou à une fin illégitime, et elle est fondée sur des conclusions de fait qui ont été tirées de manière abusive et arbitraire, ou sans tenir compte des documents soumis au MPO;

b) le Canada était tenu de consulter la PNN et de prendre des mesures d’accommodement en sa faveur avant d’adopter ou d’appliquer la Politique concernant le RVP, mais il ne l’a pas fait;

c) l’obligation de consultation et d’accommodement qu’a le Canada envers la PNN, relativement à la Politique concernant le RVP, se situe à l’extrémité « supérieure » ou « au haut » du continuum de *Haida*;

d) le Canada est donc tenu de consulter la PNN en vue d’obtenir son consentement à l’égard de la Politique concernant le RVP et, si cela se révélait impossible, d’entreprendre directement avec elle des « consultations approfondies » et de s’efforcer de tenir compte de manière sérieuse de son titre et de ses droits ancestraux, mais il ne s’est pas acquitté de son obligation à cet égard;

e) subsidiairement à l’alinéa d), si l’obligation de consultation et d’accommodement qu’a le Canada envers la PNN au sujet de la Politique concernant le RVP se situe à l’extrémité inférieure du continuum de *Haida*, le Canada ne s’est néanmoins pas acquitté de cette obligation;

f) en adoptant la Politique concernant le RVP le Canada n’a pas tenu compte de l’incidence que la décision pourrait avoir sur la PNN dans le contexte du processus de réconciliation en cours entre le Canada et la PNN;

g) les saumons atlantiques d’élevage doivent être soumis à des tests de dépistage du RVP avant que le ministre octroie un permis de transfert;

h) il est interdit de transférer des saumons d’élevage infectés par le RVP selon les tests de dépistage.

[368] La PNN sollicite en outre une ordonnance annulant la Politique concernant le RVP et :

[TRADUCTION]

a) enjoignant au Canada de consulter la PNN au sujet de la Politique concernant le RVP;

(b) directing that this Court shall retain jurisdiction to resolve issues that may arise in the course of Canada's consultation with 'N̄amgis in connection with the PRV Policy.

[369] 'N̄amgis also seeks costs.

[370] For the same reasons as in T-1710-16, I have concluded that the PRV Policy Decision is unreasonable and must be quashed. The further declarations sought by 'N̄amgis related to PRV, such as testing, are unnecessary and, in these circumstances, are not appropriate to the Court's role.

[371] I have also found that the Minister breached the duty to consult. Again, however, I do not think it necessary, or advisable, at this stage for this Court to go further and make the additional declarations 'N̄amgis seeks in this regard. DFO's evidence is that, while implementing the aquaculture licence regime, it assessed 'N̄amgis' claim, and potential adverse impacts. DFO's preliminary assessment regarding the level of consultation required concerning the then-proposed aquaculture licensing regime and related decisions was in the middle range of the *Haida* spectrum. DFO in its ongoing consultations, has also consulted within that range. Further, DFO's evidence is that it intends to revisit how it consults with First Nations with respect to fish health issues. Moreover, because I have found the PRV Policy Decision to be unreasonable, the science underlying it, and therefore the risk of adverse impact on 'N̄amgis' claimed rights, will be indirectly reassessed in the context of the reconsideration of the PRV Policy more generally.

(iii) *T-744-18*

[372] In T-744-18, 'N̄amgis seeks the following declarations:

b) déclarant que la Cour conserve sa compétence pour trancher les questions qui peuvent être soulevées au cours des consultations que mènera le Canada auprès de la PNN au sujet de la Politique concernant le RVP.

[369] La PNN sollicite également les dépens.

[370] Pour les mêmes raisons que celles qui ont été énoncées dans le dossier T-1710-16, j'ai conclu que la décision sur la Politique concernant le RVP est déraisonnable et qu'il faut l'annuler. Les autres déclarations que sollicite la PNN au sujet du RVP, comme les tests de dépistage, sont inutiles et, dans les présentes circonstances, elles ne relèvent pas de la Cour.

[371] J'ai également conclu que le ministre a manqué à l'obligation de consultation. Là encore, cependant, je ne crois pas qu'à ce stade il soit nécessaire, ou opportun, que la Cour aille plus loin et formule les déclarations supplémentaires que la PNN souhaite obtenir à cet égard. La preuve du MPO est que, pendant qu'il appliquait le régime des permis d'aquaculture, il a évalué la revendication de la PNN ainsi que les effets préjudiciables possibles. Selon l'évaluation préliminaire qu'a effectuée le MPO concernant le degré de consultation requis en ce qui concerne le régime d'octroi de permis d'aquaculture qui était proposé à ce moment-là et les décisions connexes, on se situait au centre du continuum décrit dans l'arrêt *Haida*. Au cours du processus continu de consultation, le MPO a également tenu des consultations reflétant cela. De plus, le MPO a établi qu'il entend revoir la manière dont il consulte les Premières Nations au sujet des questions relatives à la santé des poissons. Par ailleurs, comme j'ai conclu que la décision sur la Politique concernant le RVP est déraisonnable, les données scientifiques qui la sous-tendent et, partant, le risque d'effets préjudiciables sur les droits que revendique la PNN, seront indirectement réévalués dans le contexte du réexamen plus général de la Politique concernant le RVP.

(iii) *Le dossier T-744-18*

[372] Dans le dossier T-744-18, la PNN sollicite les déclarations suivantes :

[TRADUCTION]

- (a) the Swanson Island Transfer Licence is unlawful because the legal requirements of s 56 of the FGRs were not complied with, as follows:
- (i) the Minister’s statutory responsibility was not carried out in accordance with the dictates of s 56 because he improperly relied upon an “attestation form” submitted by Marine Harvest which only required that Marine Harvest itself certify that the fish “show no sign of clinical disease”;
- (ii) the requirement within in the “attestation form” that the fish to be transferred “show no sign of clinical disease” is a lower legal standard than that which is required by s 56(b); and
- (iii) in order to be able to rely on any attestation from Marine Harvest relating to the requirements of s 56(b) being met, the Minister’s regulatory responsibility minimally required him to:
- (A) provide Marine Harvest with objective standards or criteria directed to determining whether the fish to be transferred had “any diseases or disease agents which may be harmful to the protection and conservation of fish”; and
- (B) verify such criteria had been properly applied by Marine Harvest;
- (b) Canada was required, but failed, to consult and accommodate ‘Namgis prior to issuing the Transfer Licence;
- (c) Canada breached the requirements of procedural fairness and/or the honour of the Crown preventing ‘Namgis from making submissions and providing evidence to the Minister respecting the Transfer Licence;
- (d) Canada’s duty to consult and accommodate ‘Namgis in relation to the Transfer Licence lay at the “high” or “deep” end of the *Haida* spectrum;
- (e) Canada was, accordingly, required to consult with ‘Namgis with a view to obtaining its consent in relation to the Transfer Licence and, if that was not
- a) Le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson est illégal parce que les exigences légales de l’article 56 du RPDG n’ont pas été respectées du fait que :
- (i) le ministre ne s’est pas acquitté des responsabilités que lui impose la loi, de par les exigences de l’article 56, parce qu’il s’est fondé à tort sur un « formulaire de certificat sanitaire » présenté par Marine Harvest exigeant seulement que cette dernière atteste elle-même que les poissons ne « montrent aucun signe de maladie clinique »;
- (ii) l’exigence que contient le « formulaire de certificat sanitaire », à savoir que les poissons transférés ne doivent « montrer aucun signe de maladie clinique » est une norme juridique moins stricte que celle qu’exige l’alinéa 56b);
- (iii) pour pouvoir se fonder sur un certificat fourni par Marine Harvest quant au respect des exigences de l’alinéa 56b), le ministre devait, en application du Règlement, à tout le moins :
- (A) fournir à Marine Harvest des normes ou des critères objectifs sur lesquels s’appuyer pour déterminer si les poissons à transférer étaient « exempts de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces »;
- (B) vérifier si Marine Harvest avait appliqué correctement ces critères;
- b) le Canada était tenu de consulter la PNN et de prendre des mesures d’accommodement en sa faveur avant de délivrer le permis de transfert, mais il ne l’a pas fait;
- c) le Canada a manqué aux exigences de l’équité procédurale ainsi qu’à celles découlant de l’honneur de la Couronne, ce qui a empêché la PNN de présenter des observations et de fournir des éléments de preuve au ministre au sujet du permis de transfert;
- d) l’obligation de consultation et d’accommodement qu’a le Canada envers la PNN relativement au permis de transfert se situait à l’extrémité « supérieure » ou « au haut » du continuum décrit dans l’arrêt *Haida*;
- e) le Canada était donc tenu de consulter la PNN en vue d’obtenir son consentement à l’égard du permis de transfert et, si cela se révélait impossible,

possible, to directly engage in “deep consultation” with ‘Namgis and to seek to significantly accommodate ‘Namgis Aboriginal title and rights, but failed to meet its duty in this regard;

- (f) In the alternative to (e), if Canada’s duty to consult and accommodate ‘Namgis about the potential issuance of the Transfer Licence was at the lower end of the *Haida* spectrum, Canada nevertheless failed to discharge that duty; and
- (g) The Minister was required, but failed, to consider the role the decision could play for ‘Namgis in the ongoing process of reconciliation between ‘Namgis and Canada.

[373] ‘Namgis also seeks an order:

- (a) quashing the Swanson Island Transfer Licence;
- (b) requiring Canada to consult ‘Namgis in relation to the Swanson Island Transfer Licence and take such remedial steps as are necessary to remove any fish already transferred by Marine Harvest pursuant to the Transfer Licence; and
- (c) directing that this Court shall retain jurisdiction to resolve issues that may arise in the course of Canada’s consultation with ‘Namgis in connection with the Transfer Licence.

[374] ‘Namgis also seeks its costs.

[375] I have found above that it is not necessary to address ‘Namgis’ submissions on the attestation form given that I have found the PRV Policy Decision to be unreasonable and that the attestation form has subsequently been revised by DFO. Accordingly, the declaratory relief that ‘Namgis seeks above with respect to the attestation form is neither necessary nor appropriate. That said, when reconsidering the PRV Policy Decision, the Minister or his delegate must consider the findings in *Morton 2015* and the current science pertaining to the diagnosis of HSMI, which must also be reflected in any revised attestation form.

d’entreprendre directement avec elle des « consultations approfondies » et de tenir compte de manière sérieuse de son titre et de ses droits ancestraux, ce qu’il n’a pas fait;

- f) subsidiairement à l’alinéa e), si l’obligation de consultation et d’accommodement qu’a le Canada envers la PNN quant à l’éventuelle délivrance du permis de transfert se situait à l’extrémité inférieure du continuum décrit dans l’arrêt *Haida*, le Canada ne s’est néanmoins pas acquitté de cette obligation;
- g) le ministre était tenu de prendre en compte l’incidence que la décision pourrait avoir sur la PNN dans le contexte du processus de réconciliation en cours entre le Canada et la PNN, mais il ne l’a pas fait.

[373] La PNN sollicite également une ordonnance :

- a) annulant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson;
- b) enjoignant au Canada de consulter la PNN en ce qui concerne le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson et de prendre les mesures correctives qui s’imposent pour retirer tous les poissons déjà transférés par Marine Harvest en vertu du permis de transfert;
- c) déclarant que la Cour conserve sa compétence pour trancher les questions qui peuvent être soulevées au cours des consultations que mènera le Canada auprès de la PNN au sujet du permis de transfert.

[374] La PNN sollicite également les dépens.

[375] J’ai conclu précédemment qu’il n’est pas nécessaire de traiter des observations présentées par la PNN au sujet du formulaire de certification sanitaire du fait que j’ai par ailleurs conclu que la décision sur la Politique concernant le RVP est déraisonnable et que le MPO l’a par la suite modifiée. C’est donc dire que le jugement déclaratoire que la PNN sollicite au sujet du formulaire de certificat sanitaire n’est ni nécessaire ni approprié. Cela dit, au moment de réexaminer la décision sur la Politique concernant le RVP, le ministre ou sa déléguée doivent prendre en considération les conclusions tirées dans la décision *Morton 2015* ainsi que les données scientifiques récentes concernant le diagnostic de l’IMSC, lesquelles données doivent également être prises en compte dans tout formulaire de certificat sanitaire révisé.

[376] I have also found above that there was no duty to consult with respect to individual transfer licence decisions, such as the Swanson Island Transfer Licence decision. Further, that there was no breach of the duty of procedural fairness with respect to the Swanson Island Transfer Licence decision.

[377] As to ‘N̄amgis’ request for an order that the Swanson Island Transfer Licence be quashed, because that transfer licence expired on June 21, 2018, subsequent to the completion of the transfer of the smolts to Swanson Island facility that it authorized, the Court will not quash a licence that is no longer of any force or effect. Particularly as this Court has previously denied ‘N̄amgis’ request for injunctive relief with regard to that transfer licence.

[378] However, ‘N̄amgis also requests that the Court order such remedial steps as are necessary to remove the fish already transferred pursuant to that licence. In its written submissions, ‘N̄amgis asserts that orders in the nature of *mandamus* will often issue in of aid of *certiorari* in appropriate circumstances, to allow the Court to fashion an appropriate remedy, even in instances when *mandamus* is not specifically sought (*Brown*, at topic 1:3300). ‘N̄amgis sets out four reasons why it is of the view that *mandamus* is appropriate in these circumstances.

[379] The Minister submits that he is not without recourse in circumstances when a fish farm presents a serious risk to wild salmon populations and that this Court has no jurisdiction to grant the *mandamus* order as framed by ‘N̄amgis. ‘N̄amgis has not pointed to a basis to properly justify *mandamus* in this case or a positive duty on the Minister to take remedial steps to cause fish to be removed from the Swanson Island facility. The underlying legislation is permissive, not mandatory, and the Court cannot by law dictate the result of the Minister’s discretion (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.) (*Apotex*), at paragraph 45 [page 766]; *Rocky Mountain Ecosystem Coalition v. Canada (National Energy Board)*, 1999 CanLII 8615, 174 F.T.R. 17 (F.C.) (*Rocky Mountain*), at paragraph 16).

[376] J’ai également conclu précédemment que chacune des décisions d’octroyer un permis de transfert, comme celle relative au permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson, ne donne pas lieu à l’obligation de consultation. De plus, il n’y a pas eu manquement à l’obligation d’équité procédurale en ce qui concerne la décision relative à ce permis.

[377] Pour ce qui est de la demande de la PNN en vue d’obtenir une ordonnance annulant le permis de transfert pour l’installation de l’île Swanson — qui a expiré le 21 juin 2018, après le transfert des smolts à l’installation de l’île Swanson qu’il autorisait — la Cour n’annulera pas un permis qui n’est plus en vigueur, d’autant plus que notre Cour a déjà rejeté la requête en injonction de la PNN au sujet de ce permis de transfert.

[378] Toutefois, la PNN demande également que la Cour ordonne la prise des mesures correctives nécessaires pour retirer les poissons déjà transférés en vertu de ce permis. Dans ses observations écrites, la PNN affirme qu’une ordonnance de la nature d’un *mandamus* est souvent rendue au soutien d’une ordonnance de *certiorari* lorsque les circonstances s’y prêtent, de façon à ce que la Cour puisse concevoir une mesure corrective appropriée, et ce, même dans les cas où une ordonnance de *mandamus* n’est pas précisément demandée (*Brown*, à la rubrique 1:3300). La PNN énonce quatre raisons justifiant une telle ordonnance dans les circonstances de l’espèce.

[379] Le ministre fait valoir qu’il dispose de moyens pour intervenir lorsqu’une ferme piscicole présente un risque sérieux pour les populations de saumons sauvages et que notre Cour n’a pas compétence pour accorder l’ordonnance de *mandamus* demandée par la PNN. Cette dernière n’a pas invoqué de raison valable justifiant une telle ordonnance en l’espèce ni fait mention d’une obligation positive exigeant que le ministre prenne des mesures correctives pour faire en sorte que les poissons soient retirés de l’installation de l’île Swanson. Les dispositions législatives sous-jacentes sont de nature permissive, et non impérative, et la Cour, de par la loi, ne peut, dicter la façon dont le ministre doit exercer son pouvoir discrétionnaire (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742

(C.A.) (*Apotex*), au paragraphe 45 [page 766]; *Rocky Mountain Ecosystem Coalition c. Canada (Office national de l'énergie)*, 1999 CanLII 8615 (C.F.) (*Rocky Mountain*), au paragraphe 16).

[380] Marine Harvest submits that the smolts were lawfully transferred by way of the Swanson Island Transfer Licence, which has now expired, and *mandamus* does not lie to undo that which has already been done, even if in contravention of statute (*Vardy v. Scott et al.*, [1977] 1 S.C.R. 293, at page 301). Further, the writ of *mandamus* lies to compel the performance of a public duty, which a public authority refused or neglected to perform although duly called upon to do so (*Magalong v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 966, 86 Admin. L.R. (5th) 99 (*Magalong*), at paragraph 21). Here the Minister's delegate had the discretion as to whether or not to issue, or to cancel the issuance of, a licence. The Court cannot dictate the result of the Minister's discretion. In the circumstances of this matter, the *Apotex* criteria cannot be met for the reasons Marine Harvest sets out, and it submits that the relief should not be granted.

[381] On this point, I note that the eight criteria that must be met for an order to be issued granting *mandamus* are set out in *Apotex* (at pages 766–769) and can be stated as follows:

1. There must be a public legal duty to act;
2. The duty must be owed to the applicant;
3. There is a clear right to performance of that duty, in particular:
 - a. the applicant has satisfied all conditions precedent giving rise to the duty;
 - b. there was a prior demand for performance of the duty; a reasonable time to comply with

[380] Marine Harvest soutient que les smolts ont été transférés légalement en vertu du permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson, lequel permis est aujourd'hui expiré, et que le *mandamus* n'est pas le recours pour revenir sur ce qui a déjà été fait, même si cela était contraire à la loi (*Vardy c. Scott et al.*, [1977] 1 R.C.S. 293, à la page 301). De plus, le bref de *mandamus* a pour objet d'exiger l'exécution d'une obligation à caractère public lorsqu'une autorité publique refuse ou néglige de remplir cette obligation même si elle a été dûment sommée de le faire (*Magalong c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 966 (*Magalong*), au paragraphe 21). En l'espèce, la déléguée du ministre avait le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis, ou celui d'annuler sa délivrance. La Cour ne peut dicter l'issue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Dans les circonstances de l'espèce, pour les raisons que Marine Harvest invoque, il est impossible de satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Apotex*, et Marine Harvest soutient qu'il n'y a pas lieu d'accorder la mesure de réparation.

[381] À ce sujet, je relève que les huit critères auxquels il est nécessaire de satisfaire pour pouvoir rendre une ordonnance accordant un *mandamus* sont énoncés dans l'arrêt *Apotex* (aux pages 766 à 769) et ils peuvent être formulés comme suit :

1. Il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public.
2. L'obligation doit exister envers le requérant.
3. Il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation, notamment :
 - a. le requérant a rempli toutes les conditions préalables donnant naissance à cette obligation;
 - b. (i) une demande d'exécution de l'obligation a été présentée, (ii) un délai raisonnable a été

- | | |
|---|--|
| <p>the demand unless refused outright; and a subsequent refusal which can be either expressed or implied;</p> | <p>accordé pour permettre de donner suite à la demande à moins que celle-ci n'ait été rejetée sur-le-champ, et (iii) il y a eu refus ultérieur, exprès ou implicite.</p> |
| <p>4. Where the duty sought to be enforced is discretionary, the following rules apply:</p> <p>a. in exercising a discretion, the decision maker must not act in a manner which can be characterized as “unfair”, “oppressive” or demonstrate “flagrant impropriety” or “bad faith”;</p> <p>b. <i>mandamus</i> is unavailable if the decision maker’s discretion is characterized as being “unqualified”, “absolute”, “permissive” or “unfettered”;</p> <p>c. in the exercise of a “fettered” discretion, the decision maker must act upon “relevant”, as opposed to “irrelevant” considerations;</p> <p>d. <i>mandamus</i> is unavailable to compel the exercise of a “fettered discretion” in a particular way; and</p> <p>e. <i>mandamus</i> is only available when the decision maker’s discretion is “spent”, i.e., the applicant has a vested right to the performance of the duty;</p> | <p>4. Lorsque l’obligation dont on demande l’exécution forcée est discrétionnaire, les règles suivantes s’appliquent :</p> <p>a. le décideur qui exerce un pouvoir discrétionnaire ne doit pas agir d’une manière qui puisse être qualifiée d’« injuste », d’« oppressive » ou qui dénote une « irrégularité flagrante » ou la « mauvaise foi »;</p> <p>b. un <i>mandamus</i> ne peut être accordé si le pouvoir discrétionnaire du décideur est « illimité », « absolu » ou « facultatif »;</p> <p>c. le décideur qui exerce un pouvoir discrétionnaire « limité » doit agir en se fondant sur des considérations « pertinentes » par opposition à des considérations « non pertinentes »;</p> <p>d. un <i>mandamus</i> ne peut être accordé pour orienter l’exercice d’un « pouvoir discrétionnaire limité » dans un sens donné;</p> <p>e. un <i>mandamus</i> ne peut être accordé que lorsque le pouvoir discrétionnaire du décideur est « épuisé », c’est-à-dire que le requérant a un droit acquis à l’exécution de l’obligation.</p> |
| <p>5. No other adequate remedy is available to the applicant;</p> | <p>5. Le requérant n’a aucun autre recours.</p> |
| <p>6. The order sought will be of some practical value or effect;</p> | <p>6. L’ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique.</p> |
| <p>7. The Court in the exercise of its discretion finds no equitable bar to the relief sought; and</p> | <p>7. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal estime que, en <i>equity</i>, rien n’empêche d’obtenir le redressement demandé.</p> |
| <p>8. On a “balance of convenience” an order in the nature of <i>mandamus</i> should (or should not) issue.</p> | <p>8. Compte tenu de la « balance des inconvénients », une ordonnance de <i>mandamus</i> devrait (ou ne devrait pas) être rendue.</p> |

[382] *Mandamus* is a prerogative remedy, which may be granted when a person who is delegated with a public duty is in breach of that duty (*Rocky Mountain*, at paragraphs 14 and 16). Put otherwise, *mandamus* is a discretionary equitable remedy; it lies to compel the performance of a public legal duty which a public authority refuses or neglects to perform although called upon to do so (*Magalong*, at paragraph 21). Further it “is an extraordinary, discretionary remedy and it is trite law that while it will be issued to compel the performance of a legal duty, it cannot dictate the result to be reached” (*Farhadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 926, 465 F.T.R. 19, at paragraphs 28–29; *Callaghan v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2011 FCA 74, [2011] 2 F.C.R. 80, at paragraph 126). The criteria for the test for *mandamus* are cumulative and must be strictly met.

[383] ‘Nāmgis asserts that the legal duty in this case arises from section 56 of the FGRs. While I agree that section 56 limits the Minister’s discretion to issue transfer licences, I am not persuaded that it creates a duty to remove transferred fish even if the transfer licence was improperly issued. ‘Nāmgis also asserts that the Minister has a legal public duty to consult, again, however, there is no specific legal duty to remove transferred fish as a result of that duty.

[384] Moreover, removal of the transferred fish is not the only available remedy as the Minister can impose further steps, such as testing the transferred salmon for PRV or the destruction of those fish. Additionally, upon his reconsideration of his interpretation of section 56 and the PRV Policy Decision, taking into account these reasons, it is possible that the Minister will still conclude that it is appropriate to maintain the PRV Policy.

[385] And, considering Justice Manson’s refusal to grant ‘Nāmgis’ injunction motion, nor am I persuaded that the balance of convenience favours ‘Nāmgis’ request for *mandamus* in this application.

[382] Le *mandamus* est un bref de prérogative, qui peut être accordé lorsqu’une personne à qui l’on délègue une obligation à caractère public manque à cette obligation (*Rocky Mountain*, aux paragraphes 14 et 16). Autrement dit, le *mandamus* est une mesure discrétionnaire de redressement en *equity*; il permet d’exiger l’exécution d’une obligation légale à caractère public lorsqu’une autorité publique refuse ou néglige de la remplir même si elle a été dûment sommée de le faire (*Magalong*, au paragraphe 21). De plus, il s’agit d’« une mesure de réparation exceptionnelle et discrétionnaire, et il est bien établi en droit que si le bref de *mandamus* sert à ordonner l’exécution d’une obligation légale, il ne peut cependant pas dicter le résultat à atteindre » (*Farhadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 926, aux paragraphes 28 et 29; *Callaghan c. Canada (Directeur général des élections)*, 2011 CAF 74, [2011] 2 R.C.F. 80, au paragraphe 126). Les critères applicables sont de nature cumulative et ils doivent être rigoureusement respectés.

[383] La PNN affirme qu’en l’espèce, l’obligation légale découle de l’article 56 du RPDG. Je conviens que cet article restreint le pouvoir discrétionnaire qu’a le ministre de délivrer des permis de transfert, mais je ne suis pas convaincue que cela crée une obligation de retirer les poissons déjà transférés, même si le permis de transfert a été délivré à tort. La PNN affirme également que le ministre a l’obligation légale à caractère public de tenir des consultations, mais, là encore, cette obligation ne donne pas naissance à une obligation légale précise de retirer les poissons déjà transférés.

[384] Par ailleurs, le retrait des poissons transférés n’est pas la seule mesure possible, car le ministre peut imposer d’autres mesures, comme celle de soumettre les saumons transférés à des tests de dépistage du RVP ou de les éliminer. De plus, une fois qu’il aura réexaminé son interprétation de l’article 56 et la décision sur la Politique concernant le RVP, et qu’il aura pris en compte les présents motifs, il se peut que le ministre conclue quand même qu’il convient de maintenir la Politique concernant le RVP.

[385] Et, compte tenu du refus du juge Manson de faire droit à la requête en injonction de la PNN, je ne suis pas plus convaincue que la prépondérance des inconvénients favorise sa requête en bref de *mandamus* dans le cadre de la présente demande.

[386] Viewed in whole, the test for *mandamus* has not been met.

E. Issue 5: Costs

[387] At the hearing of these applications, I advised the parties that, to the extent that they deemed it necessary, they could make brief written submissions, not to exceed five pages in length, concerning costs. The parties duly made written submissions and provided books of authorities in support of same. I have reviewed and considered these submissions, however, it is not necessary to address them in depth in these reasons.

(i) *T-1710-16*

[388] The parties agree that Ms. Morton is a public interest litigant, as do I. Attached as an Appendix to Ms. Morton's submissions on costs is a cost agreement between Ms. Morton, the Minister, Marine Harvest and Cermaq. Therein it was agreed that if Ms. Morton was successful in her application, she would be entitled to costs of \$22 000, divided between each of the three respondents (\$7 333 each). The respondents' respective contributions to this figure being offset by any outstanding costs arising from interlocutory motions awarded to the respondents in any event. This agreed amount is inclusive of fees, disbursements and taxes.

[389] In his written submissions, the Minister indicates that on November 16, 2017, the Minister reached an agreement on costs with Ms. Morton regarding the November 8, 2017, order of case management Judge, determining various motions, including the Minister's motion for an order striking out portions of Ms. Morton's affidavit and her motion seeking leave to file supplementary affidavits. The Minister states that Ms. Morton agreed to pay the Minister \$500 in costs in relation to the Minister's motion to strike her affidavit and \$1 000 in relation to her motion to file supplemental affidavits, both sets of costs being payable in any event of the cause and at the conclusion of this proceeding and any appeals thereof.

[386] Dans l'ensemble, le critère relatif à l'octroi d'un bref de *mandamus* n'a pas été rempli.

E. La question n° 5 : Les dépens

[387] À l'audition des présentes demandes, j'ai informé les parties que, dans la mesure où elles le jugeaient nécessaire, elles pouvaient présenter de brèves observations écrites, d'une longueur maximale de cinq pages, à propos des dépens. Les parties ont dûment présenté des observations écrites et produit, à l'appui de ces dernières, des recueils de jurisprudence et de doctrine. J'ai passé en revue et pris en considération ces observations, mais il n'est pas nécessaire d'en traiter en détail dans les présents motifs.

(i) *Le dossier T-1710-16*

[388] Les parties conviennent, tout comme moi, que M^{me} Morton représente l'intérêt public. Jointe en tant qu'annexe aux observations de M^{me} Morton sur les dépens est une entente en matière de dépens conclue entre elle, le ministre, Marine Harvest et Cermaq. Il a été convenu dans cette entente que si M^{me} Morton avait gain de cause dans le cadre de sa demande, elle aurait droit à des dépens de 22 000 \$, répartis entre chacun des trois défendeurs (7 333 \$ chacun). Tout arriéré de dépens, découlant des requêtes interlocutoires accordées aux défendeurs indépendamment de l'issue de la cause, sera déduit des contributions respectives des défendeurs. Le montant convenu inclut les frais, les honoraires, les débours et les taxes.

[389] Dans ses observations écrites, le ministre indique que, le 16 novembre 2017, il a convenu d'une entente en matière de dépens avec M^{me} Morton au sujet de l'ordonnance du 8 novembre 2017 par laquelle la juge chargée de la gestion de l'instance a tranché diverses requêtes, dont celle du ministre visant à obtenir une ordonnance radiant des parties de l'affidavit de M^{me} Morton et la requête par laquelle cette dernière sollicitait l'autorisation de déposer des affidavits supplémentaires. Le ministre déclare que M^{me} Morton a convenu de lui payer la somme de 500 \$ en dépens, relativement à la requête du ministre visant à faire radier son affidavit et la somme de 1 000 \$ en lien avec la requête qu'elle a présentée en vue de déposer des affidavits supplémentaires, ses dépens

[390] Marine Harvest identifies no outstanding costs payable to it by Ms. Morton arising from interlocutory motions.

[391] Cermaq has attempted to file an affidavit of Ms. Jemma Louise Redmond, legal assistant, Fasken Martineau DuMoulin LLP, sworn on September 28, 2018, with exhibits “A” to “E” being correspondence concerning proposed changes by DFO to the fish transfer system including amendments to section 56 of the FGRs. In that correspondence, DFO suggests that this may render the application for judicial review moot and requests that Ms. Morton consider putting her application in abeyance pending the pre-publication of such amendments.

[392] This affidavit is not admissible. My direction permitted written representations only. Moreover, DFO did not raise or argue this issue and, in any event, the issue is moot as I have granted the application and Cermaq has agreed to contribute to the proposed lump sum cost figure of \$22,000. Cermaq also seeks a further order of costs of \$1 500 with respect to Ms. Morton’s rule 312 application seeking to file the Valenzuela affidavit. However, as I found that motion to be successful in part, I decline to award the requested further costs in favour of Cermaq in connection the Morton rule 312 motion or to offset this from the agreed costs.

[393] In conclusion, Ms. Morton is granted lump sum costs in the amount of \$22 000. as agreed by the parties, payable and offset as follows:

- (a) DFO shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, offset by \$1 500 for a total payment of \$5 833 inclusive of all fees, disbursements and taxes;

étant dans les deux cas payables, indépendamment de l’issue de la cause, à la conclusion de la présente instance et de tout appel en résultant.

[390] Marine Harvest ne fait état d’aucun arriéré de dépens que M^{me} Morton aurait à lui payer par suite des requêtes interlocutoires.

[391] Cermaq a tenté de déposer un affidavit de M^{me} Jemma Louise Redmond, adjointe juridique, au cabinet Fasken Martineau DuMoulin LLP, souscrit le 28 septembre 2018, auquel étaient jointes les pièces « A » à « E », soit des lettres concernant des changements que le MPO se proposait d’apporter au système de transfert des poissons, dont des modifications à l’article 56 du RPDG. Dans ces lettres, le MPO laisse entendre que cela pourrait rendre théorique la demande de contrôle judiciaire et il demande que M^{me} Morton songe à mettre sa demande en suspens en attendant la prépublication des modifications en question.

[392] Cet affidavit n’est pas admissible. Ma directive autorisait seulement la présentation d’observations écrites. Par ailleurs, le MPO n’a pas soulevé ou plaidé cette question et, en tout état de cause, la question est théorique étant donné que j’ai fait droit à la demande et Cermaq a convenu de contribuer au paiement des dépens forfaitaires fixés à 22 000 \$. Cermaq sollicite également une ordonnance de dépens supplémentaires de 1 500 \$, relativement à la demande présentée par M^{me} Morton en vertu de la règle 312 des Règles en vue du dépôt de l’affidavit de M^{me} Valenzuela. Cependant, comme j’ai conclu que cette requête devait être partiellement accueillie, je refuse d’accorder les dépens supplémentaires demandés en faveur de Cermaq en lien avec la requête que M^{me} Morton a présentée en vertu de la règle 312 des Règles, ou de déduire la somme demandée à ce titre des dépens convenus.

[393] En conclusion, la Cour accorde à M^{me} Morton des dépens sous la forme d’une somme globale d’un montant de 22 000 \$, comme les parties l’ont convenu, sujette aux déductions et de la manière prévues ci-après :

- a) le MPO paiera à M^{me} Morton la somme de 7 333 \$ de laquelle sera déduite la somme de 1 500 \$, soit 5 833 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes;

- (b) Marine Harvest shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, inclusive of all fees, disbursements and taxes;
- (c) Cermaq shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, inclusive of all fees, disbursements and taxes.
- (ii) *T-430-18 and T-744-18*
- (b) Marine Harvest paiera à M^{me} Morton la somme de 7 333 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes;
- (c) Cermaq paiera à M^{me} Morton la somme de 7 333 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes.
- (ii) *Les dossiers T-430-18 et T-744-18*

[394] ‘Namgis submits that it should be awarded costs in any event of the cause in T-430-18 and T-744-18 as against the Minister. Further, should the Court make a finding of bad faith or that the Minister did not follow *Morton 2015*, or both, that it should be awarded solicitor-and-client costs. Even if the Court does not make such findings, ‘Namgis submits that it should be awarded 50 percent of its actual costs plus disbursements to prosecute both applications. ‘Namgis claims that its actual costs for both applications are approximately \$1 142 685.95, plus disbursements of approximately \$203 813.68. ‘Namgis also includes a bill of costs on the basis of both Column III and V of Tariff B. Its Column III calculation for fees being \$36 423 and its Column V calculation being \$69 426, plus disbursements of \$139 632.62. The total amount claimed by ‘Namgis being \$176 055.62 under Column III, or \$209 058.62 under Column V.

[395] In his submissions, the Minister seeks party-to-party costs in accordance with Column V of Tariff B, or, alternatively, any award that the Court may deem appropriate. The basis for the proposed departure from the ordinary rule that costs are to be assessed in accordance with Column III of Tariff B being that ‘Namgis advanced speculative allegations of bad faith, leading to the unnecessary expense of having extensive expert witness evidence in T-430-18 and T-744-18. Further, ‘Namgis’ allegation of breach of procedural fairness stemmed from a simple request by counsel for the Minister to counsel for ‘Namgis to communicate with her, rather than directly with her client, while the matters were in litigation. The Minister submits that allegations of unlawfulness are improper and, in these circumstances deterrence, by way of cost consequences, is appropriate.

[394] La PNN soutient qu’elle a droit au paiement de ses dépens par le ministre indépendamment de l’issue de la cause dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. De plus, si la Cour tire une conclusion de mauvaise foi ou juge que le ministre n’a pas suivi la décision *Morton 2015*, ou les deux, il convient de lui accorder des dépens avocat-client. Elle est d’avis que, même si la Cour ne tire pas de telles conclusions, il y a lieu de lui adjuger 50 p. 100 de ses dépens réels, plus les débours liés aux deux demandes. Elle soutient que ses dépens réels, pour les deux demandes, s’élèvent à environ 1 142 685,95 \$, plus des débours d’environ 203 813,68 \$. Elle inclut un mémoire de dépens selon la colonne III et la colonne V du tarif B. Les frais et les honoraires s’élèvent à 36 423 \$ selon la colonne III, et à 69 426 \$ selon la colonne V, plus des débours de 139 632,62 \$. Le montant total que réclame la PNN est donc de 176 055,62 \$ selon la colonne III, ou de 209 058,62 \$ selon la colonne V.

[395] Dans ses observations, le ministre sollicite les dépens entre parties selon la colonne V du tarif B ou, subsidiairement, tout montant que la Cour peut juger approprié. L’écart par rapport à la règle ordinaire selon laquelle les dépens doivent être fixés conformément à la colonne III du tarif B s’explique par le fait que la PNN a formulé des allégations conjecturales de mauvaise foi, de sorte que des frais inutiles ont été engagés pour produire une abondante preuve d’expert dans le cadre des dossiers T-430-18 et T-744-18. De plus, l’allégation de manquement à l’équité procédurale de la PNN découlait d’une simple demande de la part des avocats du ministre aux avocats de la PNN pour que les communications se fassent entre avocats plutôt que directement avec leur client, pendant les procédures. Le ministre soutient que les allégations d’illégalité ont été formulées à tort et que, dans ces circonstances il convient de se servir des dépens comme mesure dissuasive.

[396] The Minister provides a bill of costs in T-430-18 claiming fees under Column III in the amount of \$27 600, or under Column V in the amount of \$49 200, plus disbursements of \$19 650.18. The total costs claimed being \$47 250.18 under Column III, or \$68 850.18 under Column V. The Minister also provides a bill of costs in T-744-18 seeking fees under Column III in the amount of \$9 750, or under Column V in the amount of \$17 400, plus disbursements of \$6 668.76. The total amount of costs claimed in that application being \$16 418.76 or \$24 068.76.

[397] Cermaq also submits that ‘*Namgis*’ brought un-substantiated claims of bad faith and improper purpose against the Minister and attempted to rely on inadmissible extrinsic evidence, including three expert affidavits that did not include evidence of bad faith. This added substantial time to the preparation required for the hearing and to the hearing itself and unreasonably complicated the proceedings. Cermaq submits that the expenses associated with the expert evidence were not justified. Cermaq submits that these circumstances support increased costs award against ‘*Namgis*’, at the upper end of Column V of Tariff B, to be assessed.

[398] Marine Harvest seeks lump sum ordinary costs in accordance with Column III of Tariff B in T-430-18 in the amount of \$70 041.32 and provides a bill of costs in that regard being fees of \$25 351.20, plus disbursements of \$44 690.12. It similarly seeks costs in T-744-18 in the amount of \$12 432 for fees, disbursements of \$819, for a total of \$13 251.

[399] I have found that ‘*Namgis*’ claim that the PRV Policy Decision is unreasonable is successful on the grounds I have set out in these reasons. However, although I have considered ‘*Namgis*’ submissions, I agree with the Minister that this is not a circumstance where solicitor-client or increased costs are warranted. The burden is on the party seeking increased costs to

[396] Le ministre présente dans le cadre du dossier T-430-18 un mémoire de frais dans lequel il réclame des frais et des honoraires selon la colonne III d’un montant de 27 600 \$, ou selon la colonne V, d’un montant de 49 200 \$, plus des débours de 19 650,18 \$. Le montant total réclamé s’élève à 47 250,18 \$ selon la colonne III ou, à 68 850,18 \$ selon la colonne V. Le ministre présente également dans le cadre du dossier T-744-18 un mémoire de frais dans lequel il sollicite des frais et des honoraires selon la colonne III d’un montant de 9 750 \$, ou, selon la colonne V, d’un montant de 17 400 \$, plus des débours de 6 668,76 \$. Le montant total des dépens réclamés dans le cadre de cette demande s’élève à 16 418,76 \$ ou à 24 068,76 \$.

[397] Cermaq soutient également que la PNN a formulé à tort des allégations de mauvaise foi injustifiées concernant le ministre et qu’elle a tenté de se fonder sur une preuve extrinsèque inadmissible, dont trois affidavits d’experts qui n’établissaient aucunement la mauvaise foi. Cela a considérablement prolongé les préparatifs en vue de l’audience et l’audience elle-même, et cela a inutilement compliqué l’instance. Elle soutient que les dépenses engagées pour présenter des preuves d’experts étaient injustifiées. Elle ajoute que ces circonstances justifient de condamner la PNN à payer des dépens majeurs, et ce, selon l’échelon supérieur de la colonne V du tarif B.

[398] Dans le dossier T-430-18, Marine Harvest sollicite les dépens habituels, sous la forme d’une somme globale, fixés selon la colonne III du tarif B à 70 041,32 \$, et elle présente un mémoire de dépens à cet égard, soit des frais et des honoraires de 25 351,20 \$, plus des débours de 44 690,12 \$. Elle sollicite également des dépens, dans le dossier T-744-18, s’élevant à 12 432 \$ au titre des frais et des honoraires, ainsi que des débours de 819 \$, soit un montant total de 13 251 \$.

[399] J’ai retenu l’allégation de la PNN au sujet du caractère déraisonnable de la décision sur la Politique concernant le RVP pour les raisons que j’ai énoncées dans les présents motifs. Cependant, bien que j’aie pris en considération les observations de la PNN, je conviens avec le ministre qu’il ne s’agit pas en l’espèce d’une situation justifiant l’octroi de dépens avocat-client ou de

demonstrate why the particular circumstances warrant an increased award (*Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25, at paragraph 13) and in my view, ‘*Namgis* has failed to do so.

[400] I also agree with the Minister that, in essence, ‘*Namgis* made unfounded allegations of unethical behaviour on the part of counsel for the Minister to ground a claim of breach of procedural fairness, which claim I have found to lack merit. I have also found that the ‘*Namgis* expert affidavits, which it submits demonstrate the Minister’s bad faith, to be inadmissible and, even if they were admissible, that they do not establish bad faith. I agree with the Minister and Cermaq that those bad faith allegations added significant procedural steps and costs to the applications. However, while this approach by ‘*Namgis* may have been ill-advised, it was open to it. That said, it is not apparent to me why ‘*Namgis* required three expert affidavits which are based on the same instructions and largely cover the same ground. Finally, I would note that, as I have observed above, the bifurcation of ‘*Namgis*’ case between T-430-18 and T-744-18 was unnecessary.

[401] Subsection 400(1) [of the Rules] states that this Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they shall be paid. Subsection 400(3) [of the Rules] sets out factors the Court may consider in exercising its discretion. Pursuant to subsection 400(4) [of the Rules], the Court may fix all or part of any costs by reference to Tariff B and may award a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs.

[402] Having considered the parties’ written submissions, ‘*Namgis*’ mixed success on the grounds it asserted, the bills of costs submitted by each of the parties, as well as the subsection 400(3) [of the Rules] factors that I consider to be applicable to this matter, I am inclined to address costs on a lump sum basis. However, I am concerned that ‘*Namgis*’ bill of costs has not been

dépens majorés. Il incombe à la partie qui sollicite des dépens majorés d’établir pourquoi les circonstances particulières de l’affaire justifient l’adjudication de dépens plus élevés (*Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25, au paragraphe 13) et, selon moi, la PNN n’y est pas parvenue.

[400] Je conviens également avec le ministre que la PNN a essentiellement formulé des allégations injustifiées de comportement contraire à l’éthique de la part des avocats du ministre pour étayer une allégation de manquement à l’équité procédurale, une allégation qui, selon moi, est dénuée de fondement. J’ai conclu également que les affidavits d’experts de la PNN, qui, soutient-elle, illustrent la mauvaise foi du ministre, sont inadmissibles et que, même s’ils étaient admissibles, ils n’établiraient pas la mauvaise foi. Je conviens avec le ministre et Cermaq que ces allégations de mauvaise foi ont donné lieu à des étapes procédurales et à des coûts importants. Cependant, même si le recours à cette approche était peut-être malavisé, il était loisible à la PNN d’emprunter cette voie. Cela dit, j’ai de la difficulté à comprendre pourquoi elle a eu besoin de trois affidavits d’experts ayant reçu le même mandat et qui traitent essentiellement des mêmes sujets. Enfin, je signale, comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, qu’il était inutile que la PNN scinde son recours entre les dossiers T-430-18 et T-744-18.

[401] Il est établi au paragraphe 400(1) des Règles que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de fixer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui les paieront. Le paragraphe 400(3) des Règles énonce les facteurs dont la Cour peut tenir compte dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Conformément au paragraphe 400(4) des Règles, la Cour peut fixer tout ou partie des dépens en fonction du tarif B et adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés.

[402] Après avoir pris en considération les observations écrites des parties, le fait que la PNN ait obtenu en partie gain de cause sur la base des motifs qu’elle invoquait, les mémoires de dépens que chacune des parties a présentés, de même que les facteurs énoncés au paragraphe 400(3) des Règles qui selon moi s’appliquent à la présente espèce, je suis encline à octroyer les dépens sous la forme

broken down into the separate applications (T-430-18 and T-744-18) and that the costs for its expert witnesses (\$71 836.43) and certain other costs (such as \$53 141 for photocopying) are not sufficiently detailed and may not be reasonable. It is also of concern that ‘Namgis has claimed costs significantly higher those of the other parties.

[403] Accordingly, I have concluded that ‘Namgis shall have its costs assessed pursuant to subsection 400(3) [of the Rules] and, in that regard, direct as follows:

- (a) All costs in T-430-18 shall be assessed in accordance with Tariff B, Column III;
- (b) The assessed costs in T-430-18 shall be payable by the Minister to ‘Namgis;
- (c) No costs shall be awarded with respect to T-744-18. For greater certainty, ‘Namgis shall separate its costs in T-430-18 and T-744-18. Only those costs incurred with respect to T-430-18 shall be assessed and awarded. ‘Namgis is not awarded costs in T-744-18.

JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that

T-1710-16

1. The application for judicial review is granted;
2. The June 28, 2018, decision of the Minister’s delegate continuing the PRV Policy is quashed. The Minister or his delegate shall reconsider the continuation of the PRV Policy taking these reasons into consideration;

d’une somme globale. Cependant, je me préoccupe du fait que dans le mémoire de dépens de la PNN les frais associés aux demandes distinctes (T-430-18 et T-744-18) n’ont pas été ventilés et que les frais relatifs à ses témoins experts (71 836,43 \$) et certains autres frais (comme le montant de 53 141 \$ pour les photocopies) ne sont pas suffisamment détaillés et peuvent être déraisonnables. Un autre point qui me préoccupe est que la PNN sollicite des dépens nettement plus élevés que ceux des autres parties.

[403] En conséquence, j’ai conclu que les dépens de la PNN seront taxés selon le paragraphe 400(3) des Règles et, à cet égard, j’ordonne ce qui suit :

- a) tous les dépens liés au dossier T-430-18 seront taxés selon la colonne III du tarif B;
- b) les dépens taxés dans le dossier T-430-18 seront payés par le ministre à la PNN;
- c) aucuns dépens ne seront adjugés à l’égard du dossier T-744-18. Pour plus de certitude, la PNN présentera séparément les dépens des dossiers T-430-18 et T-744-18. Seuls les dépens engagés en lien avec le dossier T-430-18 seront taxés et adjugés. Aucuns dépens ne sont adjugés à la PNN dans le dossier T-744-18.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

Dossier T-1710-16

1. La demande de contrôle judiciaire est accordée.
2. La décision que la déléguée du ministre a rendue le 28 juin 2018, soit le maintien de la Politique concernant le RVP, est annulée. Le ministre ou sa déléguée doivent réexaminer la décision de poursuivre l’application de la Politique concernant le RVP en tenant compte des présents motifs.

- | | | | |
|----|--|----|--|
| 3. | This judgment is suspended for four months from the date of its issue; | 3. | Le présent jugement est suspendu pour une période de quatre mois à compter de la date de son prononcé. |
| 4. | Ms. Morton shall have her costs in the amount of \$22 000, as agreed by the parties in the event of her success, payable as follows: | 4. | M ^{me} Morton a droit à des dépens d'un montant de 22 000 \$, comme en avaient convenu les parties si elle obtenait gain de cause, et ce montant est payable comme suit : |
| | (a) DFO shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, offset by \$1 500 for a total payment of \$5 833 inclusive of all fees, disbursements and taxes; | | a) le MPO paiera à M ^{me} Morton la somme de 7 333 \$, de laquelle sera déduit un montant de 1 500 \$, soit un total de 5 833 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes; |
| | (b) Marine Harvest shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, inclusive of all fees, disbursements and taxes; | | b) Marine Harvest paiera à M ^{me} Morton la somme de 7 333 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes; |
| | (c) Cermaq shall pay to Ms. Morton the sum of \$7 333, inclusive of all fees, disbursements and taxes. | | c) Cermaq paiera à M ^{me} Morton la somme de 7 333 \$, inclusion faite de tous les frais, honoraires, débours et taxes. |
| 5. | A copy of these reasons will be placed in the files of T-430-18 and T-744-18. | 5. | Une copie des présents motifs sera versée dans les dossiers T-430-18 et T-744-18. |
| | T-430-18 | | Dossier T-430-18 |
| 1. | The application for judicial review is granted; | 1. | La demande de contrôle judiciaire est accueillie. |
| 2. | The June 28, 2018, decision of the Minister's delegate continuing the PRV Policy is quashed. The Minister or his delegate shall reconsider the continuation of the PRV Policy taking these reasons into consideration; | 2. | La décision que la déléguée du ministre a rendue le 28 juin 2018, soit le maintien de la Politique concernant le RVP, est annulée. Le ministre ou sa déléguée doivent réexaminer la décision de poursuivre l'application de la Politique concernant le RVP en tenant compte des présents motifs. |
| 3. | This judgment is suspended for four months from the date of its issue; | 3. | Le présent jugement est suspendu pour une période de quatre mois à compter de la date de son prononcé. |
| 4. | The duty to consult with 'Namgis concerning the PRV Policy Decision was breached. The duty arises from the Minister's refusal, contrary to his ongoing consultation practice with respect | 4. | Il y a eu manquement à l'obligation de consulter la PNN au sujet de la décision sur la Politique concernant le RVP. Cette obligation découle du refus du ministre, contrairement à ses pratiques |

- to aquaculture licensing and management, to respond to ‘Namgis’ request for consultation concerning the PRV Policy and was breached when the Minister failed to consult with ‘Namgis’ prior to making the June 28, 2018, PRV Policy Decision;
5. ‘Namgis’ shall have its costs assessed pursuant to subsection 400(5) [of the Rules] subject to this Court’s direction that:
- (a) All costs shall be assessed in accordance with Tariff B, Column III;
- (b) The assessed costs shall be payable by the Minister to ‘Namgis’.
- (c) All costs pertaining to T-744-18 shall be excluded.
6. A copy of these reasons shall be placed in the files of T-1710-16 and T-744-18.
- T-744-18
1. The application for judicial review is dismissed;
2. There shall be no order as to costs; and
3. A copy of these reasons shall be placed in the files of T-1710-16 and T-430-18.
- actuelles en matière de consultations sur les activités de gestion et l’octroi de permis en matière d’aquaculture, de répondre à la demande de consultations de la PNN sur la Politique concernant le RVP et il y a eu manquement à cette obligation lorsque le ministre a omis de consulter la PNN avant de rendre, le 28 juin 2018, la décision sur la Politique concernant le RVP.
5. Les dépens de la PNN seront taxés conformément au paragraphe 400(5) des Règles, sous réserve de la directive de la Cour selon laquelle :
- a) tous les dépens seront taxés selon la colonne III du tarif B;
- b) les dépens taxés seront payés par le ministre à la PNN;
- c) tous les dépens relatifs au dossier T-744-18 seront exclus.
6. Une copie des présents motifs sera versée dans les dossiers T-1710-16 et T-744-18.
- Dossier T-744-18
1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune ordonnance n’est rendue quant aux dépens.
3. Une copie des présents motifs sera versée dans les dossiers T-1710-16 et T-430-18.

T-146-19
2019 FC 732

T-146-19
2019 CF 732

Samantha Whalen (*Applicant*)

Samantha Whalen (*demanderesse*)

v.

c.

Fort McMurray No. 468 First Nation (*Respondent*)

Première Nation n° 468 de Fort McMurray
(*défenderesse*)

**INDEXED AS: WHALEN v. FORT McMURRAY NO. 468
FIRST NATION**

**RÉPERTORIÉ : WHALEN C. PREMIÈRE NATION N° 468 DE
FORT McMURRAY**

Federal Court, Grammond J.—Edmonton, April 16;
Ottawa, May 24, 2019.

Cour fédérale, juge Grammond—Edmonton, 16 avril;
Ottawa, 24 mai 2019.

Aboriginal Peoples — Governance — Council powers — Judicial review of decision of respondent's Council suspending applicant as one of its members — Respondent's Council seeking to anchor decision in unwritten "custom", in by-law making provisions of Indian Act or in "inherent" power — Respondent adopting its current Customary Election Regulations in May 2014 — Applicant elected councillor in June 2018 — Soon after elected, applicant discovering that Council members, officer allegedly breaching fiduciary duties; filing action thereafter — Conflict between applicant, individuals involved escalating, culminating in blockade of respondent's premises — At meeting of respondent's Council, applicant temporarily suspended with pay via draft band council resolution (BCR) — BCR alleging in particular that applicant engaging in wrongful conduct, that she had organized, supported blockade — Disciplinary hearing to take place — Applicant arguing that respondent's Council not having power to suspend her whereas respondent arguing in particular that applicant's judicial review application premature — Whether applicant's application premature; whether respondent's Council having power to suspend applicant — Applicant's application not premature — Case warranting exception to prohibition on judicial review of interlocutory rulings — As to power to suspend councillor, Election Regulations affording Council to do so only in limited circumstances, which did not apply to this case — Council having no power to remove councillor without vote of membership — This finding sufficient to dispose of matter — Respondent's argument unwritten custom providing such power nevertheless reviewed — Alleged custom constituting unwritten addition to written electoral code — Respondent failing to discharge burden of proving facts to support it — With respect to argument impugned decision could be based on Indian Act, s. 81, which grants council of Indian bands by-law making power over range of subjects, where First Nation not subject to Indian Act,

Peuples autochtones — Gouvernance — Pouvoirs du conseil — Contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse — Le conseil de la défenderesse a cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la Loi sur les Indiens ou sur un pouvoir « inhérent » — La défenderesse a adopté son Règlement électoral coutumier actuel en mai 2014 — La demanderesse a été élue conseillère en juin 2018 — Peu après son élection, elle a découvert que certains membres du conseil et un dirigeant auraient manqué à leur obligation de fiduciaire; elle a par la suite intenté une action — Le conflit entre la demanderesse et les particuliers en cause s'est escaladé et il a culminé par l'occupation des locaux de la défenderesse — Lors d'une réunion du conseil de la défenderesse, la demanderesse a été suspendue temporairement avec solde par un projet de résolution du conseil de bande (RCB) — La RCB alléguait plus particulièrement que la demanderesse s'était livrée à un comportement fautif et qu'elle avait organisé et soutenu l'occupation — Une audience disciplinaire serait convoquée — La demanderesse a fait valoir que le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir de la suspendre, alors que la défenderesse a fait valoir plus particulièrement que la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse était prématurée — Il s'agissait de savoir si la demande de la demanderesse était prématurée et si le conseil de la défenderesse avait le pouvoir de suspendre la demanderesse — La demande de la demanderesse n'était pas prématurée — Cette affaire justifiait une exception à l'interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires — En ce qui concerne le pouvoir de suspendre un conseiller, le Règlement électoral ne confère ce pouvoir au conseil que dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquaient pas à la présente affaire — Le conseil n'a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l'ensemble des membres — Cette conclusion était suffisante pour trancher

ss. 74-80, having adopted own election laws, by-laws made under s. 81 cannot contradict or change First Nation's electoral laws since not enacted under same authority — Also, impugned decision here not by-law purported to be made under Indian Act, s. 81 — As to argument of necessity or inherent power, relevant Indigenous legal system should determine who can exercise inherent power — In elections context, Federal Court previously holding that election laws must reflect broad consensus of membership of First Nation concerned — In doing so, Federal Court determining holder of inherent power to make such laws — Thus, respondent could not invoke Council's inherent power to suspend applicant — Same considerations applying to respondent's submission of separate concept of necessity — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the respondent's Council suspending the applicant as one of its members. The respondent's Council sought to anchor its decision in an unwritten "custom", in the by-law making provisions of the *Indian Act* or in an "inherent" power. The respondent adopted its current Customary Election Regulations in May 2014 which provide that the respondent's Council is composed of a chief and two councillors. The applicant in these proceedings was elected councillor in June 2018. Soon after her election, the applicant began asking questions about the respondent's finances. The answers she obtained led her to file an action in the Alberta Court of Queen's Bench, alleging a breach by some Council members and an officer of their fiduciary duty towards the respondent. While the conflict between the applicant and the individuals involved escalated, it culminated in a blockade of the respondent's premises in 2019. The applicant's role in these events was in dispute and it was alleged that the applicant had organized and supported the blockade.

l'affaire — L'argument de la défenderesse selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir a néanmoins été examiné — La coutume alléguée constituait un ajout non écrit à un code électoral écrit — La défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière — En ce qui concerne l'argument selon lequel la décision contestée pourrait être fondée sur l'art. 81 de la Loi sur les Indiens, qui confère au conseil des bandes indiennes le pouvoir de prendre des règlements concernant une gamme de sujets, lorsqu'une Première Nation n'est pas assujettie aux art. 74 à 80 de la Loi sur les Indiens et a adopté ses propres lois électorales, les règlements administratifs pris en application de l'art. 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d'une Première Nation, puisqu'ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir — En outre, la décision contestée n'était pas un règlement censé être pris en application de l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — En ce qui concerne l'argument relatif à la nécessité ou au pouvoir inhérent, le système juridique autochtone pertinent devrait déterminer le titulaire du pouvoir inhérent — Dans le contexte des élections, la Cour fédérale a déjà conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée — Ce faisant, la Cour fédérale a déterminé qui a le pouvoir inhérent d'adopter de telles lois — La défenderesse ne pouvait donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la demanderesse — Les mêmes considérations s'appliquaient à l'égard de l'argument de la défenderesse relatif à une notion distincte de nécessité — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse. Le conseil de la défenderesse a cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* ou sur un pouvoir « inhérent ». La défenderesse a adopté en mai 2014 son Règlement électoral coutumier actuel, qui prescrit que le conseil de la défenderesse est composé d'un chef et de deux conseillers. La demanderesse dans la présente instance a été élue conseillère en juin 2018. Peu après son élection, elle a commencé à poser des questions sur les finances de la défenderesse. Les réponses qu'elle a obtenues l'ont amenée à intenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, alléguant que certains membres du conseil et un dirigeant avaient manqué à leur obligation de fiduciaire envers la défenderesse. Le conflit entre la demanderesse et les particuliers en cause s'est escaladé et il a culminé par l'occupation des locaux de la défenderesse en 2019. Le rôle de la demanderesse dans ces événements était contesté, et l'on a allégué que la demanderesse avait organisé et soutenu l'occupation.

In the meantime, at a meeting of the respondent's Council, the applicant was presented with a draft band council resolution (BCR) suspending her temporarily with pay. The BCR stated that it was made pursuant to the inherent authority, rooted in the respondent's custom, to suspend members of Council in circumstances where it is justified to ensure harmony in the community. It alleged in particular that the applicant had engaged in wrongful conduct and that she had organized and supported the blockade. The BCR then stated that the applicant was suspended with pay on an interim basis and that a disciplinary hearing would take place at a later date.

The applicant raised several arguments, in particular, that the respondent's Council did not have the power to suspend her whereas the respondent argued in particular that the applicant's judicial review application was premature since the suspension was an interim decision.

The main issues were whether the applicant's application was premature and whether the respondent's Council had the power to suspend the applicant.

Held, the application should be allowed.

The respondent's argument that the applicant's application should be dismissed because it was premature since it challenged what the respondent described as an interlocutory decision was rejected. There is a strong presumption against judicial intervention in administrative proceedings before the administrative recourses provided by legislation have been exhausted. This presumption against judicial review of interlocutory decisions is particularly relevant in the Indigenous context. The exclusion of judicial review based on the existence of an alternative adequate remedy remains discretionary. A number of features of this case warranted an exception to the prohibition on judicial review of interlocutory rulings. In particular, it was not even clear that the decision challenged could properly be said to be interlocutory. The Election Regulations do not provide for the suspension of a councillor in the circumstances of this case. Thus, it was hard to speak of judicial respect for legislative choices. The Council appeared to have dealt with the applicant on an entirely improvised basis and did not explicitly set out what the process would be except to say that a further hearing would be held. Moreover, the applicant took the position that the Council was biased and did not have the power to make the impugned decision. While raising issues of jurisdiction and bias does not lead to an automatic exception to the prematurity rule, in this case the process that was deployed was sufficiently problematic to warrant early review. Finally, giving effect to the prematurity objection in the present matter would be tantamount to insulating from review

Entre-temps, lors d'une réunion du conseil de la défenderesse, on a présenté à la demanderesse un projet de résolution du conseil de bande (RCB) la suspendant temporairement avec solde. La RCB indiquait qu'elle avait été adoptée conformément au pouvoir inhérent, enraciné dans la coutume de la défenderesse, de suspendre des membres du conseil dans des circonstances où la suspension est justifiée pour assurer l'harmonie dans la communauté. Elle alléguait plus particulièrement que la demanderesse s'était livrée à un comportement fautif et qu'elle avait organisé et soutenu l'occupation. La RCB prévoyait ensuite que la demanderesse était suspendue avec solde à titre provisoire et qu'une audience disciplinaire serait convoquée à une date ultérieure.

La demanderesse a avancé plusieurs arguments, plus particulièrement que le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir de la suspendre, alors que la défenderesse a fait valoir plus particulièrement que la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse était prématurée étant donné que la suspension était une décision provisoire.

Il s'agissait principalement de savoir si la demande de la demanderesse était prématurée et si le conseil de la défenderesse avait le pouvoir de suspendre la demanderesse.

Jugement : la demande doit être accueillie.

L'argument de la défenderesse selon lequel la demande de la demanderesse devait être rejetée parce qu'elle était prématurée, car elle remettait en question ce que la défenderesse a qualifié de décision interlocutoire, a été écarté. Il existe une forte présomption contre l'intervention judiciaire dans les procédures administratives avant l'épuisement des recours administratifs prévus par la loi. Cette présomption contre le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires est particulièrement pertinente dans le contexte autochtone. L'exclusion du contrôle judiciaire fondé sur l'existence d'un autre recours adéquat demeure discrétionnaire. Un certain nombre d'aspects de cette affaire justifiaient une exception à l'interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires. Plus particulièrement, il n'était même pas clair que la décision attaquée pouvait être considérée à juste titre comme étant interlocutoire. Le Règlement électoral ne prévoit pas la suspension d'un conseiller dans les circonstances de l'espèce. Il était donc difficile de parler de respect judiciaire de la volonté du législateur. Le conseil semblait avoir traité avec la demanderesse de manière tout à fait improvisée et il n'a pas précisé ce que serait le processus, sauf pour indiquer qu'une autre audience aurait lieu. En outre, la demanderesse a prétendu que le conseil était partial et qu'il n'avait pas le pouvoir de prendre la décision contestée. Bien que le fait de soulever des questions de compétence et de partialité ne débouche pas sur une exception automatique à la règle de la prématurité, en l'espèce, le processus mis en place était suffisamment problématique pour mériter un examen rapide. Enfin, donner suite à l'objection concernant

a category of decisions that have the potential to undermine the good governance of First Nations.

With respect to the Council's power to suspend, the applicant argued that the Election Regulations are a "complete code" and that they do not afford the Council any power to suspend a councillor outside certain very specific situations, which were not applicable here. The respondent's Council had no power, under its Election Regulations, to suspend a councillor except in limited circumstances, which did not apply to this case. There are only two instances, in the Election Regulations, where the Council may suspend a councillor: where a councillor fails to attend three Council meetings without a valid excuse and where a councillor is charged with an indictable offence. Thus, it would be unreasonable for the Council to assume the power to suspend a councillor in any other circumstance. The Election Regulations are an expression of the will of the respondent's membership to delegate certain powers to the Council but to remain responsible for the selection of Council members. Not only are councillors elected by the membership, but they can only be removed by a vote of the members. The Council has no power to remove a councillor without a vote of the membership. While the determination that the Election Regulations do not empower the Council to suspend the applicant and constitute a complete code in this regard, leaving no space for other rules, the respondent's argument that there is an unwritten custom that would provide such a power was nevertheless reviewed.

The custom alleged was not based on Indigenous political traditions in any historical sense but rather on the respondent's recent practice of democracy. The alleged custom was in effect an unwritten addition to a written electoral code. The evidence needed to prove such a custom had to be precise enough to show that there was a broad consensus as to the manner in which those rights, powers and duties were meant to be altered. However, the respondent failed to discharge its burden of proving the facts that would underpin the alleged customary rule.

The respondent's argument that the impugned decision could, in addition to inherent or customary powers, be based on section 81 of the *Indian Act*, which grants the council of Indian bands (or First Nations) a by-law making power over a range of subjects that are typically related to local governance was addressed. Where a First Nation is not subject to sections 74–80 of the *Indian Act* (which govern council elections) and has adopted its own election laws, by-laws made under section 81 cannot contradict or change a First Nation's election laws since

la prématurité dans ce cas reviendrait à soustraire à l'examen une catégorie de décisions susceptibles de nuire à la bonne gouvernance des Premières Nations.

En ce qui concerne le pouvoir de suspension du conseil, la demanderesse a fait valoir que le Règlement électoral constitue un « code complet » et qu'il ne confère au conseil aucun pouvoir de suspendre un conseiller en dehors de certaines situations très spécifiques, qui n'étaient pas applicables en l'espèce. Le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir, aux termes de son Règlement électoral, de suspendre un conseiller, sauf dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquaient pas à la présente affaire. Le Règlement électoral ne prévoit que deux cas où le conseil peut suspendre un conseiller : lorsqu'un conseiller omet d'assister à trois réunions du conseil sans motif valable et lorsqu'un conseiller est inculpé d'un acte criminel. Il serait donc déraisonnable que le conseil s'arroge le pouvoir de suspendre un conseiller dans toute autre circonstance. Le Règlement électoral est une expression de la volonté des membres de la défenderesse de déléguer certains pouvoirs au conseil, tout en demeurant responsables de la sélection des membres du conseil. Non seulement les conseillers sont-ils élus par les membres, mais ils ne peuvent être destitués que par un vote des membres. Le conseil n'a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l'ensemble des membres. Bien que la décision selon laquelle le Règlement électoral n'autorise pas le conseil à suspendre la demanderesse et constitue un code complet à cet égard, ne laissant aucune place à d'autres règles, l'argument de la défenderesse selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir a néanmoins été examiné.

La coutume alléguée ne reposait sur aucune tradition politique autochtone, d'un point de vue historique, et elle était plutôt fondée sur la pratique récente de la démocratie au sein de la défenderesse. La coutume alléguée constituait en réalité un ajout non écrit à un code électoral écrit. La preuve nécessaire pour établir une telle coutume devait être suffisamment précise pour montrer qu'il existait un large consensus sur la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs devaient être modifiés. Or, la défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière.

L'argument de la défenderesse selon lequel la décision contestée pourrait, en plus des pouvoirs inhérents ou coutumiers, être fondée sur l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, qui confère au conseil des bandes indiennes (c.-à-d. des Premières Nations) le pouvoir de prendre des règlements administratifs concernant une gamme de sujets qui sont généralement liés à la gouvernance locale, a été examiné. Lorsqu'une Première Nation n'est pas assujettie aux articles 74 à 80 de la *Loi sur les Indiens* (qui régissent les élections au conseil) et a adopté

they are not enacted pursuant to the same source of authority. First Nations election laws must be adopted by the membership or reflect the “broad consensus” of the membership. In contrast, by-laws made under section 81 do not need to be approved by a First Nation’s members, nor reflect their broad consensus. Allowing by-laws made under section 81 to do something that a First Nation’s members deliberately chose not to authorize the Council to do would upend this relationship between those two sources of authority, the membership and the Council. Moreover, the impugned decision was simply not a by-law purported to be made under section 81 of the *Indian Act*. A Council resolution or BCR is not necessarily a by-law made under section 81 and, in this case, the impugned BCR did not purport to enact a by-law.

With respect to the argument of necessity or inherent power, determining who can exercise an inherent power is a difficult issue. In principle, this should be determined by the relevant Indigenous legal system. In the elections context, the Federal Court has held that election laws must reflect the broad consensus of the membership of the First Nation concerned. In doing so, the Federal Court determined who has the inherent power to make such laws. Thus, the respondent could not invoke an inherent power of its Council to suspend the applicant. The same considerations applied to the respondent’s submission of a separate concept of necessity.

Translation of the Court’s Summary into Cree and Dené

The Federal Court is committed to being more accessible to Indigenous people when they wish to bring legal disputes for resolution by the Court. For example, many Court hearings are held directly in the Indigenous community or via webcast from a Courthouse; and where appropriate, Court procedure is adapted to make space for Indigenous protocols and legal traditions. With the release of today’s decision, the Court is also taking another step in making Court decisions more accessible – with a summary prepared and recorded in the Indigenous language of the parties. The Court thanks the language keepers who assisted with preparation of this summary in Cree and Dené.

May 24, 2019 hulta k’e – Denesiyaniłti nedhé ha K’olderé Sébastien Grammond Federal Court Denesiyaniłti kuę nedhe hots’ı t’a yatı thełtsı ęerihł’ıs hulta T-146-19:

ses propres lois électorales, les règlements administratifs pris en application de l’article 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d’une Première Nation, puisqu’ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir. Les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le « large consensus » de leurs membres. En revanche, il n’est pas nécessaire que les règlements pris en application de l’article 81 soient approuvés par les membres d’une Première Nation ou qu’ils reflètent leur large consensus. Autoriser les règlements administratifs pris en application de l’article 81 à faire quelque chose que les membres d’une Première Nation ont délibérément choisi de ne pas autoriser le conseil à faire détruirait cette relation entre ces deux sources d’autorité, à savoir l’ensemble des membres et le conseil. En outre, la décision contestée n’était tout simplement pas un règlement censé être pris en application de l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*. Une résolution du conseil ou une RCB n’est pas nécessairement un règlement administratif pris en application de l’article 81 et, dans la présente affaire, la RCB contestée ne visait pas à édicter un règlement administratif.

En ce qui concerne l’argument relatif à la nécessité ou au pouvoir inhérent, identifier le titulaire d’un pouvoir inhérent n’est pas toujours facile. En principe, la question devrait être résolue par le système juridique autochtone pertinent. Dans le contexte des élections, la Cour fédérale a conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée. Ce faisant, la Cour fédérale a déterminé qui a le pouvoir inhérent d’adopter de telles lois. La défenderesse ne pouvait donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la demanderesse. Les mêmes considérations s’appliquaient à l’égard de l’argument de la défenderesse relatif à une notion distincte de nécessité.

Traduction du sommaire de la Cour en cri et en déné

La Cour fédérale s’est engagée à devenir plus accessible aux peuples autochtones qui souhaitent présenter leurs différends à la Cour. À titre d’exemple, plusieurs audiences sont tenues directement dans les communautés autochtones ou y sont transmises par lien vidéo à partir d’une salle d’audience. Lorsque cela est approprié, la procédure de la Cour est adaptée afin de ménager un espace pour les protocoles et les traditions juridiques autochtones. La publication de la décision d’aujourd’hui, accompagnée d’un sommaire écrit et lu oralement dans les langues autochtones concernées, marque une nouvelle étape afin de rendre les décisions de la Cour plus accessibles. La Cour remercie les gardiens de la langue qui ont préparé ce sommaire en cri et en déné.

May 24, 2019 hulta k’e – Denesiyaniłti nedhé ha K’olderé Sébastien Grammond Federal Court Denesiyaniłti kuę nedhe hots’ı t’a yatı thełtsı ęerihł’ıs hulta T-146-19 : Samantha

Samantha Whalen zediri Fort McMurray No. 448 nih hudzai Denedédłhne k'oldé haralzá ghá nayałtı

ʔena Cree chu Dené yatíe ʔa t'anodher sı begha yası detł'is ʔeja

Ku Denesiyaniłtı Kuę nedhé Federal Court k'ı hotie t'a losı denedédłhne ʔedek'edı horełɁh dé ba nıt'a hoza t'oho losı Denesiyaniłtı kuę nedhé ʔası ghá nayałtı horełɁh dé. Ku zediri łat'e ʔası hats'edı sı, t'oho ʔası behayati dé ʔeja Denesiyaniłtı Kuę nedhé yısı dene nalé hıle huto t'ok'e nodhı hots'ı bo-ret'ı dene xa; ku t'oho hoza dé, Denesiyaniłtı kuę yısı dene ch'alanie huto dene ts'ı ʔası hel halddhęn ıı. ʔa dıhı t'a yatı beredı sı ʔeja, t'a Denesiyaniłtı Kuę nedhé yunadhe honátthé nadaret'eth godhé hası zediri denedédłhne hel ʔası dałtı ha ʔá, k'ani hıdı t'atthé sı dene yatıe ʔa begha yası yatı detł'is sı t'a dene beł ʔası nodher sı bá. ʔeyı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé zediri denedédłhne yatıe ʔa nuhets'edarıni marsı danıdheęn sı, Dene chu ʔena yatıe t'a zediri ʔerıhtł'is selyá sı bası.

T'a yatı nedhé holı hots'ı ʔeja yası yatı hulchú sı

January 2019 neęe k'é, Fort McMurray First Nation Denedédłhne ha k'oldé, ʔılaghé dene Samantha Whalen k'oldé hel thedá ni beredı ni. Ku t'a k'oldé hadanıdhı hu Councillor Whalen ʔeltth'ılé ʔası k'anádher ni ʔá, ku ʔılaghé due nólther hadé, nahıye ʔerıhtł'is tsamba ghetł'el bası nani dene ʔeyer ʔerıhtł'is kuę darıdél hu ʔeyı dene ts'eni ha yerıni ni.

Ku ʔeyı dene hel k'olderé ghıle ni Whalen dene t'a k'oldé ʔeltth'ıle beredı henı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé ts'ęn dene ghá nayałtı ni, t'a k'oldé bebá hoza hıle ni ʔa dene hereni ha dué ʔá henı ni.

Ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé Councillor Whalen ts'edarıni, ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé t'anadé yatı thełtı hadé, Fort McMurray First Nation denedédłhne haralzá t'at'u dene xa ʔehıgdh ʔerıhtł's nedhé bets'ı sı election code hulyé ʔa ʔedek'edı ni. ʔeyı t'a k'oldé haradı hu nuhebá hoza sı dene heredı ha t'oho losı ʔılaghe hutó ʔası due nólther dé ha bek'e detł'is gharé. Kuli, Denesiyaniłtı kuę nedhé t'a hulza hadé Councillor Whalen t'aholtsı hets'edı thełtıle ni. ʔeyı ʔa t'a k'oldé yereni ha dué ni t'a detł'is gharé hıle ni ʔá

Ku t'a k'oldé zediri yatı ʔa ʔedek'edı kot'ı ʔası holé ha nuheba hoza ʔá dadı ʔası sughua ghetł'el hadé nuhenęe k'eyaghé. ʔeyı ʔa yunı 25 neęe t'a hudher sı, ʔanı Councillors hedarıni ni. ʔeyı t'anodher sı Denesiyaniłtı Kuę Nedhé yets'erenıle zediri Denedédłhne haralzá k'ı. ʔeyı hots'ı nadene zediri ʔerıhtł'is nedhé bet'a ʔehıgdh k'enats'edé yatı ʔa ni. Ku ʔılaghé ʔedıni t'anıdheęn ʔa ʔenat'é ni. ʔeyı ʔa ʔeja Dene haralzá

Whalen zediri Fort McMurray No. 448 nih hudzai Denedédłhne k'oldé haralzá ghá nayałtı

ʔena Cree chu Dené yatíe ʔa t'anodher sı begha yası detł'is ʔeja

Ku Denesiyaniłtı Kuę nedhé Federal Court k'ı hotie t'a losı denedédłhne ʔedek'edı horełɁh dé ba nıt'a hoza t'oho losı Denesiyaniłtı kuę nedhé ʔası ghá nayałtı horełɁh dé. Ku zediri łat'e ʔası hats'edı sı, t'oho ʔası behayati dé ʔeja Denesiyaniłtı Kuę nedhé yısı dene nalé hıle huto t'ok'e nodhı hots'ı bo-ret'ı dene xa; ku t'oho hoza dé, Denesiyaniłtı kuę yısı dene ch'alanie huto dene ts'ı ʔası hel halddhęn ıı. ʔa dıhı t'a yatı beredı sı ʔeja, t'a Denesiyaniłtı Kuę nedhé yunadhe honátthé nadaret'eth godhé hası zediri denedédłhne hel ʔası dałtı ha ʔá, k'ani hıdı t'atthé sı dene yatıe ʔa begha yası yatı detł'is sı t'a dene beł ʔası nodher sı bá. ʔeyı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé zediri denedédłhne yatıe ʔa nuhets'edarıni marsı danıdheęn sı, Dene chu ʔena yatıe t'a zediri ʔerıhtł'is selyá sı bası.

T'a yatı nedhé holı hots'ı ʔeja yası yatı hulchú sı

January 2019 neęe k'é, Fort McMurray First Nation Denedédłhne ha k'oldé, ʔılaghé dene Samantha Whalen k'oldé hel thedá ni beredı ni. Ku t'a k'oldé hadanıdhı hu Councillor Whalen ʔeltth'ılé ʔası k'anádher ni ʔá, ku ʔılaghé due nólther hadé, nahıye ʔerıhtł'is tsamba ghetł'el bası nani dene ʔeyer ʔerıhtł'is kuę darıdél hu ʔeyı dene ts'eni ha yerıni ni.

Ku ʔeyı dene hel k'olderé ghıle ni Whalen dene t'a k'oldé ʔeltth'ıle beredı henı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé ts'ęn dene ghá nayałtı ni, t'a k'oldé bebá hoza hıle ni ʔa dene hereni ha dué ʔá henı ni.

Ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé Councillor Whalen ts'edarıni, ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé t'anadé yatı thełtı hadé, Fort McMurray First Nation denedédłhne haralzá t'at'u dene xa ʔehıgdh ʔerıhtł's nedhé bets'ı sı election code hulyé ʔa ʔedek'edı ni. ʔeyı t'a k'oldé haradı hu nuhebá hoza sı dene heredı ha t'oho losı ʔılaghe hutó ʔası due nólther dé ha bek'e detł'is gharé. Kuli, Denesiyaniłtı kuę nedhé t'a hulza hadé Councillor Whalen t'aholtsı hets'edı thełtıle ni. ʔeyı ʔa t'a k'oldé yereni ha dué ni t'a detł'is gharé hıle ni ʔá

Ku t'a k'oldé zediri yatı ʔa ʔedek'edı kot'ı ʔası holé ha nuheba hoza ʔá dadı ʔası sughua ghetł'el hadé nuhenęe k'eyaghé. ʔeyı ʔa yunı 25 neęe t'a hudher sı, ʔanı Councillors hedarıni ni. ʔeyı t'anodher sı Denesiyaniłtı Kuę Nedhé yets'erenıle zediri Denedédłhne haralzá k'ı. ʔeyı hots'ı nadene zediri ʔerıhtł'is nedhé bet'a ʔehıgdh k'enats'edé yatı ʔa ni. Ku ʔılaghé ʔedıni t'anıdheęn ʔa ʔenat'é ni. ʔeyı ʔa ʔeja Dene haralzá

hothhé ba hozaq hileŋ nŋ k'at'u dene herenŋ ha t'a detl'is dathédhé zerihtl'is election code yé.

Denesyanŋlŋtu kuę nedhé t'a yati theltsŋ Council t'a dene herŋŋ yati theltsŋ narŋldé sŋ chu Councillor Whalen bela tl'anahŋza sŋ.

opiniyāwēhowi-pīsim 24, 2019 – oyasiwēwin kī-pakitinikātēw anohc ohci Justice Sébastien Grammond okimāwīhk wiyasiwēwin ohci pihci file T-146-19: Samantha Whalen mawinēham Fort McMurray No. 448 nistam-iyiniwak

itwēstamākēwin ohci kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin

okimāwīhk wiyasiwēwin āhkamēyhtamwak ayiwāk ta-kwayāci nēhpēmīna isi Nēhiyaw-iyiniw kīspin akāwātamwak ta-pē-itohtatāt wiyasiwēwin mawinēhikēwinahk kiki maskawēy ihtamowin ohci wiyasiwēwinohk. tāpiskōc, mihcēt wiyasiwēwinohk kīhkihtowinahk miciminikātēw tipiskoc pihcī – nēhiyawī-māmawāyāwinohk ahpō isi webcast ohci wiyasiwēwikamihok; mīna ita katawāhk, wiyasiwēwinohk paminikēwin isi nakayāskamowin ta-tawinikihk kiki nēhiyawī-nahēyih towin mīna wiyasiwēwin nakayāskamowina. asici pakitinikēwin anohc ōma itēyih tamowin, wiyasiwēwinohk mīna otinam kīhtwām yahkohtēwin ta-osihtat isi wiyasiwēwinohk itēyih tamowina ayiwāk ta-kwayāci nēhpēmīna – asici kiskinwahikēwin osīhcikātēw mīna masinahikātēw pihcī nēhiyawī-pīkiskwēwin ohci parties. wiyasiwēwinohk nanāskomēw ōhi pīkiskwēwin kanawēyihcikēw ēkwāna ka-wīcihiwēt asici kwayācihtā win ōma kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin.

kiskinwahikēwin ohci itasiwācīkēwin

ispīhk kisē-pīsim 2019, ōki nīsōhkamākēwak ohci Fort McMurray nistam-iyiniwak pakitinēwak pēyak pimohtēstamakēwa, pimohtēstamakēw Samantha Whalen. ōki Nīsōhkamākēwak miskwēyih tamwak ēkwāna pimohtēstamakēw Whalen kī-nōcihtāw māyahkamikisiwin, asici mīna mōskipicikēwin sōniyāwī-ācimostākēwin ohci ēkwa mīna ō-wīcihiwēwin isi kipiskākēwin ohci nistam-iyiniwak ō-taskīwin.

pimohtēstamakēw Whalen mawinēhēw ōki nīsōhkamākēwak ō-tēyih tamowina nīkān okimāwīhk wiyasiwēwin ēwako ōma ohci nīsōhkamākēwak namōya ayāwak maskawisīwin ta-pakitinacik.

wiyasiwēwinohk tēpakēyīmow asici pimohtēstamakēw Whalen. wiyasiwēwinohk mīna kanawāpahtam ēkwānima Fort McMurray nistam-iyiniwak ayāwak pimipahtāwin code, ekwa mīna nīsōhkamākēwak kispēwatam ō-tēyih tamowin

hothhé ba hozaq hileŋ nŋ k'at'u dene herenŋ ha t'a detl'is dathédhé zerihtl'is election code yé.

Denesyanŋlŋtu kuę nedhé t'a yati theltsŋ Council t'a dene herŋŋ yati theltsŋ narŋldé sŋ chu Councillor Whalen bela tl'anahŋza sŋ.

opiniyāwēhowi-pīsim 24, 2019 – oyasiwēwin kī-pakitinikātēw anohc ohci Justice Sébastien Grammond okimāwīhk wiyasiwēwin ohci pihci file T-146-19: Samantha Whalen mawinēham Fort McMurray No. 448 nistam-iyiniwak

itwēstamākēwin ohci kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin

okimāwīhk wiyasiwēwin āhkamēyhtamwak ayiwāk ta-kwayāci nēhpēmīna isi Nēhiyaw-iyiniw kīspin akāwātamwak ta-pē-itohtatāt wiyasiwēwin mawinēhikēwinahk kiki maskawēy ihtamowin ohci wiyasiwēwinohk. tāpiskōc, mihcēt wiyasiwēwinohk kīhkihtowinahk miciminikātēw tipiskoc pihcī – nēhiyawī-māmawāyāwinohk ahpō isi webcast ohci wiyasiwēwikamihok; mīna ita katawāhk, wiyasiwēwinohk paminikēwin isi nakayāskamowin ta-tawinikihk kiki nēhiyawī-nahēyih towin mīna wiyasiwēwin nakayāskamowina. asici pakitinikēwin anohc ōma itēyih tamowin, wiyasiwēwinohk mīna otinam kīhtwām yahkohtēwin ta-osihtat isi wiyasiwēwinohk itēyih tamowina ayiwāk ta-kwayāci nēhpēmīna – asici kiskinwahikēwin osīhcikātēw mīna masinahikātēw pihcī nēhiyawī-pīkiskwēwin ohci parties. wiyasiwēwinohk nanāskomēw ōhi pīkiskwēwin kanawēyihcikēw ēkwāna ka-wīcihiwēt asici kwayācihtā win ōma kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin.

kiskinwahikēwin ohci itasiwācīkēwin

ispīhk kisē-pīsim 2019, ōki nīsōhkamākēwak ohci Fort McMurray nistam-iyiniwak pakitinēwak pēyak pimohtēstamakēwa, pimohtēstamakēw Samantha Whalen. ōki Nīsōhkamākēwak miskwēyih tamwak ēkwāna pimohtēstamakēw Whalen kī-nōcihtāw māyahkamikisiwin, asici mīna mōskipicikēwin sōniyāwī-ācimostākēwin ohci ēkwa mīna ō-wīcihiwēwin isi kipiskākēwin ohci nistam-iyiniwak ō-taskīwin.

pimohtēstamakēw Whalen mawinēhēw ōki nīsōhkamākēwak ō-tēyih tamowina nīkān okimāwīhk wiyasiwēwin ēwako ōma ohci nīsōhkamākēwak namōya ayāwak maskawisīwin ta-pakitinacik.

wiyasiwēwinohk tēpakēyīmow asici pimohtēstamakēw Whalen. wiyasiwēwinohk mīna kanawāpahtam ēkwānima Fort McMurray nistam-iyiniwak ayāwak pimipahtāwin code, ekwa mīna nīsōhkamākēwak kispēwatam ō-tēyih tamowin

mamisītotam isi itēyih tamowina pihcī pimipahtāwin code ēkwānima itwēmakan pimohtēstamakēwak ta-kī kētiwītsahwāw ahpō ta-kī pakitināw kīspin itōtamwak āsōnē atiht kīkway. maka, wiyasiwēwinohk miskawēwak pimohtēstamakēw Whalen namōya ēsa ēkosi kīkway kī-itotam. nīsōhkamākēwak namōya ta-kī pakitinēwak pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta-masinahikatekih ita pimipahtāwin code.

ōki nīsōhkamākēwak mīna kispēwatam ō-tēyih tamowina isi itwēwak ēkwānima kī-nīkānēyih tākwān nīstam-iyiniwak iyinihkēwin. ōki nīstam-iyiniwak itwēwak ēkwānima isphk aspin nīstanaw niyānanosāp askiy, kī-pakitinēwak nīsto pimohtēstamakēwak. wiyasiwēwinohk pītosēyih tam asici Nīstam-iyiniwak. wiyasiwēwinohk miskwēyih tamwak ēkwānima nīso ōhi pakitinikēwina kiki ēwako ohci wihcikatēw pihcī pimipahtāwin code. Kotak pakitinikēwin kī-sēhkē tēpakēyimow. tāspwāw, nīstam-iyiniwak namōya ayawak iyinihkēwin ta-pakitinacik pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta – masinahikatēkih ita pimipahtāwin code.

Wiyasiwēwinohk kīponam Nīsōhkamākēwahk ō-tasiwēwin mīna kāwi ātoskahāw pimohtēstamakēw Whalen.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, ss. 10, 12.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 74–80, 78(2), 81–85.1, 86.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Whitehead v. Pelican Lake First Nation, 2009 FC 1270, [2010] 2 C.N.L.R. 371.

APPLIED:

C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency), 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332.

CONSIDERED:

Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467; *Okemow-Clark v. Lucky Man Cree First Nation*, 2008 FC 888, [2008] 4 C.N.L.R. 81; *Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1002, 86 Admin.

mamisītotam isi itēyih tamowina pihcī pimipahtāwin code ēkwānima itwēmakan pimohtēstamakēwak ta-kī kētiwītsahwāw ahpō ta-kī pakitināw kīspin itōtamwak āsōnē atiht kīkway. maka, wiyasiwēwinohk miskawēwak pimohtēstamakēw Whalen namōya ēsa ēkosi kīkway kī-itotam. nīsōhkamākēwak namōya ta-kī pakitinēwak pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta-masinahikatekih ita pimipahtāwin code.

ōki nīsōhkamākēwak mīna kispēwatam ō-tēyih tamowina isi itwēwak ēkwānima kī-nīkānēyih tākwān nīstam-iyiniwak iyinihkēwin. ōki nīstam-iyiniwak itwēwak ēkwānima isphk aspin nīstanaw niyānanosāp askiy, kī-pakitinēwak nīsto pimohtēstamakēwak. wiyasiwēwinohk pītosēyih tam asici Nīstam-iyiniwak. wiyasiwēwinohk miskwēyih tamwak ēkwānima nīso ōhi pakitinikēwina kiki ēwako ohci wihcikatēw pihcī pimipahtāwin code. Kotak pakitinikēwin kī-sēhkē tēpakēyimow. tāspwāw, nīstam-iyiniwak namōya ayawak iyinihkēwin ta-pakitinacik pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta – masinahikatēkih ita pimipahtāwin code.

Wiyasiwēwinohk kīponam Nīsōhkamākēwahk ō-tasiwēwin mīna kāwi ātoskahāw pimohtēstamakēw Whalen.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 10, 12.
Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74–80, 78(2), 81–85.1, 86.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Whitehead c. Première Nation de Pelican Lake, 2009 CF 1270.

DÉCISION APPLIQUÉE :

C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers), 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général), 2017 CAF 241; *Pastion c. Première nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467; *Okemow-Clark c. Nation crie de Lucky Man*, 2008 CF 888; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1002; *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269;

L.R. (5th) 128; *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249; *Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation Custom Council*, 2019 FC 124; *Eikland v. Johnny*, 2010 FC 854, [2010] 4 C.N.L.R. 60; *Francis v. Mohawk Council of Kanasatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 438; *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 6, [2007] 4 F.C.R. 81; *Louie v. Louie*, 2018 FC 550; *Berens River First Nation v. Gibson-Peron*, 2015 FC 614; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band*, [2001] 2 C.N.L.R. 57, (2000), 198 F.T.R. 242 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Strickland v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160; *Sweetgrass First Nation v. Gollan*, 2006 FC 778, 55 Admin. L.R. (4th) 149; *Gadwa v. Joly*, 2018 FC 568; *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421; *Bank of Montreal v. Sasso*, 2013 FC 584, 9 C.C.E.L. (4th) 91; *Shen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Hanjra*, 2018 FC 208, 33 Admin. L.R. (6th) 34; *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383; *D'Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358; *Coutlee v. Lower Nicola Indian Band*, 2016 FCA 239; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1; *McLean v. Tallcree First Nation*, 2018 FC 962; *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, [1999] 1 C.N.L.R. 106 (F.C.T.D.); *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349; *Bruno v. Samson Cree Nation*, 2006 FCA 249, 352 N.R. 119; *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Catholique v. Band Council of Lutsel K'e First Nation*, 2005 FC 1430, 282 F.T.R. 138; *Lafferty v. Tlichio Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151; *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Lafond v. Muskeg Lake First Nation*, 2008 FC 726, [2008] 3 C.N.L.R. 150; *Laboucan v. Little Red River # 447 First Nation*, 2010 FC 722, 8 Admin. L.R. (5th) 207; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77, (1987), 15 B.C.L.R. (2d)

Alexander c. Conseil contumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River, 2019 CF 124; *Eikland c. Johnny*, 2010 CF 854; *Francis c. Conseil Mohawk de Kanasatake*, 2003 CFPI, [2003] 4 C.F. 1133; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268; *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6, [2007] 4 R.C.F. 81; *Louie c. Louie*, 2018 CF 550; *Première nation de Berens River c. Gibson-Peron*, 2015 CF 614; *Gamblin c. Bande de la Nation Crie de Norway House*, [2000] A.C.F. n° 2132 (QL) (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES :

Strickland c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160; *Première Nation de Sweetgrass c. Gollan*, 2006 CF 778; *Gadwa c. Joly*, 2018 CF 568; *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421; *Banque de Montréal c. Sasso*, 2013 CF 584; *Shen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Hanjra*, 2018 CF 208; *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383; *D'Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11; *Coutlee c. Bande indienne de Lower Nicola*, 2016 CAF 239; *Premières Nations de Cold Lake c. Noel*, 2018 CAF 72; *Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536; *McLean c. Tallcree First Nation*, 2018 CF 962; *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.); *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.); *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036; *Bruno c. Nation Crie de Samson*, 2006 CAF 249; *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1^{re} inst.); *Catholique c. Conseil de Bande de la Première Nation des Lutsel K'e*, 2005 CF 1430; *Lafferty v. Tlichio Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Lafond c. Première Nation crie du lac Muskeg*, 2008 CF 726; *Laboucan c. Nation crie de Little Red River n° 447*, 2010 CF 722; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77, (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145 (C.-B. C.A.); *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Bande indienne de St. Mary's c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1995] 3 C.F. 461 (1^{re} inst), conf. par [1996] A.C.F. n° 835 (QL)

145 (B.C.C.A.); *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, (1996), 133 D.L.R. (4th) 700; *St. Mary's Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 3 F.C. 461 (T.D.), affd (1996), 136 D.L.R. (4th) 767, (1996), 198 N.R. 394 (F.C.A.); *Laforme v. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] 4 C.N.L.R. 118, (2000), 257 N.R. 78 (F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, revd on other grounds *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Mercredi v. Fond du Lac Denesuline First Nation*, 2018 FC 1272; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R. (6th) 267.

(C.A.); *Laforme c. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] A.C.F. n° 629 (QL) (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, inf. par *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Mercredi c. Première Nation dénésuline de Fond-du-Lac*, 2018 CF 1272; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48.

AUTHORS CITED

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 2010.
 Ghislain Otis. "Elections, Traditional Governance and the Charter" in Gordon Christie, ed., *Aboriginality and Governance: A Multidisciplinary Perspective from Québec*, Penticton, B.C.: Theytus Books, 2006.
 Metallic, Naiomi. "Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later" (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.
 Webber, Jeremy. "The Grammar of Customary Law" (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

APPLICATION for judicial review of a decision of the respondent's Council suspending the applicant as one of its members. Application allowed.

APPEARANCES

Edward H. Molstad, Q.C. and *Evan C. Duffy* for applicant.
Josh Jantzi and *Anthony Mersich* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Parlee McLaws LLP, Edmonton, for applicant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Calgary, for respondent.

DOCTRINE CITÉE

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto : University of Toronto Press, 2010.
 Ghislain Otis. « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004), 49 *R.D. McGill* 393.
 Metallic, Naiomi. « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later » (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.
 Webber, Jeremy. « The Grammar of Customary Law » (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Edward H. Molstad, c.r., et *Evan C. Duffy* pour la demanderesse.
Josh Jantzi et *Anthony Mersich* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour la demanderesse.
Gowling WLG (Canada) LLP, Calgary, pour la défenderesse.

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

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

[1] GRAMMOND J.: The Council of the Fort McMurray No. 468 First Nation (FMFN) decided to suspend one of its members, Councillor Samantha Whalen. Councillor Whalen now seeks judicial review of that decision. I am allowing her application, as FMFN's Council has no power, under its Election Regulations, to suspend a councillor except in limited circumstances, which do not apply to this case.

[2] FMFN also sought to anchor its decision in an unwritten "custom", in the by-law making provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] or in an "inherent" power. I reject those arguments. FMFN's Election Regulations, which were adopted by FMFN's membership, are meant to be an exhaustive statement of the rules governing the election, removal and suspension of its leaders. FMFN did not prove a practice of suspending councillors that reflects a broad consensus of its membership and that would amount to a "custom". The other proposed sources of the alleged power cannot overturn the deliberate choice of FMFN's members not to empower their Council to suspend councillors.

I. Background and Decision Challenged

[3] FMFN adopted its current Customary Election Regulations in May 2014 (the Election Regulations). Pursuant to the Election Regulations, FMFN's Council is composed of a chief and two councillors. Ms. Whalen, the applicant in these proceedings, was elected councillor in June 2018. Mr. Ron Kreutzer Sr. is the chief and Mr. Ron Kreutzer Jr., who is Chief Kreutzer's son, is the other councillor.

[4] Soon after her election, Councillor Whalen began asking questions about FMFN's finances. What she learned, or what was kept from her, led her to file an action in the Alberta Court of Queen's Bench, alleging that Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer, and FMFN's chief

[1] LE JUGE GRAMMOND : Le conseil de la Première Nation n° 468 de Fort McMurray (PNFM) a décidé de suspendre l'une de ses membres, la conseillère Samantha Whalen. La conseillère Whalen sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision. J'accueille sa demande, parce que la PNFM n'a pas le pouvoir, aux termes de son Règlement électoral, de suspendre un conseiller, sauf dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquent pas à la présente affaire.

[2] La PNFM a également cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] ou sur un pouvoir « inhérent ». Je rejette ces arguments. Le Règlement électoral de la PNFM, qui a été adopté par ses membres, se veut un énoncé exhaustif des règles régissant l'élection, la destitution et la suspension de ses dirigeants. La PNFM n'a pas prouvé que la pratique consistant à suspendre des conseillers reflétait un large consensus parmi ses membres et que cela constituerait une « coutume ». Les autres sources proposées du prétendu pouvoir ne permettent pas de contourner le choix délibéré des membres de la PNFM de ne pas autoriser leur conseil à suspendre des conseillers.

I. Historique et décision contestée

[3] La PNFM a adopté son Règlement électoral coutumier en mai 2014 (le Règlement électoral). Conformément au Règlement électoral, le conseil de la PNFM est composé d'un chef et de deux conseillers. M^{me} Whalen, la demanderesse dans la présente instance, a été élue conseillère en juin 2018. M. Ron Kreutzer Sr. est le chef et M. Ron Kreutzer Jr., qui est le fils du chef Kreutzer, est l'autre conseiller.

[4] Peu après son élection, la conseillère Whalen a commencé à poser des questions sur les finances de la PNFM. Les informations dont elle a pris connaissance ou qu'on a refusé de lui fournir l'ont amenée à intenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta,

executive officer, Mr. Bradley Callihoo, breached their fiduciary duty towards FMFN and asking them to reimburse sums of money that they allegedly appropriated.

[5] It is not necessary to give a full account of the escalating conflict between Councillor Whalen, on the one hand, and Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer and Mr. Callihoo, on the other hand, with FMFN members supporting each side.

[6] It is enough to mention the culminating event: a blockade of the FMFN premises that took place on January 7–9, 2019. It is not disputed that the directing mind behind the blockade was Ms. Velma Whittington, who unsuccessfully ran for chief in June 2018 and whose political views are closely aligned with Councillor Whalen's. What is very much in dispute was Councillor Whalen's role in those events. Councillor Whalen says that she did not take any part in the organization of the blockade, but that she acted as a mediator, attempting to persuade the blockaders to allow for the provision of certain essential services. Chief and Councillor Kreutzer, however, have alleged that Councillor Whalen organized and supported the blockade.

[7] Thus, on January 9, 2019, FMFN obtained an interim *ex parte* injunction from Justice Mah of the Alberta Court of Queen's Bench, against a number of named individuals, including Councillor Whalen. Upon learning of the injunction, however, Councillor Whalen sought to have it set aside with respect to her, on the basis that it had been obtained on the basis of incomplete or misleading information. On January 17, 2019, Justice Mah varied his order and dismissed the application for an injunction against Councillor Whalen.

[8] In the meantime, a meeting of FMFN's council was held on January 10, 2019. At that meeting, Councillor Whalen was presented with a draft band council resolution (BCR) suspending her temporarily with pay, for reasons that I will describe later. The BCR mentioned

alléguant que le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et le chef de la direction de la PNFN, M. Bradley Callihoo, avaient manqué à leur obligation de fiduciaire et leur demandant de rembourser les sommes d'argent qu'ils s'étaient prétendument appropriées.

[5] Il n'est pas nécessaire de dresser un portrait exhaustif de l'escalade du conflit entre la conseillère Whalen, d'une part, et le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo, d'autre part, avec des membres de la PNFN qui se rangent d'un côté ou de l'autre.

[6] Il suffit de mentionner l'événement culminant : l'occupation des locaux de la PNFN qui s'est déroulée du 7 au 9 janvier 2019. Nul ne conteste que l'âme dirigeante derrière l'occupation était M^{me} Velma Whittington, qui s'est présentée sans succès pour devenir chef en juin 2018 et dont les opinions politiques sont étroitement alignées sur celles de la conseillère Whalen. C'est en revanche le rôle de la conseillère Whalen dans ces événements qui est très contesté. La conseillère Whalen dit qu'elle n'a pas pris part à l'organisation de l'occupation, mais qu'elle a agi en tant que médiatrice, en essayant de persuader les « contestataires » de permettre la fourniture de certains services essentiels. Le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer ont toutefois allégué que la conseillère Whalen avait organisé et soutenu l'occupation.

[7] Ainsi, le 9 janvier 2019, la PNFN a obtenu du juge Mah, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, une injonction provisoire *ex parte* contre un certain nombre de personnes nommées, dont la conseillère Whalen. Toutefois, après avoir pris connaissance de l'injonction, la conseillère Whalen a demandé à la faire annuler à son égard, au motif qu'elle a été obtenue sur la base de renseignements incomplets ou trompeurs. Le 17 janvier 2019, le juge Mah a modifié sa décision et rejeté la demande d'injonction à l'encontre de la conseillère Whalen.

[8] Entre temps, une réunion du conseil de la PNFN s'est tenue le 10 janvier 2019. Lors de cette réunion, on a présenté à la conseillère Whalen un projet de résolution du conseil de bande la suspendant temporairement avec solde, pour des motifs que je décrirai plus tard. La

that a further hearing would take place on January 25, 2019. A discussion ensued, in which Councillor Whalen tried to refute certain allegations made in the BCR and asked for details with respect to others. Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer and Mr. Callihoo did not answer her questions and insisted that she would learn about the allegations on January 25. Councillor Whalen then left the meeting. The BCR was then signed by Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer. It should also be noted that the agenda that was circulated to Councillor Whalen did not mention anything that would alert her to the fact that her suspension was contemplated.

[9] The BCR states that it is made pursuant to “the inherent authority, rooted in FMFN custom, to suspend members of Council in circumstances where it is justified to ensure harmony in the community”. It alleges that Councillor Whalen engaged in “wrongful conduct”, including the disclosure of bonuses of FMFN employees and other sensitive personal information, “holding herself out as speaking on behalf of Chief and Council”, harassing FMFN staff and interfering with their tasks, and, “most recently and most seriously”, organizing and lending support to the blockade. The BCR then provides that Councillor Whalen is suspended with pay on an interim basis and that a disciplinary hearing would be convened no later than January 25, 2019.

[10] Councillor Whalen initiated this application for judicial review on January 21, 2019. While she initially sought interim relief, a prothonotary ordered instead that this application be heard on an expedited basis.

II. Issues and Parties’ Positions

[11] Councillor Whalen raises three main arguments in support of her application. First, she argues that FMFN’s Council did not have the power to suspend her. Second,

résolution du conseil de bande indiquait qu’une autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Une discussion s’ensuivit, au cours de laquelle la conseillère Whalen a tenté de réfuter certaines allégations formulées dans la résolution du conseil de bande et a demandé des précisions sur d’autres. Le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo n’ont pas répondu à ses questions et ont insisté sur le fait qu’elle en apprendrait davantage sur les allégations le 25 janvier. La conseillère Whalen a alors quitté la réunion. La résolution du conseil de bande a ensuite été signée par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer. Il convient également de noter que l’ordre du jour qui a été envoyé à la conseillère Whalen ne mentionnait rien qui l’aurait avertie du fait que sa suspension était envisagée.

[9] La résolution du conseil de bande indique qu’elle a été adoptée conformément au [TRADUCTION] « pouvoir inhérent, enraciné dans la coutume de la PNFM, de suspendre des membres du conseil dans des circonstances où la suspension est justifiée pour assurer l’harmonie dans la communauté ». Elle allègue que la conseillère Whalen s’est livrée à un [TRADUCTION] « comportement fautif », notamment la divulgation des primes des employés de la PNFM et d’autres renseignements personnels de nature délicate, [TRADUCTION] « en se présentant comme porte-parole du chef et du conseil », en harcelant le personnel de la PNFM et en s’ingérant dans ses tâches et, [TRADUCTION] « plus récemment et plus sérieusement », en organisant et en soutenant l’occupation. La résolution du conseil de bande prévoit ensuite que la conseillère Whalen est suspendue avec solde à titre provisoire et qu’une audience disciplinaire serait convoquée au plus tard le 25 janvier 2019.

[10] La conseillère Whalen a déposé la présente demande de contrôle judiciaire le 21 janvier 2019. Bien qu’elle ait initialement demandé une ordonnance provisoire, une protonotaire a ordonné que la demande soit entendue de manière accélérée.

II. Questions en litige et positions des parties

[11] La conseillère Whalen avance trois arguments principaux à l’appui de sa demande. Premièrement, elle soutient que le conseil de la PNFM n’avait pas le pouvoir

she complains that the process leading to the adoption of the January 10, 2019 BCR was unfair. Third, she asserts that the decision to suspend her was unreasonable in light of the evidence that was or should have been considered by the Council.

[12] On its part, FMFN argues that Councillor Whalen's application is premature. It says that the suspension was an interim decision that this Court should not review. Instead, Councillor Whalen should have waited for the definitive decision that the Council was supposed to make on January 25, 2019. FMFN also asserts that it has the power to suspend a councillor, that the decision made on January 10, 2019 complied with the requirements of procedural fairness and that it was reasonable on the merits.

III. Analysis

[13] I am of opinion that Councillor Whalen's application is not premature and that FMFN's Council did not have the power to suspend her. As a result, I need not address the other issues raised by the parties.

[14] I am well aware that the dispute between the parties goes well beyond the subject-matter of this application. At the hearing, I indicated to the parties that I had no intention of pronouncing upon the facts pleaded in the action before the Alberta Court of Queen's Bench. Accordingly, these reasons should not be taken as an expression of opinion about those other matters.

A. *Prematurity*

[15] FMFN first argues that Councillor Whalen's application should be dismissed because it is premature, as it challenges what FMFN describes as an interlocutory decision.

[16] Judicial review has a discretionary nature: *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraph 37. That means that an applicant does not have a strict entitlement to a ruling

de la suspendre. Deuxièmement, elle se plaint que le processus menant à l'adoption de la résolution du conseil de bande du 10 janvier 2019 était inéquitable. Troisièmement, elle affirme que la décision de la suspendre était déraisonnable à la lumière des éléments de preuve que le conseil avait pris ou aurait dû prendre en considération.

[12] La PNFM soutient pour sa part que la demande de la conseillère Whalen est prématurée. Elle affirme que la suspension était une décision provisoire que la Cour ne devrait pas examiner. La conseillère Whalen aurait plutôt dû attendre la décision définitive que le conseil était censé prendre le 25 janvier 2019. La PNFM affirme également qu'elle a le pouvoir de suspendre un conseiller, que la décision prise le 10 janvier 2019 était conforme aux exigences relatives à l'équité procédurale et qu'elle était raisonnable sur le fond.

III. Analyse

[13] Je suis d'avis que la demande de la conseillère Whalen n'est pas prématurée et que le conseil de la PNFM n'a pas le pouvoir de la suspendre. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'aborder les autres questions soulevées par les parties.

[14] Je suis bien conscient que le différend entre les parties va bien au-delà de l'objet de la présente demande. À l'audience, j'ai indiqué aux parties que je n'avais pas l'intention de me prononcer sur les faits allégués dans l'action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Par conséquent, ces motifs ne doivent pas être considérés comme une expression d'opinion sur ces autres questions.

A. *La prématurité*

[15] La PNFM a d'abord fait valoir que la demande de la conseillère Whalen devrait être rejetée parce qu'elle est prématurée, car elle remet en question ce que la PNFM qualifie de décision interlocutoire.

[16] Le contrôle judiciaire a un caractère discrétionnaire : *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, au paragraphe 37. Cela signifie qu'un demandeur n'a pas un droit strict à

on the merits. The Court has the discretionary power to refuse to hear an application, taking into account a range of factors that have been recognized by case law—for example, where there is an adequate alternative remedy within the administrative process.

[17] Justice David Stratas of the Federal Court of Appeal described this doctrine as follows in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 30–31:

The normal rule is that parties can proceed to the court system only after all adequate remedial recourses in the administrative process have been exhausted. ...

Administrative law judgments and textbooks describe this rule in many ways: the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews. All of these express the same concept: absent exceptional circumstances, parties cannot proceed to the court system until the administrative process has run its course. This means that, absent exceptional circumstances, those who are dissatisfied with some matter arising in the ongoing administrative process must pursue all effective remedies that are available within that process; only when the administrative process has finished or when the administrative process affords no effective remedy can they proceed to court. Put another way, absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted.

[18] These principles were reiterated by the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364. In a recent case, the Federal Court of Appeal insisted once again that there is a strong presumption against judicial intervention in administrative proceedings before the administrative recourses provided by legislation have been exhausted: *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*,

une décision sur le fond. La Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une demande, en tenant compte d'un ensemble de facteurs reconnus par la jurisprudence, par exemple, lorsqu'il existe un autre recours approprié dans le cadre du processus administratif.

[17] Cette doctrine a été décrite de la manière suivante par le juge David Stratas de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 30 et 31 :

En principe, une personne ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes en vertu du processus administratif [...]

La doctrine et la jurisprudence en droit administratif utilisent diverses appellations pour désigner ce principe : la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré. Toutes ces formules expriment la même idée : à défaut de circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux tant que le processus administratif suit son cours. Il s'ensuit qu'à défaut de circonstances exceptionnelles, ceux qui sont insatisfaits de quelque aspect du déroulement de la procédure administrative doivent exercer tous les recours efficaces qui leur sont ouverts dans le cadre de cette procédure. Ce n'est que lorsque le processus administratif a atteint son terme ou que le processus administratif n'ouvre aucun recours efficace qu'il est possible de soumettre l'affaire aux tribunaux. En d'autres termes, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

[18] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans la décision *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364. Dans une affaire récente, la Cour d'appel fédérale a de nouveau insisté sur le fait qu'il existait une forte présomption contre l'intervention judiciaire dans les procédures administratives avant l'épuisement des recours administratifs prévus par la loi : *Alexion Pharmaceuticals*

2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165 (*Alexion*), at paragraphs 47–56.

[19] This presumption against judicial review of interlocutory decisions is particularly relevant in the Indigenous context. As I mentioned in *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467 (*Pastion*), at paragraph 23, decision-making is a component of self-government. If Indigenous self-government is to be encouraged, it follows that judicial intervention in Indigenous decision-making processes should be avoided whenever possible. See, in this regard, *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160 (*Edzerza*), at paragraph 26; *Sweetgrass First Nation v. Gollan*, 2006 FC 778, 55 Admin. L.R. (4th) 149, at paragraph 53; *Okemow-Clark v. Lucky Man Cree First Nation*, 2008 FC 888, [2008] 4 C.N.L.R. 81 (*Okemow-Clark*), at paragraph 24; *Gadwa v. Joly*, 2018 FC 568 (*Gadwa*), at paragraph 71.

[20] The exclusion of judicial review based on the existence of an alternative adequate remedy remains discretionary. The cases cited above recognize that there may be exceptions and that, all things considered, the judge may nevertheless hear the application. These cases also forbid a categorical approach to those exceptions. In other words, the fact that the arguments raised in a case belong to a particular category (for example, “jurisdictional questions”, bias or procedural fairness) does not mean that the application for judicial review will automatically be considered on its merits. For that reason, it is difficult to generalize from decisions that have rejected the prematurity argument: see, for example, *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421, at paragraph 24; *Bank of Montreal v. Sasso*, 2013 FC 584, 9 C.C.E.L. (4th) 91, at paragraph 16; *Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1002, 86 Admin. L.R. (5th) 128 (*Almrei*); *Shen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238, at paragraph 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Hanjra*, 2018 FC 208, 33 Admin. L.R. (6th) 34, at paragraphs 19–21.

Inc. c. Canada (Procureur général), 2017 CAF 241 (*Alexion*), aux paragraphes 47 à 56.

[19] Cette présomption contre le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires est particulièrement pertinente dans le contexte autochtone. Comme je l’ai mentionné dans la décision *Pastion c. Première Nation Dene Tha’*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467 (*Pastion*), au paragraphe 23, la prise de décisions est une composante de l’autonomie gouvernementale. Si l’autonomie gouvernementale des Peuples autochtones doit être encouragée, il s’ensuit que l’intervention judiciaire dans les processus décisionnels autochtones doit être évitée autant que possible. Voir, à cet égard, les décisions *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160 (*Edzerza*), au paragraphe 26; *Première Nation de Sweetgrass c. Gollan*, 2006 CF 778, au paragraphe 53; *Okemow-Clark c. Nation crie de Lucky Man*, 2008 CF 888 (*Okemow-Clark*), au paragraphe 24; *Gadwa c. Joly*, 2018 CF 568 (*Gadwa*), au paragraphe 71.

[20] L’exclusion du contrôle judiciaire fondé sur l’existence d’un autre recours adéquat demeure discrétionnaire. Les affaires précitées reconnaissent qu’il peut y avoir des exceptions et que, tout bien considéré, le juge peut néanmoins entendre la demande. Ces affaires interdisent également une approche catégorique à l’égard de ces exceptions. En d’autres termes, le fait que les arguments soulevés dans une affaire appartiennent à une catégorie particulière (par exemple, les « questions de compétence », la partialité ou l’équité procédurale) ne signifie pas que la demande de contrôle judiciaire sera automatiquement examinée quant au fond. Pour cette raison, il est difficile de généraliser à partir de décisions ayant rejeté l’argument de la prématurité : voir, par exemple, *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421, au paragraphe 24; *Banque de Montréal c. Sasso*, 2013 CF 584, au paragraphe 16; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1002 (*Almrei*); *Shen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238, au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Hanjra*, 2018 CF 208, aux paragraphes 19 à 21.

[21] The best approach, it seems, is to consider all the relevant factors in a holistic manner, keeping in mind the reasons that justify the presumption against premature judicial review. In *Almrei*, at paragraph 34, my colleague Justice Richard Mosley summarized the relevant factors as follows: “(1) hardship to the applicant, (2) waste, (3) delay, (4) fragmentation, (5) strength of the case and (6) the statutory context.” The reasons for the presumption against premature judicial review were summarized as follows in *Alexion*, at paragraph 49:

... avoidance of multiplicity of proceedings, avoidance of the waste associated with interlocutory judicial review applications when the applicant for judicial review may succeed at the end of the administrative process anyway, ensuring that the court has the benefit of the administrative decision-maker’s findings, and judicial respect for the legislative decision to invest administrative agencies with decision-making authority.

[22] A number of features of this case warrant an exception to the prohibition on judicial review of interlocutory rulings.

[23] First, it is not even clear that the decision challenged can properly be said to be interlocutory. The Election Regulations do not provide for the suspension of a councillor in the circumstances of this case. Thus, it is hard to speak of judicial respect for legislative choices. The Council appears to have dealt with Councillor Whalen on an entirely improvised basis. It did not explicitly set out what the process would be, except to say that a further hearing would be held on January 25, 2019. When cross-examined on the subject, Mr. Callihoo was unable to provide much clarification, beyond mentioning that the hearing would be “presided over” by Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer (applicant’s record (AR), at page 298). A decision-making body that embarks on such a course of conduct cannot shield itself from judicial review simply by announcing that its decision is not definitive and that there will be further proceedings. If that were so, one could imagine that Council, having made a “definitive” decision to

[21] La meilleure approche, semble-t-il, consiste à examiner tous les facteurs pertinents de manière globale, en gardant à l’esprit les raisons qui justifient la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré. Dans la décision *Almrei*, au paragraphe 34, mon collègue le juge Richard Mosley a résumé les facteurs pertinents de la manière suivante : « (1) le préjudice subi par le demandeur, (2) le gaspillage, (3) le retard, (4) la division des questions en litige, (5) le bien-fondé des prétentions du demandeur, (6) le contexte législatif ». Les raisons d’être de la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré ont été résumées ainsi dans la décision *Alexion*, au paragraphe 49 :

[...] d’éviter la multiplicité des procédures et le gaspillage des ressources que suppose la présentation de demandes de contrôle judiciaire interlocutoires lorsque le demandeur pourrait de toute façon obtenir gain de cause à l’issue du processus administratif ainsi que l’opportunité de veiller à ce que la cour de révision bénéficie des conclusions du décideur administratif et la nécessité pour les cours de justice de respecter la décision du législateur d’octroyer à des organismes administratifs un pouvoir décisionnel.

[22] Un certain nombre d’aspects de cette affaire justifient une exception à l’interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires.

[23] Premièrement, il n’est même pas clair que la décision attaquée puisse être considérée à juste titre comme interlocutoire. Le Règlement électoral ne prévoit pas la suspension d’un conseiller dans les circonstances de l’espèce. Il est donc difficile de parler de respect judiciaire de la volonté du législateur. Le conseil semble avoir traité avec la conseillère Whalen de manière tout à fait improvisée. Il ne précisait pas ce que serait le processus, sauf pour indiquer qu’une autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Contre-interrogé à ce sujet, M. Callihoo n’a pas été en mesure de fournir beaucoup d’éclaircissements. Il a simplement affirmé que l’audience serait « présidée » par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer (dossier de la demanderesse, à la page 298). Un organe décisionnel qui s’engage dans un tel processus ne peut se soustraire au contrôle judiciaire simplement en annonçant que sa décision n’est pas définitive et qu’il y aura d’autres procédures. Si tel était le cas, on pourrait imaginer que le conseil, ayant pris la décision « définitive »

suspend Councillor Whalen, would then argue that this is only the prelude to a removal, thus still interlocutory and therefore shielded from immediate judicial review. The prematurity doctrine cannot be allowed to be manipulated in such a way. Indeed, there was, and there is still no written guarantee as to what process would be followed by Council if I were to dismiss this application as premature.

[24] Second, the impugned decision must be replaced in the context of the ongoing dispute between Councillor Whalen and Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer. This dispute has led both parties to initiate legal proceedings against the other. In *Almrei* (at paragraph 36), Justice Mosley noted that the leading cases on prematurity arose in the context of a single, discrete proceeding. Here, as in *Almrei*, the parties are engaged in multifaceted litigation and the impugned decision is merely a new battle in an ongoing war. In those exceptional circumstances, an early review of the validity of this attempt to open a new front may actually reduce delay, cost and the fragmentation of proceedings, rather than increase them.

[25] Third, Councillor Whalen takes the position that the Council was biased and did not have the power to make the impugned decision. While raising issues of jurisdiction and bias does not lead to an automatic exception to the prematurity rule, in this case I am convinced that the process that has been deployed is sufficiently problematic to warrant early review by this Court. Moreover, the jurisprudence on prematurity appears to have developed mainly in the context of adjudicative decision-making, where the process and the jurisdiction of the bodies involved are defined by legislation. In the present case, however, there is no legislation providing for the suspension of councillors. The decision was not made by an independent adjudicative body, such as a First Nation's judicial council (as in *Edzerza*), but by Councillor Whalen's political adversaries.

de suspendre la conseillère Whalen, soutiendrait alors qu'il ne s'agit que du préluce à une destitution, donc toujours une décision interlocutoire qui serait à l'abri d'un contrôle judiciaire immédiat. On ne peut tolérer que la doctrine de la prématurité soit manipulée de cette manière. En effet, il n'y avait et il n'y a toujours aucune garantie écrite quant au processus que suivrait le conseil si je rejetais la présente demande en raison de son caractère prématuré.

[24] Deuxièmement, la décision attaquée doit être remplacée dans le contexte du différend qui oppose toujours la conseillère Whalen au chef Kreutzer et au conseiller Kreutzer. Ce différend a conduit chaque partie à entamer des poursuites judiciaires à l'encontre de l'autre. Dans la décision *Almrei* (au paragraphe 36), le juge Mosley a souligné que les principales affaires concernant la prématurité tiraient leur origine d'une instance unique et bien circonscrite. En l'espèce, comme dans la décision *Almrei*, les parties sont engagées dans des litiges complexes et la décision attaquée n'est qu'une nouvelle bataille dans une guerre qui perdure. Dans ces circonstances exceptionnelles, un examen rapide de la validité de cette tentative d'ouvrir un nouveau front pourrait en réalité réduire les délais, les coûts et la fragmentation des procédures, plutôt que les augmenter.

[25] Troisièmement, la conseillère Whalen prétend que le conseil était partial et n'avait pas le pouvoir de prendre la décision contestée. Bien que le fait de soulever des questions de compétence et de partialité ne débouche pas sur une exception automatique à la règle de la prématurité, je suis convaincu en l'espèce que le processus mis en place est suffisamment problématique pour mériter un examen rapide par notre Cour. En outre, la jurisprudence en matière de prématurité semble s'être développée principalement dans le contexte de processus décisionnels à caractère adjudicatif, où le processus et la compétence des entités concernées sont définis par la loi. Dans le cas présent, cependant, aucune loi ne prévoit la suspension des conseillers. La décision n'a pas été prise par un organe décisionnel indépendant, tel que le conseil judiciaire d'une Première Nation (comme dans l'affaire *Edzerza*), mais plutôt par les adversaires politiques de la conseillère Whalen.

[26] In this regard, I note that this Court has intervened in First Nations governance matters, in spite of the prematurity objection, where the process followed appears to be “completely irregular”: *Okemow-Clark*, at paragraph 27; see also *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383 (*Beardy*), at paragraphs 58–61.

[27] Fourth, giving effect to the prematurity objection in this case would be tantamount to insulating from review a category of decisions that have the potential to undermine the good governance of First Nations. It is in the public interest to rule on the powers of First Nations councils in similar circumstances.

[28] Thus, I dismiss FMFN’s preliminary objection.

B. *Council’s Power to Suspend*

[29] That brings me to the main issue in this case, namely whether FMFN’s Council had the power to suspend Councillor Whalen. In this regard, Councillor Whalen argues that the Election Regulations are a “complete code” and that they do not afford the Council any power to suspend a councillor outside certain very specific situations, which are not applicable here. On its part, FMFN does not point to any specific provision of the Election Regulations that would ground the impugned decision. Rather, FMFN argues that the Election Regulations are not an exhaustive statement of its customs and that there is an unwritten custom allowing Council to suspend a councillor. In the alternative, FMFN says that Council’s power to suspend derives from section 81 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, or from “necessity”. For the reasons that follow, I reject FMFN’s arguments and find that the Council had no power to suspend Councillor Whalen.

(1) Standard of Review

[30] A first step in assessing the validity of the impugned decision is to identify the applicable standard

[26] À cet égard, je remarque que la Cour est intervenue dans des affaires de gouvernance des Premières Nations, malgré l’objection concernant la prématurité, lorsque le processus suivi semble être « complètement irrégulier » : *Okemow-Clark*, au paragraphe 27; voir aussi *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383 (*Beardy*), aux paragraphes 58 à 61.

[27] Quatrièmement, donner suite à l’objection concernant la prématurité dans ce cas reviendrait à soustraire à l’examen une catégorie de décisions susceptibles de nuire à la bonne gouvernance des Premières Nations. Il est dans l’intérêt public de statuer sur les pouvoirs des conseils des Premières Nations dans des circonstances similaires.

[28] Par conséquent, je rejeterais l’objection préliminaire de la PNFM.

B. *Le pouvoir de suspension du conseil*

[29] Cela m’amène à la question principale dans cette affaire, à savoir si le conseil de la PNFM avait le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen. À cet égard, la conseillère Whalen fait valoir que le Règlement électoral constitue un « code complet » et qu’il ne confère au conseil aucun pouvoir de suspendre un conseiller en dehors de certaines situations très spécifiques, qui ne sont pas applicables en l’espèce. La PNFM, de son côté, n’identifie aucune disposition particulière du Règlement électoral qui justifierait la décision contestée. La PNFM fait plutôt valoir que le Règlement électoral ne constitue pas un énoncé exhaustif de ses coutumes et qu’il existe une coutume non écrite permettant au conseil de suspendre un conseiller. À titre subsidiaire, la PNFM affirme que le pouvoir de suspension du conseil découle de l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, ou de la « nécessité ». Pour les raisons qui suivent, je rejette les arguments de la PNFM et je conclus que le conseil n’était pas habilité à suspendre la conseillère Whalen.

1) Norme de contrôle

[30] Une première étape pour évaluer la validité de la décision contestée consiste à déterminer la norme de

of review. Councillor Whalen argues that the standard is correctness, because the Council’s jurisdiction is in issue. Nevertheless, similar arguments were rejected by the Federal Court of Appeal in *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249 (*Orr*), at paragraphs 8–11. The Court noted that so-called “jurisdictional” questions are best described as statutory interpretation questions, which, according to recent Supreme Court jurisprudence, are reviewed on a standard of reasonableness. Indeed, recent decisions of the Federal Court of Appeal have uniformly reviewed decisions of First Nations bodies on a standard of reasonableness, even where they raised so-called “jurisdictional” issues: *D’Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36, at paragraphs 5–7; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298 (*Johnson*), at paragraph 28; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358, at paragraph 19; *Coutlee v. Lower Nicola Indian Band*, 2016 FCA 239, at paragraph 5; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72, at paragraph 24.

(2) “Custom” and the Sources of Indigenous Law

[31] FMFN has invoked several sources of Indigenous law to buttress the challenged BCR. Before reviewing FMFN’s arguments, it is useful to explain what these sources are and how they stand in relation to each other.

[32] For a large number of First Nations including FMFN, the *Indian Act* states that the council is chosen according to the “custom” of the First Nation, but does not define what that “custom” is or who has the power to declare it. “Custom”, in this sense, does not necessarily mean law rooted in practice or historical tradition. As Professor John Borrows aptly noted, “not all Indigenous laws are customary at their root or in their expression, as people often assume”: *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), at page 24. A review of this Court’s jurisprudence shows that we understand “custom” to mean the norms that are the result of the exercise of the inherent law-making capacity of a First

contrôle applicable. La conseillère Whalen soutient que la norme est celle de la décision correcte, car la compétence du conseil est en cause. Néanmoins, des arguments similaires ont été rejetés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Première Nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269 (*Orr*), aux paragraphes 8 à 11. La Cour a noté que les prétendues questions de compétence sont mieux décrites comme des questions d’interprétation législative qui, selon la jurisprudence récente de la Cour suprême, sont examinées selon la norme de la décision raisonnable. En effet, des arrêts récents de la Cour d’appel fédérale ont uniformément appliqué la norme de la décision raisonnable à l’examen de décisions rendues par des organismes des Premières Nations, même lorsque des prétendues questions de « compétence » étaient soulevées : *D’Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28, aux paragraphes 5 à 7; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247 (*Johnson*), au paragraphe 28; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11, au paragraphe 19; *Coutlee c. Bande indienne de Lower Nicola*, 2016 CAF 239, au paragraphe 5; *Premières Nations de Cold Lake c. Noel*, 2018 CAF 72, au paragraphe 24.

2) La « coutume » et les sources du droit autochtone

[31] La PNFN a invoqué plusieurs sources de droit autochtone pour étayer la résolution contestée. Avant de passer en revue les arguments de la PNFN, il est utile d’expliquer quelles sont ces sources et leur relation les unes par rapport aux autres.

[32] Pour un grand nombre de Premières Nations, y compris la PNFN, la *Loi sur les Indiens* énonce que le conseil est choisi en fonction de la « coutume » de la Première Nation, mais ne définit pas en quoi consiste cette « coutume » ni qui détient le pouvoir de l’énoncer. Dans ce sens, la « coutume » ne signifie pas nécessairement une loi enracinée dans la pratique ou dans la tradition historique. Comme le professeur John Borrows le soutient à juste titre, [TRADUCTION] « toutes les lois autochtones ne sont pas coutumières à la base ou dans leur expression, comme on le suppose souvent » : *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto : University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), à la page 24. Un examen de la jurisprudence de la Cour

Nation: *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34; *Pastion*, at paragraph 13; *Mclean v. Tallcree First Nation*, 2018 FC 962, at paragraph 10. In other words, custom “is a consensual and community-based means of producing law that, while not materially constrained by ancestral practices, enables contemporaries to find their own path between tradition and modernity” [footnote omitted]: Ghislain Otis, “Elections, Traditional Governance and the *Charter*” in Gordon Christie, ed., *Aboriginality and Governance: A Multidisciplinary Perspective from Québec* (Penticton, B.C.: Theytus Books, 2006) 217, at page 220. Thus, it may be preferable to use the phrase “Indigenous law” instead of “custom”. This Court has been prepared to recognize the existence of a rule of Indigenous law when it is shown to reflect the broad consensus of the membership of a First Nation: *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (F.C.T.D.), at page 34.

[33] There are two main manners in which such a “broad consensus” may arise. First, a law may be enacted by a majority vote of the membership of a First Nation, either at an assembly or in a referendum: *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358 (F.C.T.D.). Whether a decision of the majority of voting members constitutes a “broad consensus” depends on a number of factors, such as the adequacy of notice and procedure, the rate of participation, the practical possibility of locating members, and so forth: *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349, at paragraphs 29–35. In this regard, my colleague Justice Paul Favel recently noted that consensus is a concept that cannot be reduced to mere numbers, in *Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation Custom Council*, 2019 FC 124, at paragraph 18:

.... The significance and importance of indigenous laws lies in the broad community support for the laws, which are typically drafted with the guidance of respected knowledge keepers, as well as support and adherence to the bodies and the processes established by such laws.

montre que nous entendons par « coutume » les normes résultant de l’exercice de la capacité inhérente des Premières Nations d’adopter leurs propres lois (*Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536, au paragraphe 34; *Pastion*, au paragraphe 13; *Mclean c. Tallcree First Nation*, 2018 CF 962, au paragraphe 10). En d’autres termes, la coutume « constitue plutôt un mode consensuel et communautaire de production du droit qui, sans être contraint au plan matériel par les pratiques des ancêtres, permet aux contemporains de tracer leur propre itinéraire entre tradition et modernité » [note en bas de page omise] (Ghislain Otis, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004), 49 *R.D. McGill* 393, aux pages 402 et 403). Ainsi, il peut être préférable d’utiliser l’expression « droit autochtone » au lieu de « coutume ». Notre Cour est prête à reconnaître l’existence d’une règle de droit autochtone lorsqu’il est démontré qu’elle reflète le large consensus des membres d’une Première Nation : *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 20.

[33] Un tel « large consensus » peut survenir de deux manières principales. Premièrement, une loi peut être adoptée à la majorité des voix des membres d’une Première Nation, soit en assemblée, soit par référendum : *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.). Afin d’évaluer si une décision de la majorité des membres ayant droit de vote constitue un « large consensus », il faut examiner plusieurs facteurs, tels que l’adéquation de l’avis et de la procédure, le taux de participation, la possibilité pratique de localiser des membres, etc. : *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036, aux paragraphes 29 à 35. À cet égard, mon collègue le juge Paul Favel, a récemment souligné que le consensus était un concept qui ne peut être réduit à de simples chiffres, dans la décision *Alexander c. Conseil coutumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2019 CF 124, au paragraphe 18 :

[...] L’importance des lois autochtones réside dans le vaste soutien communautaire quant aux lois, lesquelles sont habituellement rédigées avec les conseils de gardiens du savoir respectés, ainsi que dans le soutien et le respect des organismes et des processus établis par ces lois.

[34] Reaching consensus, defined in that manner, may indeed combine the merits of what Professor Borrows calls “deliberative” and “positivistic” sources of Indigenous law: Borrows, *Indigenous Constitution*, at pages 35–51.

[35] A First Nation may even regulate the manner in which its membership will express its “broad consensus” in the future. Many election codes or other Indigenous laws contain an amending formula that prescribes a specific procedure for their own amendment. Whether these amending formulae are binding or whether a subsequent “broad consensus” can change the law without following the amending formula is an issue I need not resolve for the purposes of this case: see the contrasting perspectives in *Bruno v. Samson Cree Nation*, 2006 FCA 249, 352 N.R. 119, at paragraph 39; and *Eikland v. Johnny*, 2010 FC 854, [2010] 4 C.N.L.R. 60, at paragraphs 25–27.

[36] A second meaning of “custom”, however, goes beyond the adoption of a law by majority vote. In that case, the “broad consensus” can be evidenced by a course of conduct which expresses the First Nation’s membership’s tacit agreement to a particular rule. This is closer to the usual meaning of the concept of “custom”, for example in international law, which involves a practice and the recognition, by the persons concerned, that the practice is binding. See also Borrows, *Indigenous Constitution*, at pages 51–55; Jeremy Webber, “The Grammar of Customary Law” (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

[37] Relying on custom, in that sense, may be necessary where the process of adopting a law by majority vote has not come to its conclusion or where there is confusion as to the outcome: see, for example, *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Catholique v. Band Council of Lutsel K’e First Nation*, 2005 FC 1430, 282 F.T.R. 138.

[38] A more difficult situation arises where an unwritten custom is alleged to have developed alongside

[34] L’atteinte d’un consensus, définie de cette manière, peut effectivement combiner les avantages de ce que le professeur Borrows appelle les sources [TRADUCTION] « délibérantes » et « positivistes » du droit autochtone : Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 35 à 51.

[35] Une Première Nation peut même réglementer la manière dont ses membres exprimeront leur « large consensus » à l’avenir. De nombreux codes électoraux ou autres lois autochtones contiennent une formule de modification qui prescrit une procédure spécifique pour leur propre modification. La question de savoir si ces formules de modification sont contraignantes ou si un « large consensus » ultérieur peut modifier la loi sans suivre la formule de modification est une question que je n’ai pas besoin de résoudre aux fins de la présente affaire (voir les perspectives opposées dans les décisions *Bruno c. Nation Crie de Samson*, 2006 CAF 249, au paragraphe 39; et *Eikland c. Johnny*, 2010 CF 854, aux paragraphes 25 à 27).

[36] Un deuxième sens de « coutume » va toutefois au-delà de l’adoption d’une loi par un vote majoritaire. Dans ce cas, le « large consensus » peut être démontré par une ligne de conduite qui exprime l’accord tacite des membres de la Première Nation sur une règle particulière. Cela est plus proche du sens habituel du concept de « coutume », par exemple en droit international, qui implique une pratique et la reconnaissance par les personnes concernées que cette pratique est contraignante. Voir aussi Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 51 à 55; Jeremy Webber, « The Grammar of Customary Law » (2009), 54 *R.D. McGill* 579.

[37] Il peut être nécessaire de recourir à la coutume, entendue en ce sens, lorsque le processus d’adoption d’une loi à la majorité n’a pas abouti ou en cas de confusion quant à l’issue : voir, par exemple, *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1^{re} inst.); *Catholique c. Conseil de Bande de la Première Nation des Lutsel K’e*, 2005 CF 1430.

[38] Une situation plus difficile se présente lorsqu’on allègue qu’une coutume non écrite s’est développée

a written Indigenous law. Instead of adopting a fixed rule giving priority to one type of law over another, this Court has adopted a pragmatic approach and looked at which of the two contending sources attracts the consensus of the community. In *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133 (*Francis*), my colleague Justice Luc Martineau made the following remarks (at paragraphs 35–36):

.... It is quite common that behaviours arising through attitudes, habits, abstentions, shared understandings and tacit acquiescence develop alongside a codified rule and may colour, specify, complement and sometimes even limit the text of a particular rule. Such behaviours may become the new custom of the band which will have an existence of its own and whose content will sometimes not be identical to that of the codified rule pertaining to a particular issue. In such cases, and bearing in mind the evolutionary nature of custom, one will have to ascertain whether there is a broad consensus in the community at a given time as to the content of a particular rule or the way in which it will be implemented.

For a rule to become custom, the practice pertaining to a particular issue or situation contemplated by that rule must be firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community, thus evidencing a “broad consensus” as to its applicability. This would exclude sporadic behaviours which may tentatively arise to remedy certain exceptional difficulties of implementation at a particular moment in time as well as other practices which are clearly understood within the community as being followed on a trial basis. If present, such a “broad consensus” will evidence the will of the community at a given time not to consider the adopted electoral code as having an exhaustive and exclusive character.

[39] In that case, Justice Martineau concluded that a draft election code that was purportedly adopted at a meeting of the members of the First Nation and that excluded non-residents from the right to vote did not represent the custom of the First Nation, because of the very low attendance at the meeting. Hence, it could not be said that the provisions of that draft code reflected a broad consensus. Thus, Justice Martineau relied on the consistent practice of allowing non-resident members to vote to determine what the custom was.

parallèlement à une loi autochtone écrite. Au lieu d’adopter une règle fixe donnant la priorité à un type de loi par rapport à un autre, notre Cour a adopté une approche pragmatique et a examiné laquelle des deux sources en conflit suscite le consensus de la communauté. Dans la décision *Francis c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133 (*Francis*), mon collègue le juge Luc Martineau a fait les remarques suivantes (aux paragraphes 35 et 36) :

[...] Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l’application d’une règle codifiée et viennent préciser ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande qui aura une existence en soi et dont le contenu sera parfois différent de celui de la règle codifiée applicable à une question donnée. Dans ce genre de situations, compte tenu de la nature changeante de la coutume, il sera nécessaire de vérifier s’il existe un large consensus au sein de la communauté relativement au contenu d’une règle ou de la façon dont elle sera appliquée.

Pour qu’une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un « large consensus » quant à son applicabilité. Cette description exclurait les comportements sporadiques visant à corriger des difficultés d’application exceptionnelles à un moment donné ainsi que d’autres pratiques qui sont manifestement considérées au sein de la communauté comme des pratiques suivies à titre d’essai. S’il existe, ce « large consensus » prouvera la volonté de la communauté à un moment donné de ne pas considérer le code électoral adopté comme un document exhaustif et exclusif.

[39] Dans cette affaire, le juge Martineau a conclu qu’un code électoral provisoire prétendument adopté lors d’une assemblée des membres de la Première Nation et excluant les non-résidents du droit de vote ne représentait pas la coutume de la Première Nation, en raison de la très faible participation à la réunion. On ne pouvait donc pas dire que les dispositions de ce code provisoire reflétaient un large consensus. Ainsi, le juge Martineau a invoqué la pratique constante de permettre aux membres non résidents de voter pour déterminer quelle était la coutume.

[40] In applying the analytical framework laid out by Justice Martineau in *Francis*, one should never lose sight of the difference between a deviation from the rule and the adoption of a new rule. Justice Martineau himself was alive to the issue when he cautioned that “sporadic behaviours” meant to address unforeseen circumstances do not necessarily change the law. First Nations who deliberately choose to reduce their governance principles to writing should not be deprived of the certainty associated with written law merely because that law is not strictly adhered to. However, there may be circumstances where a First Nation clearly makes a decision to change its ways without taking the trouble of amending its written law. In such a case, this Court would not do justice if it were to insist on strict adherence to written law.

[41] Before turning to the analysis of FMFN’s Election Regulations and alleged custom, it bears repeating that custom must be proved by the party who alleges it: *Orr*, at paragraph 20; *Francis*, at paragraph 21; *Beardy*, at paragraph 102; *Gadwa*, at paragraph 50.

(3) The Election Regulations are a Complete Code

[42] Councillor Whalen’s basic argument is that the Council did not have the power to suspend her, as that power is not expressly conferred by the Election Regulations. I agree with Councillor Whalen. There are only two instances, in the Election Regulations, where the Council may suspend a councillor: where a councillor fails to attend three Council meetings without a valid excuse, and where a councillor is charged with an indictable offence (section 18.8). Thus, it would be unreasonable for the Council to assume the power to suspend a councillor in any other circumstance.

[43] Councillor Whalen’s argument is supported by the decision of the Federal Court of Appeal in *Orr*, which involved an election code that bears substantial similarities with that of FMFN. As in the present case, Council purported to suspend a councillor based on an “inherent” power or an unwritten custom, in spite of the

[40] En appliquant le cadre analytique présenté par le juge Martineau dans la décision *Francis*, il ne faut jamais perdre de vue la différence entre une dérogation à la règle et l’adoption d’une nouvelle règle. Le juge Martineau lui-même était sensible à la question lorsqu’il a averti que les « comportements sporadiques » destinés à faire face à des circonstances imprévues ne changent pas nécessairement la loi. Les Premières Nations qui choisissent délibérément de donner une forme écrite à leurs principes de gouvernance ne doivent pas être privées de la certitude associée au droit écrit simplement parce que ce droit n’est pas strictement respecté. Cependant, il peut arriver qu’une Première Nation décide clairement de changer ses façons de faire sans prendre la peine de modifier sa loi écrite. Dans un tel cas, la Cour ne rendrait pas justice si elle insistait pour que la loi écrite soit strictement respectée.

[41] Avant de passer à l’analyse du Règlement électoral de la PNFM et de la coutume alléguée, il convient de répéter que la coutume doit être prouvée par la partie qui l’allègue : *Orr*, au paragraphe 20; *Francis*, au paragraphe 21; *Beardy*, au paragraphe 102; *Gadwa*, au paragraphe 50.

3) Le Règlement électoral est un code complet

[42] L’argument de base de la conseillère Whalen est que le conseil n’avait pas le pouvoir de la suspendre, ce pouvoir n’étant pas expressément conféré par le Règlement électoral. Je suis d’accord avec la conseillère Whalen. Le Règlement électoral ne prévoit que deux cas où le conseil peut suspendre un conseiller : lorsqu’un conseiller omet d’assister à trois réunions du conseil sans motif valable et lorsqu’un conseiller est inculpé d’un acte criminel (article 18.8). Il serait donc déraisonnable que le conseil s’arrogue le pouvoir de suspendre un conseiller dans toute autre circonstance.

[43] L’argument de la conseillère Whalen s’appuie sur l’arrêt *Orr* de la Cour d’appel fédérale, qui portait sur un code électoral qui présentait des similitudes importantes avec celui de la PNFM. Comme en l’espèce, le conseil a prétendu suspendre un conseiller en se fondant sur un pouvoir « inhérent » ou une coutume non écrite, malgré

fact that the election code did not grant such a power. Justice David Stratas held that it was unreasonable to find the source of such a power outside of the election code (at paragraphs 18–19):

The *Election Code* sets out very detailed, carefully constructed, and precisely worded provisions regulating when and how councillors may be removed or suspended. It would be surprising if such demanding regulation could be so easily circumvented by relying upon an undefined, general, inherent power, as the Chief and Council suggest.

The democratic backdrop of the provisions of the *Election Code* also undermines the suggestion that Council could simply act on its own based on an inherent power. As we shall see, relevant provisions of the *Election Code* require a democratic vote of the electors of the First Nation before a suspension or removal will be effective. These provisions must be interpreted in light of the fact that a councillor holds office on the basis of a majority vote of the electors of the First Nation. A paragraph in the preamble to the *Election Code* stresses that “the culture, values and flourishing of the Fort McKay First Nation [are] best advanced by...the selection and removal of leadership on the basis of democratic principles.” The relevant provisions of the *Election Code* and that paragraph in the preamble have been democratically adopted: they came into force only after a majority of the electors of the First Nation ratified the *Election Code*.

[44] As far as I can tell, the election code in *Orr* presents important similarities with FMFN’s. The preamble of FMFN’s code states that its customs “require democratic, fair and open elections”. It also contains a statement to the effect that FMFN’s “customs, policies and laws” with respect to “governance and the elections of the Chief and Council” were then contained in a previous version of the regulations, and that it was intended to replace those regulations. Section 23.1 also states that “The Regulations contained herein hereby shall replace any and all prior Election Codes, Regulations and procedures of the First Nation”. This suggests that, as in *Orr*, the Election Regulations were intended to be a “complete code”, leaving no place for the continuing operation of unwritten customs regarding the same issues.

le fait que le code électoral ne lui conférerait pas un tel pouvoir. Le juge David Stratas a déclaré qu’il était déraisonnable d’ancrer un tel pouvoir en dehors du code électoral (paragraphes 18 à 19) :

Le code électoral contient des dispositions rédigées avec soin et précision et avec force détails qui prévoient à quel moment et de quelle manière les conseillers peuvent être destitués ou suspendus. Il serait étonnant qu’on puisse contourner aussi facilement une réglementation aussi exigeante en invoquant un pouvoir inhérent général, non défini, comme l’affirment le chef et le conseil.

L’esprit démocratique qui imprègne les dispositions du code électoral affaiblit également la portée de l’argument selon lequel le conseil pourrait tout simplement agir de son propre chef en s’appuyant sur un pouvoir inhérent. Comme nous le verrons, les dispositions pertinentes du code électoral exigent un vote démocratique des électeurs de la Première Nation avant que la suspension ou destitution ne prenne effet. Ces dispositions doivent être interprétées en tenant compte du fait qu’un conseiller occupe ses fonctions en raison du vote majoritaire des électeurs de la Première Nation. Un paragraphe du préambule du code électoral souligne que [TRADUCTION] « la culture, les valeurs et l’épanouissement de la Première Nation de Fort McKay [ainsi que] la sélection et la destitution des administrateurs reposent sur des principes démocratiques ». Les dispositions pertinentes du code électoral et ce paragraphe du préambule ont été adoptés démocratiquement : ils ne sont entrés en vigueur qu’après que la majorité des électeurs de la Première Nation a ratifié le code électoral.

[44] Autant que je sache, le code électoral étudié dans l’arrêt *Orr* présente d’importantes similitudes avec celui de la PNFM. Le préambule du code de la PNFM déclare que ses coutumes [TRADUCTION] « requièrent des élections démocratiques, justes et ouvertes ». Il énonce également que les [TRADUCTION] « coutumes, politiques et lois » de la PNFM concernant [TRADUCTION] « la gouvernance et les élections du chef et du conseil » figureraient alors dans une version antérieure du règlement et que l’intention était de remplacer ce règlement. L’article 23.1 indique également que [TRADUCTION] « Le présent règlement remplace tous codes, règlements et procédures antérieurs de la Première Nation en matière d’élection ». Cela suggère que, comme dans l’affaire *Orr*, le Règlement électoral était censé être un « code complet », ne laissant aucune place à l’application des coutumes non écrites concernant les mêmes questions.

[45] Nevertheless, FMFN submits that *Orr* is distinguishable. It says that the Election Regulations do not deal with the issue of suspension with pay, as opposed to suspension without pay, and that the “complete code” provision (section 23.1) refers only to removal, not suspension. It also argues that suspension with pay is a matter of internal discipline of council members, a matter not covered by the Election Regulations.

[46] I am not sure that the distinctions that FMFN attempts to draw with *Orr* are tenable. I reject FMFN’s arguments, however, for more fundamental reasons: they are based on an incorrect analogy between employees and holders of public office and they would upend the political structure that the Election Regulations put in place.

[47] The Election Regulations are an expression of FMFN’s membership’s will to delegate certain powers to the Council, but to remain responsible for the selection of Council members. Not only are councillors elected by the membership, but they can only be removed by a vote of the members (sections 18.6 and 18.7). The Council has no power to remove a councillor without a vote of the membership.

[48] Evident in the Election Regulations is the division between two sources of political authority: FMFN’s membership and the Council. The Council is subordinated to the membership. Were it to assume a power not conferred by the Election Regulations, it would “exercise a power in violation of the wishes of the majority of electors”: *Roseau River*, at paragraph 21. Indeed, this would disregard the hierarchy between laws made by FMFN’s membership and those that the Council is empowered to make. This would be unreasonable. Laws made by the membership are analogous to constitutions—they are the supreme law of the First Nation in question, and they must be paramount to the laws and decisions made by the council: see, by analogy, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (*Re Secession*), at paragraphs 72–74; see also, with

[45] Néanmoins, la PNFM affirme que l’arrêt *Orr* peut être distingué. Elle affirme que le Règlement électoral ne traite pas de la question de la suspension avec solde, par opposition à la suspension sans solde, et que la disposition relative au « code complet » (article 23.1) fait uniquement référence à la destitution, pas à la suspension. Elle soutient également que la suspension avec solde est une question de discipline interne des membres du conseil, une question qui n’est pas couverte par le Règlement électoral.

[46] Je ne suis pas sûr que les distinctions que la PNFM tente d’établir avec l’arrêt *Orr* soient soutenables. Cependant, je rejette les arguments de la PNFM pour des raisons plus fondamentales : ils reposent sur une analogie incorrecte entre les employés et les titulaires de charges publiques et bouleverseraient la structure politique mise en place par le Règlement électoral.

[47] Le Règlement électoral est une expression de la volonté des membres de la PNFM de déléguer certains pouvoirs au conseil, tout en demeurant responsables de la sélection des membres du conseil. Non seulement les conseillers sont-ils élus par les membres, mais ils ne peuvent être destitués que par un vote de l’ensemble des membres (articles 18.6 et 18.7). Le conseil n’a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l’ensemble des membres.

[48] Il est évident que le règlement électoral a établi une distinction entre deux sources d’autorité politique : les membres de la PNFM et le conseil. Le conseil est subordonné aux membres. S’il s’arrogeait un pouvoir non conféré par le Règlement électoral, il se trouverait à « exerc[er] un pouvoir allant à l’encontre de la volonté de la majorité des électeurs » : *Roseau River*, au paragraphe 21. En fait, cela ferait fi de la hiérarchie entre les lois adoptées par les membres de la PNFM et celles que le conseil est habilité à adopter. Ce serait déraisonnable. Les lois adoptées par l’ensemble des membres sont analogues aux constitutions. Elles constituent la loi suprême de la Première Nation en question et doivent l’emporter sur les lois et décisions incompatibles prises par le conseil : voir, par analogie, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (*Renvoi relatif à*

respect to First Nations constitutions, *Lafferty v. Tlichó Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151.

[49] In this context, the distinction suggested by FMFN between suspension and removal is untenable. Both have the same effect of preventing a councillor from exercising his or her powers and duties, including the right to participate and vote at council meetings. The rationale for withholding from the council the power to suspend (or remove) councillors is obvious. Suspension by the council would deprive FMFN electors of the right to choose their leaders. The suspension of a councillor has the practical effect of overturning the results of the election and of depriving the electors of representation: *Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 438 (*Prince*), at paragraph 31. This cannot be reasonably reconciled with the purpose and structure of the Election Regulations.

[50] Moreover, representative democracy is not a “winner-takes-all” affair. While decisions may be made by the majority of a representative body such as FMFN’s Council, this must be done within a process that allows for deliberation and the expression of dissenting voices. To quote again from Professor Borrows (*Indigenous Constitution*, at pages 38–39):

Fortunately, the fact that many Indigenous laws are based on deliberative processes means that non-aligned or dissenting viewpoints can be taken into account in the law’s formulation. When any society identifies, proclaims, and enforces its laws, there is bound to be disagreement. Most legal systems that respect individual freedoms and dignity must find peaceful ways to deal with opposition in their midst. This requires that conflicting viewpoints be processed in a manner that is conducive to orderly and respectful listening, discussion, and resolution.

[51] The Supreme Court of Canada made similar remarks, although not dealing specifically with the situation of Indigenous peoples, in *Re Secession*, at paragraph 68:

la sécession), aux paragraphes 72 à 74; voir aussi, en ce qui concerne les constitutions des Premières Nations, *Lafferty v. Tlichó Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151.

[49] Dans ce contexte, la distinction suggérée par la PNFN entre suspension et destitution est insoutenable. Tant l’une que l’autre empêchent un conseiller d’exercer ses pouvoirs et fonctions, y compris le droit de participer et de voter aux réunions du conseil. Le motif invoqué pour refuser au conseil le pouvoir de suspendre (ou de destituer) les conseillers est évident. La suspension par le conseil priverait les électeurs de la PNFN du droit de choisir leurs dirigeants. La suspension d’un conseiller a pour effet pratique d’annuler les résultats de l’élection et de priver les électeurs de toute représentation : *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268 (*Prince*), au paragraphe 31. Cela ne peut être raisonnablement réconcilié avec l’objectif et la structure du Règlement électoral.

[50] De plus, en démocratie représentative, le gagnant ne remporte pas tout. Même si les décisions peuvent être prises par la majorité d’un organe représentatif tel que le conseil de la PNFN, cela doit se faire dans le cadre d’un processus qui permet la délibération et l’expression des voix divergentes. Pour citer à nouveau le professeur Borrows (*Indigenous Constitution*, aux pages 38 et 39) :

[TRADUCTION] Heureusement, le fait que de nombreuses lois autochtones reposent sur des processus de délibération permet de prendre en compte des points de vue non alignés ou divergents lors de la formulation de la loi. Lorsqu’une société établit, proclame et applique ses lois, il y a forcément désaccord. La plupart des systèmes juridiques qui respectent les libertés et la dignité individuelles doivent trouver des moyens pacifiques de traiter les oppositions en leur sein. Cela nécessite que les points de vue divergents soient traités de manière à favoriser une écoute, une discussion et une résolution ordonnées et respectueuses.

[51] La Cour suprême du Canada a formulé des remarques similaires, bien qu’elles ne portent pas sur la situation particulière des peuples autochtones, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 68 :

.... No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solution to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices. A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

[52] If the majority of Council had the power to suspend councillors, there would be a risk of transforming deliberation into monologue and excluding dissenting councillors altogether.

[53] In its wisdom, the FMFN membership decided to reserve to itself the power to remove and suspend councillors and to deny the Council the power to act alone in those matters, save in certain specific circumstances that do not apply here. In the Election Regulations, the absence of a provision authorizing suspension in the circumstances of this case may well be a deliberate choice: *Johnson*, at paragraph 31. This deliberate choice does not create a gap to be filled by this Court.

[54] Framing the issue as one of “discipline” does not assist FMFN. It is true that the power to suspend an employee has been held to be inherent in the contract of employment: *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195. A suspension without pay may be a form of punishment short of firing, where an employee acted wrongfully. A suspension with pay may be imposed for a variety of reasons, including reasons that are “non-judgmental”. A person holding public office, however, is not an employee. The flexibility inherent in the employment relationship sits uneasily with the fact that holders of public office are elected (or, in some cases, appointed) to their positions. Election or appointment confers an important degree of independence on holders of public office, which is inconsistent with the subordination inherent in an employment relationship. Put simply, the Council is not “the boss” of the councillors. Thus, as the Federal Court of Appeal once noted, it would “be inappropriate to import into the context of the removal, by the executive branch of government, of persons

[...] Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l’emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

[52] Si la majorité des membres du conseil avait le pouvoir de suspendre des conseillers, il y aurait un risque de transformer la délibération en monologue et d’exclure complètement les conseillers dissidents.

[53] Dans leur grande sagesse, les membres de la PNFN ont décidé de se réserver le pouvoir de destituer et de suspendre les conseillers et de priver le conseil du pouvoir d’agir seul à l’égard de ces questions, sauf dans certaines circonstances spécifiques qui ne s’appliquent pas en l’espèce. Dans le Règlement électoral, l’absence de disposition autorisant la suspension dans les circonstances de la présente affaire peut fort bien constituer un choix délibéré : *Johnson*, au paragraphe 31. Ce choix délibéré ne crée pas une lacune que notre Cour devrait combler.

[54] Le fait de formuler la question comme une question de « discipline » n’aide en rien la PNFN. Il est vrai que le pouvoir de suspendre un employé a été considéré comme étant inhérent au contrat de travail : *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d’Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195. Une suspension sans solde peut être une forme de punition moins grave que le licenciement, imposée lorsque l’employé a adopté un comportement fautif. Une suspension avec solde peut être imposée pour diverses raisons, y compris des raisons qui n’emportent pas de jugement sur la conduite de la personne concernée. Une personne occupant une charge publique n’est cependant pas un employé. La flexibilité inhérente à la relation de travail s’accorde mal avec le fait que les titulaires d’une charge publique sont élus (ou, dans certains cas, nommés) à leur poste. L’élection ou la nomination confère aux titulaires de charges publiques un degré d’indépendance important, incompatible avec la subordination inhérente à une relation d’emploi. En termes simples, le conseil n’est pas « le patron » des conseillers. Ainsi, comme

holding office at pleasure, notions which are generally associated with wrongful dismissal in the context of an employer/employee relationship”: *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 6, [2007] 4 F.C.R. 81, at paragraph 49.

[55] Other decisions of this Court have rejected arguments to the effect that First Nations councils have an inherent power to suspend councillors where their election code covers the subject and does not provide for such a power: *Lafond v. Muskeg Lake First Nation*, 2008 FC 726, [2008] 3 C.N.L.R. 150; *Laboucan v. Little Red River # 447 First Nation*, 2010 FC 722, 8 Admin. L.R. (5th) 207; *Louie v. Louie*, 2018 FC 550, at paragraph 28. In *Prince*, the Court concluded that the suspension of a councillor was tantamount to a removal and was not authorized by the election code. Insofar as the Court in that case mentioned an implied power to suspend a councillor, it appears that it was referring to a suspension of specific responsibilities, not from the office of councillor as such (at paragraph 31).

(4) No Evidence of a Custom Outside the Election Regulations

[56] The foregoing should be sufficient to dispose of this application: the Election Regulations do not empower the Council to suspend Councillor Whalen and constitute a complete code in this regard, leaving no space for other rules. Nevertheless, I will review FMFN’s argument that there is an unwritten custom that would provide such a power. In the end, I find that FMFN has not discharged its burden of proving such a custom.

[57] The custom alleged is not based on Indigenous political traditions in any historical sense. Rather, it is based in FMFN’s recent practice of democracy. In this regard, FMFN has provided evidence of three cases in its recent history that it described as suspensions of councillors. On her part, Councillor Whalen provided affidavits of FMFN members stating that there was no custom authorizing the Council to suspend councillors.

l’a souligné la Cour d’appel fédérale, « je ne crois pas qu’il soit opportun, dans le contexte de la destitution par la branche exécutive du gouvernement d’une personne nommée à titre amovible, d’importer des concepts généralement associés à un congédiement injuste en droit du travail » : *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6, [2007] 4 R.C.F. 81, au paragraphe 49.

[55] D’autres arrêts de notre Cour ont rejeté les arguments selon lesquels le conseil d’une Première Nation a un pouvoir inhérent de suspendre des conseillers lorsque le code électoral couvre le sujet et ne prévoit pas un tel pouvoir : *Lafond c. Première Nation crie du lac Muskeg*, 2008 CF 726; *Laboucan c. Nation crie de Little Red River n° 447*, 2010 CF 722; *Louie c. Louie*, 2018 CF 550, au paragraphe 28. Dans la décision *Prince*, la Cour a conclu que la suspension d’un conseiller équivalait à une destitution et n’était pas autorisée par le code électoral. Dans la mesure où la Cour dans cette affaire a mentionné un pouvoir implicite de suspendre un conseiller, il semble qu’elle se référerait à une suspension de responsabilités spécifiques, et non du poste de conseiller en tant que tel (au paragraphe 31).

4) Aucune preuve d’une coutume en dehors du Règlement électoral

[56] Les observations qui précèdent devraient être suffisantes pour statuer sur la présente demande : le Règlement électoral n’autorise pas le conseil à suspendre la conseillère Whalen et constitue un code complet à cet égard, ne laissant aucune place à d’autres règles. Néanmoins, je vais examiner l’argument de la PNFN selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir. En dernière analyse, j’estime que la PNFN ne s’est pas déchargée du fardeau de prouver cette coutume.

[57] La coutume alléguée ne repose sur aucune tradition politique autochtone, d’un point de vue historique. Elle est plutôt fondée sur la pratique récente de la démocratie au sein de la PNFN. À cet égard, la preuve présentée par la PNFN porte sur trois événements de son histoire récente, qu’elle décrit comme des suspensions de conseillers. La conseillère Whalen a pour sa part fourni des affidavits de membres de la PNFN affirmant

On cross-examination, those witnesses readily acknowledged the existence of the three cases. What remains a matter of contention is the precise process followed in each case, the appropriate characterization to be given to those events and whether any customary rule can be inferred from those events.

[58] It should be noted that the custom alleged by FMFN is in effect an unwritten addition to a written electoral code. It is a custom formulated using concepts, such as power or public office, which emanate from Western legal traditions. It is meant to supplement an electoral code that aims at establishing a democratic system and that describes with precision the rights, powers and duties of the participants in the system. Hence, the evidence needed to prove such a custom must be precise enough to show that there is a broad consensus as to the manner in which those rights, powers and duties are meant to be altered.

[59] Each party sought to impugn the credibility of the other party's witnesses. From reading the transcripts of their cross-examinations, I find that both parties' witnesses, in particular those mentioned in these reasons, did their best to remember what they learnt about events that took place some time ago. Indeed, some of the events may have occurred more than 25 years ago. Moreover, with one exception, the witnesses were not Council members when those events took place and they do not have first-hand knowledge of the precise nature of the actions taken by Council. The persons allegedly suspended did not testify. With respect to two of the three alleged cases of suspension, there is little written evidence to buttress the witnesses' recollection. No resolution of the Council or BCR was filed in evidence. Indeed, Joann Cheecham, one of FMFN's witnesses, testified that she did not believe that BCRs were ever adopted regarding the three alleged suspensions, but that a more informal process, perhaps involving a "letter of suspension", was followed (AR, at page 353). No such letters were filed in evidence. As FMFN would presumably be in possession of those documents if they existed, their absence suggests that the Council did not exercise the alleged customary power of suspension.

qu'aucune coutume n'autorisait le conseil à suspendre des conseillers. En contre-interrogatoire, ces témoins ont reconnu sans détour l'existence de ces trois événements. Ce sur quoi l'on ne s'entend pas, c'est le processus précis suivi dans chaque affaire, la caractérisation appropriée à donner à ces événements et la possibilité d'en déduire une règle coutumière.

[58] Il convient de noter que la coutume alléguée par la PNFN constitue en réalité un ajout non écrit à un code électoral écrit. C'est une coutume formulée en utilisant les concepts, tels que pouvoir ou charge publique, qui découlent des traditions juridiques occidentales. Elle est censée compléter un code électoral visant à établir un système démocratique et décrivant avec précision les droits, pouvoirs et devoirs des participants au système. Par conséquent, la preuve nécessaire pour établir une telle coutume doit être suffisamment précise pour montrer qu'il existe un large consensus sur la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs doivent être modifiés.

[59] Chaque partie a cherché à mettre en doute la crédibilité des témoins de l'autre partie. En lisant les transcriptions de leur contre-interrogatoire, je constate que les témoins des deux parties, en particulier ceux mentionnés dans les présents motifs, ont fait de leur mieux pour relater ce qu'ils ont appris sur des événements survenus il y a un certain temps. En effet, certains des événements en cause se sont possiblement produits il y a plus de 25 ans. De plus, à une exception près, les témoins n'étaient pas membres du conseil lorsque ces événements ont eu lieu et ils ne connaissent pas personnellement la nature précise des mesures prises par le conseil. Les personnes prétendument suspendues n'ont pas témoigné. En ce qui concerne deux des trois cas présumés de suspension, il existe peu de preuves écrites pour corroborer les souvenirs des témoins. Aucune résolution du conseil n'a été produite en preuve. En effet, Joann Cheecham, l'un des témoins de la PNFN, a déclaré qu'elle ne croyait pas qu'une résolution du conseil ait été adoptée concernant les trois suspensions alléguées, mais qu'un processus plus informel, pouvant comporter une « lettre de suspension », avait été suivi (dossier de la demanderesse, à la page 353). Aucune lettre de ce genre n'a été produite en preuve. Comme la PNFN aurait probablement été en possession de ces documents s'ils existaient, leur

[60] With this in mind, I can now turn to each of those three incidents.

[61] In the early 1990s, Councillor Ronald Cardinal was involved in a car accident causing serious injuries while impaired. Several witnesses said that he was convicted and sentenced to jail as a result. We do not know whether the accident happened while the 1993 election code was in force. Section 15.1f) of that code stated that a councillor charged with an indictable offence could be suspended and that upon conviction, the suspension would become “permanent”. That section did not clearly set out who could take such actions. The evidence does not clearly reveal whether an election code containing similar provisions was in force before 1993.

[62] All witnesses agree that Councillor Cardinal left his position on Council as a result of the accident and ensuing charges and never came back. How that was accomplished is not entirely clear. Joann Cheecham testified that Councillor Cardinal was suspended on the basis of the provisions of the Election Regulations dealing with councillors who are charged with indictable offences (AR, at page 360). Doris Charbonneau testified that Councillor Cardinal had told her that he had been suspended (AR, at page 382). On the other hand, James Woodward testified that Councillor Cardinal was removed (respondent’s record (RR), at pages 301–302). Marie (Buffy) Cheecham testified as follows (RR, at page 348; and pages 354–355):

... I believe he got charged, and then but they didn’t – they didn’t remove him from Council; he just never showed back up. And then when the next election came along, which wasn’t that long after, the Band members just voted another person in.

[63] In light of all the evidence, the most likely sequence of events is that the process provided for in section 15.1f) of the 1993 election code was initiated

absence suggère que le conseil n’a pas exercé le prétendu pouvoir coutumier de suspension.

[60] Gardant cela à l’esprit, je peux maintenant aborder chacun de ces trois incidents.

[61] Au début des années 1990, le conseiller Ronald Cardinal a été impliqué dans un accident de voiture causant de graves blessures corporelles. Plusieurs témoins ont déclaré qu’il avait été reconnu coupable et condamné à une peine de prison à la suite de cet accident. Nous ne savons pas si l’accident s’est produit alors que le code électoral de 1993 était en vigueur. L’alinéa 15.1f) de ce code stipulait qu’un conseiller accusé d’un acte criminel pouvait être suspendu et qu’en cas de condamnation, la suspension deviendrait « permanente ». Cet alinéa n’indiquait pas clairement qui pouvait prendre de telles mesures. La preuve ne révèle pas clairement si un code électoral contenant des dispositions similaires était en vigueur avant 1993.

[62] Tous les témoins s’accordent pour dire que le conseiller Cardinal a quitté son poste au conseil à la suite de l’accident et des accusations qui en ont résulté et n’est jamais revenu. La façon dont cela s’est déroulé n’est pas tout à fait claire. Joann Cheecham a témoigné que le conseiller Cardinal avait été suspendu sur la base des dispositions du Règlement électoral relatives aux conseillers accusés d’un acte criminel (dossier de la demanderesse, à la page 360). Doris Charbonneau a témoigné que le conseiller Cardinal lui avait dit qu’il avait été suspendu (dossier de la demanderesse, à la page 382). Pour sa part, James Woodward a témoigné que le conseiller Cardinal avait été destitué (dossier de la défenderesse, aux pages 301 et 302). Marie (Buffy) Cheecham a témoigné comme suit (dossier de la défenderesse, à la page 348; et aux pages 354 à 355) :

[TRADUCTION] [...] Je crois qu’il a été accusé, mais ensuite, ils ne l’ont pas destitué du conseil; il n’est simplement plus jamais revenu. Et puis, lorsque les prochaines élections ont eu lieu, peu de temps après, les membres de la bande ont simplement voté pour une autre personne.

[63] À la lumière de tous les éléments de preuve, la séquence d’événements la plus probable est que le processus prévu à l’alinéa 15.1f) du code électoral de 1993

and that Councillor Cardinal was suspended from the Council. As that suspension was made under the provisions of the code then in force, it does not prove the alleged custom of suspending councillors outside of the provisions of the code.

[64] Nancy Cree was elected to the Council in 2008 but was not able to retain her residence on reserve, as required by the 1993 election code, largely because she had to abandon her house in the community after discovering that it was affected by mould. The evidence shows that a petition for her removal was signed by a large proportion of FMFN's membership (AR, at pages 435–438). A letter from a lawyer acting for FMFN states that Councillor Cree was “removed” from Council on March 24, 2011 (AR, at page 368). That decision was made by the Council, as section 15.2 of the 1993 election code did not require a further vote of the membership once a petition had been completed. Councillor Cree then initiated an application for judicial review in this Court, but it was settled. Albert Cree, who was chief at the time and a political opponent of Councillor Cree, testified regarding those events (RR, at page 326). While he used the word “suspension”, he insisted that the actions taken were in compliance with the Election Regulations, which then provided only for removal in such circumstances. Thus, it is more likely than not that Councillor Cree was removed according to the provisions of the code then in force. Once again, this does not prove the custom alleged by FMFN.

[65] Marilyn Cree (also known as Marilyn Cardinal) experienced drug abuse problems while she was a member of Council in the 1990s. Councillor Cree absented herself from Council while undergoing rehabilitation treatment. FMFN argues that this was a suspension. The evidence reveals, however, that this was likely the result of an agreement. Joann Cheecham, for one, testified that Councillor Cree agreed to seek treatment (AR, at pages 354–355). Marie (Buffy) Cheecham said that “it was more voluntary than anything” (RR, at page 351). If Councillor Cree's withdrawal from Council is the result of agreement, it cannot constitute evidence of a

a été lancé et que le conseiller Cardinal a été suspendu du conseil. Comme cette suspension a été décidée sur la base des dispositions du code alors en vigueur, elle ne prouve pas la coutume alléguée de suspendre des conseillers en dehors des dispositions du code.

[64] Nancy Cree a été élue au conseil en 2008, mais n'a pas pu conserver sa résidence dans la réserve, comme l'exige le code électoral de 1993, en grande partie parce qu'elle a dû quitter sa maison dans la communauté après avoir découvert qu'elle était attaquée par la moisissure. La preuve montre qu'une grande partie des membres de la PNFN ont signé une pétition pour sa destitution (dossier de la demanderesse, aux pages 435 à 438). Une lettre d'un avocat représentant la PNFN indique que la conseillère Cree a été « destituée » du conseil le 24 mars 2011 (dossier de la demanderesse, à la page 368). Cette décision a été prise par le conseil, car l'article 15.2 du code électoral de 1993 n'exigeait pas un nouveau vote des membres une fois la pétition signée. La conseillère Cree a alors introduit une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour, mais celle-ci a été réglée. Albert Cree, qui était chef et opposant politique de la conseillère Cree à l'époque, a témoigné à propos de ces événements (dossier de la défenderesse, à la page 326). Bien qu'il ait utilisé le mot « suspension », il a insisté sur le fait que les mesures prises étaient conformes au Règlement électoral, qui ne prévoyait alors qu'une destitution dans de telles circonstances. Ainsi, il est plus probable qu'improbable que la conseillère Cree ait été destituée conformément aux dispositions du code en vigueur à l'époque. Encore une fois, cela ne prouve pas la coutume alléguée par la PNFN.

[65] Marilyn Cree (également connue sous le nom de Marilyn Cardinal) a connu des problèmes de toxicomanie alors qu'elle était membre du conseil dans les années 1990. La conseillère Cree s'est absentée du conseil alors qu'elle suivait une cure de désintoxication. La PNFN prétend qu'il s'agit d'une suspension. La preuve révèle toutefois que cela était probablement le résultat d'une entente. Joann Cheecham, pour sa part, a témoigné que la conseillère Cree avait accepté de se faire soigner (dossier de la demanderesse, aux pages 354 et 355). Marie (Buffy) Cheecham a déclaré que [TRANSLATION] « c'était plus volontaire qu'autre chose »

custom to the effect that Council has the power to suspend councillors. As Justice Martineau said in *Francis*, “sporadic [behaviour]” does not a custom make. This is not, as FMFN contends, privileging form over substance. FMFN asserts that there is a precise rule empowering its Council to suspend councillors against their will. To prove such a custom, it must bring evidence of practices that fit that description. It is entirely possible for a councillor to agree to step aside temporarily from Council without the Council having the power to force the councillor to do so.

[66] To summarize, while it appears that the three individuals involved stepped aside from Council, the evidence fails to show that this was the result of the alleged customary power of the Council to suspend councillors. In two of the three cases, the evidence suggests that the suspension or removal was made according to processes expressly provided for in the Election Regulations or their 1993 predecessor. In one of those cases, a challenge was brought before this Court, but was settled, which makes it difficult to infer any consensus about the propriety of what took place. The third event was, in all likelihood, a voluntary withdrawal from Council while the individual concerned underwent treatment.

[67] Hence, FMFN failed to discharge its burden of proving the facts that would underpin the alleged customary rule.

(5) Section 81 of the *Indian Act*

[68] FMFN argues that the impugned decision could, in addition to inherent or customary powers, be based on section 81 of the *Indian Act*. Section 81 grants the council of Indian bands (or First Nations) a by-law making power over a range of subjects that are typically related to local governance. FMFN highlights, in particular, “the observance of law and order” (paragraph 81(1)(c)) and “the prevention of disorderly conduct and nuisances”

(dossier de la défenderesse, à la page 351). Si le retrait de la conseillère Cree du conseil est le résultat d’une entente, cela ne peut constituer une preuve d’une coutume selon laquelle le conseil a le pouvoir de suspendre des conseillers. Comme l’a dit le juge Martineau dans la décision *Francis*, « les comportements sporadiques » ne font pas coutume. Il ne s’agit pas, comme l’affirme la PNFM, de privilégier la forme par rapport au fond. La PNFM affirme qu’il existe une règle précise habilitant son conseil à suspendre des conseillers contre leur volonté. Pour prouver une telle coutume, il doit apporter la preuve de pratiques qui correspondent à cette description. Il est tout à fait possible qu’un conseiller accepte de se retirer temporairement du conseil sans que ce dernier ait le pouvoir de le forcer à le faire.

[66] En résumé, bien qu’il semble que les trois personnes concernées se soient retirées du conseil, la preuve ne permet pas d’établir que cela résultait du prétendu pouvoir coutumier du conseil de suspendre des conseillers. Dans deux des trois affaires, la preuve suggère que la suspension ou la destitution avait été décidée conformément aux processus expressément prévus dans le Règlement électoral ou son prédécesseur de 1993. Dans l’une de ces affaires, notre Cour a été saisie d’une contestation, mais celle-ci a été réglée. Il est donc difficile de tirer des conclusions quant à un consensus sur le bien-fondé de ce qui s’est produit. Le troisième événement, selon toute vraisemblance, était un retrait volontaire du conseil alors que la personne concernée suivait un traitement.

[67] La PNFM ne s’est donc pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière.

5) L’article 81 de la *Loi sur les Indiens*

[68] La PNFM soutient que la décision contestée pourrait, en plus des pouvoirs inhérents ou coutumiers, être fondée sur l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*. L’article 81 confère au conseil des bandes indiennes (c.-à-d. des Premières Nations) un pouvoir de prendre des règlements administratifs concernant une gamme de sujets qui sont généralement liés à la gouvernance locale. La PNFM souligne, en particulier, « l’observation de la

(paragraph 81(1)(d)). As the January 10, 2019 BCR did not refer to section 81 of the *Indian Act*, it is highly probable that raising this issue at this stage would offend the prohibition on supplementing administrative decisions by offering grounds that the decision maker chose not to raise: *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at paragraph 24. In any event, I will show why this argument is without merit.

[69] The origins of section 81 may be traced to early versions of the *Indian Act* adopted in the 19th century. At that time, one of the policies of the Act was gradually to induce Indigenous peoples to embrace democratic forms of government. Thus, *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6, section 10, enabled the federal government to mandate the holding of elections for the council of a particular Indian band. That council would then have the power to enact by-laws regarding certain matters of a local or “municipal” nature, such as “[t]he prevention of trespass by cattle”, or “[t]he maintenance of roads” [section 12]. That list was enlarged over the years to extend to subjects such as the regulation of traffic or the residence of band members. In mentioning this, I am not suggesting that a First Nation would not have inherent powers over the same issues, but simply that the *Indian Act* provided a channel for giving the force of a federal regulation to a certain type of Indigenous legislation: *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77 (B.C.C.A.), at paragraph 12. While the section 81 powers have sometimes been interpreted narrowly (*R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *St. Mary’s Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 3 F.C. 461 (T.D.), aff’d (1996), 136 D.L.R. (4th) 767, (1996), 198 N.R. 394 (F.C.A.); *Laforme v. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] 4 C.N.L.R. 118 (F.C.A.)), the Supreme Court of Canada appears to have taken a broader view in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3. See also, in this regard, Naomi Metallic, “Indian Act By-Laws: A Viable Means for First

loi et le maintien de l’ordre » (alinéa 81(1)c)) et « la répression de l’inconduite et des inconvénients » (alinéa 81(1)d)). Comme la résolution du conseil du 10 janvier 2019 ne faisait pas référence à l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*, il est fort probable que le fait de soulever cette question à ce stade enfreindrait l’interdiction de compléter les décisions administratives en offrant des motifs que le décideur a choisi de ne pas soulever : *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 24. Quoi qu’il en soit, je démontrerai pourquoi cet argument n’a aucun fondement.

[69] L’origine de l’article 81 peut être retracée jusqu’aux premières versions de la *Loi sur les Indiens* adoptée au 19^e siècle. À cette époque, l’un des objectifs de la Loi consistait à inciter progressivement les peuples autochtones à adopter des formes de gouvernement démocratiques. Ainsi, l’*Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, article 10, a permis au gouvernement fédéral d’ordonner la tenue d’élections pour le conseil d’une bande indienne donnée. Ce conseil aurait alors le pouvoir de prendre des règlements concernant certaines questions de nature locale ou « municipale », comme les « mesures à prendre pour empêcher les bestiaux de commettre des dégâts sur la propriété d’autrui » ou « l’entretien des chemins » [article 12]. Cette liste a été élargie au fil des ans pour s’étendre à des domaines tels que la réglementation de la circulation ou la résidence des membres de la bande. En mentionnant cela, je ne dis pas qu’une Première Nation n’aurait pas de pouvoirs inhérents concernant les mêmes questions, mais simplement que la *Loi sur les Indiens* a prévu un mécanisme pour donner la force d’un règlement fédéral à un certain type de législation autochtone : *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77 (C.-B.C.A.), au paragraphe 12. Bien que les pouvoirs conférés par l’article 81 aient parfois été interprétés de manière restrictive (*R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Bande indienne de St. Mary’s c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1995] 3 C.F. 461 (1^{re} inst), conf. par [1996] A.C.F. n° 835 (QL) (C.A.); *Laforme c. Mississaugas of the New Credit First Nation*

Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later” (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.

[70] Section 81 must nevertheless be given an interpretation that is compatible with the logic and structure of the *Indian Act*. First Nation council elections are governed by sections 74–80. In particular, subsection 78(2) sets forth grounds for the removal of a chief or councillor. Parliament cannot have intended to allow First Nation councils to make by-laws under section 81 that would deviate from the rules set out in sections 74–80, for example by providing alternative grounds for removal or suspension.

[71] The same result obtains where a First Nation is not subject to sections 74–80 and has adopted its own election laws. It should be borne in mind, in this regard, that “Customary election laws are not ‘by-laws’ as that term is used in sections 81–86 of the *Indian Act*”: *Louie v. Louie*, 2018 FC 550 [cited above], at paragraph 18. Their validity and legal force does not flow from the *Indian Act*. Thus, by-laws made under section 81 cannot contradict or change a First Nation’s election laws, as they are not enacted pursuant to the same source of authority.

[72] As our jurisprudence has made clear, First Nations election laws must be adopted by the membership or reflect the “broad consensus” of the membership. In contrast, by-laws made under section 81 do not need to be approved by a First Nation’s members, nor reflect their broad consensus. Allowing by-laws made under section 81 to do something that a First Nation’s members deliberately chose not to authorize the Council to do would upend this relationship between those two sources of authority, the membership and the Council.

Band Council, [2000] A.C.F. n° 628 (QL) (C.A.F.)), la Cour suprême du Canada semble avoir adopté une vision plus large dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3. Voir également, à ce sujet, Naiomi Metallic, « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and not Later » (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.

[70] L’article 81 doit néanmoins recevoir une interprétation compatible avec la logique et la structure de la *Loi sur les Indiens*. Les élections au conseil d’une Première Nation sont régies par les articles 74 à 80. En particulier, le paragraphe 78(2) énonce les motifs de destitution d’un chef ou d’un conseiller. Le législateur ne pouvait avoir eu l’intention de permettre aux conseils des Premières Nations de prendre, en se fondant sur l’article 81, des règlements qui s’écarteraient des règles énoncées aux articles 74 à 80, par exemple en prévoyant d’autres motifs de destitution ou de suspension.

[71] La même règle s’applique lorsqu’une Première Nation n’est pas assujettie aux articles 74 à 80 et a adopté ses propres lois électorales. À cet égard, il convient de garder à l’esprit que « les coutumes électorales ne sont pas des « règlements administratifs » au sens des articles 81 à 86 de la *Loi sur les Indiens* » : *Louie c. Louie*, 2018 CF 550 [précitée], au paragraphe 18. Leur validité et leur force juridique ne découlent pas de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, les règlements administratifs pris en application de l’article 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d’une Première Nation, puisqu’ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir.

[72] Comme notre jurisprudence l’a clairement précisé, les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le « large consensus » de leurs membres. En revanche, il n’est pas nécessaire que les règlements pris en application de l’article 81 soient approuvés par les membres d’une Première Nation ou qu’ils reflètent leur large consensus. Autoriser les règlements administratifs pris en application de l’article 81 à faire quelque chose que les membres d’une Première Nation ont délibérément choisi de ne pas autoriser le conseil à faire détruirait cette

[73] Indeed, as First Nations develop governance frameworks outside the *Indian Act*, a First Nation's council cannot use the section 81 powers to alter those frameworks in a manner that was not contemplated when those frameworks were established.

[74] An additional hurdle facing FMFN's argument is that the impugned decision was simply not a by-law purported to be made under section 81 of the *Indian Act*. A Council resolution or BCR is not necessarily a by-law made under section 81. Resolutions may be adopted for a variety of purposes other than making a by-law. FMFN submits that *Berens River First Nation v. Gibson-Peron*, 2015 FC 614, at paragraph 95, is authority for the proposition that a BCR is always a by-law. That is simply not what my colleague Justice Cecily Strickland said in that judgment. However, in *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band*, [2001] 2 C.N.L.R. 57 (F.C.T.D.), it was held that a BCR is not a by-law if the procedure set out in sections 81–85.1 is not followed. In this case, on its plain reading, the impugned BCR does not purport to enact a by-law. Moreover, it was not published according to section 86 of the *Indian Act*. A press release announcing the suspension of Councillor Whalen and a memorandum to FMFN employees to the same effect do not satisfy the requirements of section 86.

(6) Necessity or Inherent Power

[75] FMFN also argues that the Council's power to suspend a councillor is "inherent". It also asserts that this power finds its source in the principle of necessity, as the lack of such a power would lead to an "intolerable result" or an absurdity.

relation entre ces deux sources d'autorité, à savoir l'ensemble des membres et le conseil.

[73] En effet, alors que les Premières Nations élaborent des cadres de gouvernance en dehors de la *Loi sur les Indiens*, le conseil d'une Première Nation ne peut utiliser les pouvoirs conférés par l'article 81 pour modifier ces cadres d'une manière qui n'avait pas été envisagée lors de leur création.

[74] L'argument de la PNFM pose un autre problème : la décision contestée n'était tout simplement pas un règlement censé être pris en application de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*. Une résolution du conseil n'est pas nécessairement un règlement administratif pris en application de l'article 81. Les résolutions peuvent être adoptées à diverses fins autres que la prise d'un règlement administratif. La PNFM soutient que la décision *Première nation de Berens River c. Gibson-Peron*, 2015 CF 614, au paragraphe 95, appuie la proposition selon laquelle une résolution du conseil est toujours un règlement administratif. Ce n'est tout simplement pas ce que ma collègue la juge Cecily Strickland a dit dans cette décision. Cependant, dans la décision *Gamblin c. Bande de la Nation Crie Norway House*, [2000] A.C.F. n° 2132 (QL) (1^{re} inst.), il a été décidé qu'une résolution du conseil n'est pas un règlement administratif si la procédure décrite aux articles 81 à 85.1 n'est pas suivie. En l'espèce, à sa simple lecture, la résolution du conseil contestée ne vise pas à édicter un règlement administratif. De plus, elle n'a pas été publiée conformément à l'article 86 de la *Loi sur les Indiens*. Un communiqué de presse annonçant la suspension de la conseillère Whalen et une note de service adressée aux employés de la PNFM dans le même sens ne répondent pas aux exigences de l'article 86.

6) Nécessité ou pouvoir inhérent

[75] La PNFM fait également valoir que le pouvoir du conseil de suspendre un conseiller est « inhérent ». Elle soutient aussi que ce pouvoir tire son origine du principe de nécessité, étant donné que l'absence d'un tel pouvoir conduirait à un « résultat intolérable » ou à une absurdité.

[76] The adjective “inherent” is generally used, in this context, to describe powers that do not find their source in the usual categories of Canadian law, but rather in Indigenous legal systems quite apart from Canadian law. For example, as I explained above, the power to enact election laws is not conferred by the *Indian Act*. It flows from the inherent authority of First Nations communities, although its outcome is recognized by the *Indian Act*.

[77] Determining who can exercise an inherent power is a difficult issue. In principle, this should be determined by the relevant Indigenous legal system: see, by way of analogy, *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, at paragraphs 149–156, reversed on other grounds, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257. In the elections context, this Court has held that election laws must reflect the broad consensus of the membership of the First Nation concerned. In doing so, this Court determined who has the inherent power to make such laws or, at least, whom it would recognize as having that power. Unless we contradict ourselves, we cannot recognize another source of power. Thus, FMFN cannot invoke an inherent power of its Council to suspend Councillor Whalen.

[78] Insofar as FMFN invokes a separate concept of necessity to support a power that was deliberately omitted in the Election Regulations, the same considerations apply. To be sure, resolving First Nations governance disputes sometimes requires a certain degree of creativity on the part of this Court: *Mercredi v. Fond du Lac Denesuline First Nation*, 2018 FC 1272, at paragraphs 50–56. However, this does not mean that we can, as a general rule, recognize broad powers to First Nations councils for the sole reason that those powers appear to be missing from the election codes adopted by the First Nations themselves. That is not our role. If we were to accede to that invitation, we would in effect be crafting a common law of First Nations governance that would override some of the choices made by First Nations.

[76] L’adjectif « inhérent » est généralement utilisé, dans ce contexte, pour décrire des pouvoirs qui ne trouvent pas leur source dans les catégories habituelles du droit canadien, mais plutôt dans les systèmes juridiques autochtones, indépendamment du droit canadien. Par exemple, comme je l’ai expliqué ci-dessus, le pouvoir d’adopter des lois électorales n’est pas conféré par la *Loi sur les Indiens*. Il découle du pouvoir inhérent des communautés des Premières Nations, bien que son résultat soit reconnu par la *Loi sur les Indiens*.

[77] Identifier le titulaire d’un pouvoir inhérent n’est pas toujours facile. En principe, la question devrait être résolue par le système juridique autochtone pertinent : voir, par analogie, *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, aux paragraphes 149 à 156, infirmée pour d’autres motifs par *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257. Dans le contexte des élections, la Cour a conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée. Ce faisant, la Cour a déterminé qui a le pouvoir inhérent d’adopter de telles lois ou, du moins, à qui elle reconnaîtrait ce pouvoir. À moins de nous contredire, nous ne pouvons pas reconnaître une autre source de pouvoir. La PNFM ne peut donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la conseillère Whalen.

[78] Dans la mesure où la PNFM invoque une notion distincte de nécessité pour appuyer un pouvoir qui a été délibérément omis dans le Règlement électoral, les mêmes considérations s’appliquent. Il est vrai que le règlement des différends relatifs à la gouvernance des Premières Nations exige parfois un certain degré de créativité de la part de notre Cour : *Mercredi c. Première Nation dénésuline du Fond-du-Lac*, 2018 CF 1272, aux paragraphes 50 à 56. Cependant, cela ne signifie pas que nous puissions, de manière générale, reconnaître de larges pouvoirs aux conseils des Premières Nations pour la seule raison que ces pouvoirs semblent avoir été omis dans les codes électoraux adoptés par les Premières Nations elles-mêmes. Ce n’est pas notre rôle. Si nous devons accepter cette invitation, nous élaborerions en fait une forme de droit commun de la gouvernance des

[79] Moreover, necessity is too vague a standard by which to recognize powers such as the power to suspend a councillor. In this regard, FMFN argues that it is absurd or intolerable for the Council not to have the power to discipline its members, for example where a councillor breaches ethical standards. But the line between what is necessary and what is merely desirable is not easy to draw. It is not for me to draw that line. Rather, it is for FMFN's membership to decide what kinds of breaches of ethics warrant suspension or removal. Indeed, some of the grounds for removal that are expressly mentioned in the Election Regulations may be said to convey ethical standards.

[80] FMFN relies on *Whitehead v. Pelican Lake First Nation*, 2009 FC 1270, [2010] 2 C.N.L.R. 371, in which my colleague Justice Michel Shore recognized the "inherent" power of the council of a First Nation to suspend a councillor. If I understand his reasons correctly, he relied on cases that dealt with necessity as a defence to allegations of bias and with necessity as a synonym for the ancillary power to create offences and to provide for sanctions. With respect for my colleague, I cannot agree that an unwritten or inherent power to suspend councillors can be based on such principles, largely for the reasons that I have articulated above. In any event, insofar as it is invoked as authority for the proposition that the council of a First Nation has powers of suspension or removal that are not provided in an exhaustive election code, *Whitehead* has been overtaken by the Federal Court of Appeal's decision in *Orr*.

IV. Disposition

[81] As FMFN's Council did not have the power to suspend Councillor Whalen in the circumstances of this case, the application for judicial review will be allowed and the Council's decision dated January 10, 2019 will

Premières Nations qui se substituerait aux choix faits par celles-ci.

[79] De plus, la nécessité est une norme trop vague pour reconnaître des pouvoirs tels que le pouvoir de suspendre un conseiller. À cet égard, la PNFN soutient qu'il est absurde ou intolérable que le conseil n'ait pas le pouvoir de discipliner ses membres, par exemple lorsqu'un conseiller viole des normes éthiques. Mais la ligne de démarcation entre ce qui est nécessaire et ce qui est simplement souhaitable est difficile à tracer. Ce n'est pas à moi de tracer cette ligne. C'est plutôt aux membres de la PNFN qu'il incombe de décider des types de manquement à l'éthique qui justifient la suspension ou la destitution. En fait, on peut dire que certains des motifs de destitution expressément mentionnés dans le Règlement électoral reflètent des normes éthiques.

[80] La PNFN s'appuie sur la décision *Whitehead c. Première Nation de Pelican Lake*, 2009 CF 1270, dans lequel mon collègue le juge Michel Shore a reconnu le pouvoir « inhérent » du conseil d'une Première Nation de suspendre un conseiller. Si je comprends bien ses motifs, il s'est fondé sur des affaires qui traitaient de la nécessité comme moyen de défense contre des allégations de partialité et de la nécessité comme synonyme du pouvoir accessoire de créer des infractions et de prévoir des sanctions. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, je ne peux pas accepter qu'un pouvoir non écrit ou inhérent de suspendre des conseillers puisse être fondé sur de tels principes, en grande partie pour les raisons que j'ai exposées précédemment. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où elle est invoquée comme précédent à l'appui de la proposition selon laquelle le conseil d'une Première Nation dispose de pouvoirs de suspension ou de destitution qui ne sont pas prévus dans un code électoral exhaustif, la décision *Whitehead* a été supplantée par l'arrêt *Orr* de la Cour d'appel fédérale.

IV. Décision

[81] Comme le conseil de la PNFN n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen dans les circonstances de la présente affaire, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie et la décision du conseil datée

be quashed. It follows that Councillor Whalen will be reinstated in her position.

[82] Councillor Whalen also seeks an order of prohibition, preventing FMFN from pursuing suspension proceedings against her or beginning new proceedings that are not authorized by the Election Regulations. On judicial review, however, our usual practice is simply to quash the offending decision and let the decision maker render a new decision, if needed: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R.(6th) 267, at paragraph 15. I do not see any reason to depart from our usual practice. It is obvious from these reasons that the Council did not have the power to suspend Councillor Whalen and cannot resume the same proceedings. As to an order prohibiting Council from initiating procedures not in compliance with the Election Regulations, it is merely an order to obey the law and would not be useful.

[83] At the hearing, both parties asked to be allowed to make submissions as to costs after judgment is rendered. I agreed to that request. Thus, Councillor Whalen will have 30 days from the date of this judgment to make submissions, and FMFN will have 10 days from the date Councillor Whalen's submissions are filed to respond.

du 10 janvier 2019 sera annulée. Il s'ensuit que la conseillère Whalen sera réintégrée dans ses fonctions.

[82] La conseillère Whalen demande également une ordonnance de prohibition, empêchant la PNFM d'engager une procédure de suspension à son encontre ou d'engager de nouvelles procédures non autorisées par le Règlement électoral. En matière de contrôle judiciaire, toutefois, notre pratique habituelle consiste simplement à annuler la décision incriminée et à laisser le décideur rendre une nouvelle décision, si nécessaire : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48, au paragraphe 15. Je ne vois aucune raison de m'écarter de notre pratique habituelle. Il ressort des présents motifs que le conseil n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen et ne pourrait pas reprendre la même procédure. Quant à une ordonnance interdisant au conseil d'engager des procédures non conformes au Règlement électoral, il ne s'agit que d'une ordonnance d'obéir à la loi et elle ne serait pas utile.

[83] À l'audience, les deux parties ont demandé à être autorisées à présenter des observations sur les dépens après le prononcé du jugement. J'accède à cette demande. Par conséquent, la conseillère Whalen aura 30 jours à compter de la date du présent jugement pour présenter des observations, et la PNFM disposera de 10 jours à compter de la date à laquelle les observations de la conseillère Whalen seront déposées pour y répondre.

JUDGMENT in T-146-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed;
2. The respondent's decision to suspend the applicant is quashed;
3. The issue of costs is reserved.

JUGEMENT dans le dossier T-146-19

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. La décision de la défenderesse de suspendre la demanderesse est annulée;
3. La question des dépens est différée.

A-400-17
2019 FCA 161

A-400-17
2019 CAF 161

Patrick Connolly (*Appellant*)

Patrick Connolly (*appelant*)

v.

c.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

Ministre du Revenu national (*intimé*)

INDEXED AS: CONNOLLY v. CANADA (NATIONAL REVENUE)

RÉPERTORIÉ : CONNOLLY c. CANADA (REVENU NATIONAL)

Federal Court of Appeal, Gauthier, Boivin and Gleason J.J.A.—Vancouver, March 20; Ottawa, May 24, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Boivin et Gleason, J.C.A.—Vancouver, 20 mars; Ottawa, 24 mai 2019.

Income Tax — Penalties and Interest — Registered retirement savings plans — Over-contributions — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of decision by respondent's delegate declining to grant relief in respect of income tax on over-contributions to appellant's registered retirement savings plans (RRSPs) — Appellant exceeding contribution allowed to RRSP, spousal RRSP — Canada Revenue Agency (CRA) advising appellant of over-contributions — Appellant's accountant sending necessary returns, forms one year later — Appellant failing to file RRSP over-contribution returns within prescribed time limit — Respondent issuing notices of assessment — Appellant requesting relief from tax on over-contributions, penalties, interest — Ministerial delegate refusing relief request pursuant to Income Tax Act, ss. 204.1(4), 220(3.1) — Delegate finding lack of awareness or poor financial advice not extraordinary circumstances — Federal Court holding delegate correct in interpreting s. 204.1(4), in rejecting claims because ignorance of law, reliance on advisor not grounds for relief — Whether delegate committing reviewable error — Federal Court not erring in dismissing application for judicial review — Although delegate's interpretation of s. 204.1(4) incorrect, reaching only reasonable conclusion in circumstances — Not reasonable to exclude from consideration all errors flowing from mistake about available contribution room, errors caused by bad advice — Unreasonable to interpret taking of reasonable steps to withdraw over-contribution to mean that taxpayer having to withdraw over-contributions as soon as possible or within required timeframe — Text of s. 204.1(4) not reasonably supporting delegate's interpretation — Context, purpose, plain meaning of English, French versions of s. 204.1(4) not reasonably supporting conclusion that over-contribution error must arise from extraordinary circumstances or that steps always having to be taken with dispatch to withdraw over-contribution — Delegate's interpretation thwarting s. 204.1(4) remedial purpose — Error made by third party advisor not automatically unreasonable

Impôt sur le revenu — Pénalités et intérêts — Régimes enregistrés d'épargne-retraite — Cotisations excédentaires — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par une fonctionnaire déléguée de l'intimé, qui a rejeté la demande d'allègement de l'impôt perçu sur les cotisations excédentaires aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) de l'appellant — L'appellant a cotisé une somme supérieure à la cotisation permise à son REER et à un REER au profit de son épouse — L'Agence du revenu du Canada (ARC) a expliqué à l'appellant qu'il avait fait des cotisations excédentaires — Le comptable de l'appellant a envoyé les déclarations et les formulaires nécessaires un an plus tard — L'appellant n'a pas produit les déclarations pour cotisations excédentaires dans le délai établi — L'intimé a délivré des avis de cotisation — L'appellant a demandé un allègement de l'impôt sur les cotisations excédentaires, ainsi que des pénalités et des intérêts — La fonctionnaire déléguée a rejeté les demandes d'allègement présentées au titre des art. 204.1(4) et 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Elle a conclu que la méconnaissance de l'appellant ou les mauvais conseils financiers qu'il a reçus ne constituaient pas des circonstances exceptionnelles — La Cour fédérale a jugé correcte l'interprétation de l'art. 204.1(4) faite par la fonctionnaire déléguée en rejetant la demande parce que ni l'ignorance de la loi ni le fait de se fier à un conseiller ne sont des motifs d'allègement — Il s'agissait de savoir si la fonctionnaire déléguée a commis une erreur susceptible de révision — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire — Bien que la fonctionnaire déléguée ait fait une interprétation erronée de l'art. 204.1(4), elle en est arrivée à la seule conclusion acceptable dans les circonstances — Il n'était pas raisonnable de ne pas tenir compte des erreurs découlant d'une erreur au sujet du montant des cotisations maximales admissibles ou des erreurs causées par de mauvais conseils — Il était déraisonnable d'interpréter l'adoption de mesures indiquées pour

— *Circumstances of taxpayer's reliance on expert third party for advice needing to be analyzed to determine if reasonable — Decision under appeal herein, other Federal Court decisions incorrect in stating that mistake as to amount of allowable RRSP contributions, or mistakes caused by expert third party advice never reasonable — Reasonable error not necessarily limited to what would constitute due diligence — Delegate ultimately reaching only reasonable conclusion despite errors — Appellant providing little detail as to reasons for mistake — Not appearing to have made inquiries to confirm contribution room — Error therefore not reasonable — Even if reasonable, steps taken to correct error not reasonable — No basis for interfering with delegate's conclusion — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the decision made by a delegate of the respondent declining to grant relief in respect of income tax on over-contributions to the appellant's registered retirement savings plans (RRSPs).

The appellant exceeded the contribution allowed to his RRSP and a spousal RRSP in 2003 and 2004. In 2007, the Canada Revenue Agency (CRA) advised the appellant that he might have over-contributed to his RRSPs and that any excess was subject to a tax of one percent per month. The appellant directed his accountant to prepare the necessary returns and forms. However, the accountant did not send the forms until 2008, more than a year later. The appellant failed to file RRSP over-contribution returns within the time limit prescribed by the CRA and the respondent issued notices of assessment requiring him to pay tax on the RRSP over-contributions, penalties and interest. In 2013, the appellant requested relief from the tax on the over-contributions, penalties and interest. The ministerial delegate refused the requests for relief pursuant to subsections 204.1(4) and 220(3.1) of the *Income Tax*

retirer des cotisations excédentaires comme signifiant que le contribuable doit retirer l'excédent le plus rapidement possible ou dans le délai prévu — Le texte de l'art. 204.1(4) n'appuie pas raisonnablement l'interprétation de la fonctionnaire déléguée — Le contexte, l'objet et le sens manifeste des versions française et anglaise de l'art. 204.1(4) n'étaient pas raisonnablement la conclusion que l'erreur responsable de l'excédent de cotisations doit résulter de circonstances exceptionnelles ou que des mesures doivent toujours être prises le plus rapidement possible pour retirer les cotisations excédentaires — L'interprétation de la fonctionnaire déléguée a contrevenu à l'objet de l'art. 204.1(4), qui est d'offrir un allègement — L'erreur commise par un tiers conseiller n'est pas automatiquement déraisonnable — Les circonstances qui ont amené le contribuable à se fier aux conseils d'un tiers expert doivent être analysées pour déterminer si l'erreur est acceptable — La décision portée en appel en l'espèce de même que d'autres décisions de la Cour fédérale sont erronées dans la mesure où elles indiquent qu'une erreur quant au montant des cotisations admissibles à un REER, ou que des erreurs découlant de conseils donnés par un tiers expert, ne peuvent jamais être acceptables — L'erreur acceptable ne se limite pas nécessairement à ce qui constitue une diligence raisonnable — Malgré les erreurs, la fonctionnaire déléguée est arrivée à la seule conclusion raisonnable — L'appellant a fourni peu de détails pour expliquer l'erreur — Il ne semble pas avoir cherché à savoir comment était déterminé son plafond de cotisation — Son erreur n'était donc pas acceptable — Même si l'erreur était acceptable, les mesures prises pour la corriger n'étaient pas indiquées — Rien ne justifiait d'infirmier la conclusion de la fonctionnaire déléguée — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant à l'encontre d'une décision rendue par une fonctionnaire déléguée de l'intimé, qui a rejeté la demande d'allègement de l'impôt perçu sur les cotisations excédentaires aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) de l'appellant.

L'appellant a cotisé une somme supérieure à la cotisation permise à son REER et à un REER au profit de son épouse en 2003 et 2004. En 2007, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a expliqué à l'appellant qu'il avait peut-être fait des cotisations excédentaires à son REER et que, le cas échéant, l'excédent était assujéti à un impôt de 1 p. 100 par mois. L'appellant a enjoint à son comptable de préparer les déclarations et formulaires nécessaires. Le comptable n'a toutefois envoyé les formulaires exigés qu'en 2008, soit plus d'un an plus tard. L'appellant n'a pas produit les déclarations pour cotisations excédentaires dans le délai établi par l'ARC, et l'intimé a délivré des avis de cotisation exigeant que l'appellant paie des impôts sur les cotisations excédentaires aux REER, ainsi que des pénalités et des intérêts. En 2013, l'appellant a présenté une demande d'allègement de l'impôt sur les cotisations excédentaires,

Act (Act). The delegate found, *inter alia*, that the appellant's lack of awareness or receiving poor financial advice from his accountant did not amount to extraordinary circumstances. The delegate also rejected the appellant's emotional distress at the relevant times as a mitigating factor, which did not directly contribute to his inability to file his returns in a timely fashion. The Federal Court held that the delegate was correct in interpreting subsection 204.1(4) and in rejecting the appellant's claims for relief mainly because ignorance of the law and reliance on a third party advisor are not available as grounds for relief, as held by the Federal Court in, *inter alia*, *Fleet v. Canada (Attorney General)* and *Gagné v. Canada (Attorney General)* (*Gagné*).

At issue was whether the delegate committed a reviewable error.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in dismissing the appellant's application for judicial review. Although the delegate's interpretation of subsection 204.1(4) of the Act was unreasonable and incorrect, the delegate reached the only conclusion that was reasonable in the circumstances. It was not reasonable to exclude from consideration all errors flowing from a mistake about the available contribution room or all errors caused by bad advice received from a third party. Similarly, it was unreasonable to interpret the taking of reasonable steps to withdraw an over-contribution from an RRSP to mean that a taxpayer must withdraw the over-contributions as soon as possible or within the two-month timeframe mentioned in CRA's internal guidelines. The text of subsection 204.1(4) cannot reasonably support the delegate's interpretation given the wording of the provision, which requires only that the error that led to the over-contribution and steps taken to remedy it be reasonable. The plain meaning of the English and French versions of subsection 204.1(4) cannot reasonably support the conclusion that the error which caused the over-contribution must arise from extraordinary circumstances or that steps must always be taken with all possible dispatch to withdraw the over-contribution from a taxpayer's RRSP. A review of the context and purpose of subsection 204.1(4) also led to the same conclusion. The delegate's interpretation of subsection 204.1(4) thwarted the subsection's remedial purpose as it virtually extinguished the Minister's discretion. If errors caused by a misunderstanding of the applicable limits are read out of the reach of subsection 204.1(4), it will have virtually no scope. The fact that the error might have been made by a third party advisor does not automatically mean that the error cannot be reasonable. The mere fact that a taxpayer has relied on an expert third party for

ainsi que des pénalités et intérêts. La fonctionnaire déléguée a rejeté les demandes d'allègement présentées au titre des paragraphes 204.1(4) et 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi). Elle a conclu notamment que la méconnaissance de l'appelant ou les mauvais conseils qu'il a reçus de son comptable ne constituaient pas des circonstances exceptionnelles. Elle a aussi rejeté la détresse de l'appelant durant les périodes en cause comme facteur atténuant, concluant que cette détresse n'avait pas contribué directement à son incapacité de produire sa déclaration dans les délais prescrits. La Cour fédérale a jugé correcte l'interprétation du paragraphe 204.1(4) faite par la fonctionnaire déléguée en rejetant la demande d'allègement de l'appelant, principalement parce que ni l'ignorance de la loi ni le fait de se fier à un tiers conseiller ne sont des motifs d'allègement, comme l'a souligné la Cour fédérale notamment dans les décisions *Fleet c. Canada (Procureur général)* et *Gagné c. Canada (Procureur général)* (*Gagné*).

Il s'agissait de savoir si la fonctionnaire déléguée a commis une erreur susceptible de révision.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant. Bien que la fonctionnaire déléguée ait fait une interprétation déraisonnable et erronée du paragraphe 204.1(4) de la Loi, elle en est arrivée à la seule conclusion acceptable dans les circonstances. Il n'était pas raisonnable de ne pas tenir compte des erreurs découlant d'une erreur au sujet du montant des cotisations maximales admissibles ou des mauvais conseils reçus d'un tiers. De même, il était déraisonnable d'interpréter l'adoption de mesures indiquées pour retirer des cotisations excédentaires à un REER comme signifiant que le contribuable doit retirer l'excédent le plus rapidement possible ou dans le délai de deux mois prévu dans les lignes directrices internes de l'ARC. Le texte du paragraphe 204.1(4) ne peut pas raisonnablement appuyer l'interprétation de la fonctionnaire déléguée, étant donné que cette disposition ne fait qu'indiquer que l'excédent doit faire suite à une erreur acceptable et que les mesures prises pour la corriger doivent être indiquées. Le sens manifeste des versions française et anglaise du paragraphe 204.1(4) ne peut raisonnablement pas étayer la conclusion que l'erreur responsable de l'excédent de cotisations doit résulter de circonstances exceptionnelles ou que des mesures doivent toujours être prises le plus rapidement possible pour retirer les cotisations excédentaires au REER du contribuable. Un examen du contexte et de l'objet du paragraphe 204.1(4) a mené également à la même conclusion. L'interprétation de la fonctionnaire déléguée du paragraphe 204.1(4) a contrevenu à l'objet du paragraphe qui est d'offrir un allègement, car elle supprimait pour ainsi dire le pouvoir discrétionnaire du ministre. Si les erreurs qui résultent d'une mauvaise compréhension des limites qui s'appliquent ne sont pas assujetties au paragraphe 204.1(4), la portée de

advice is not determinative. Rather, the circumstances of such reliance need to be analyzed to determine if it was reasonable. Thus, reliance on a third party neither entitles nor disentitles a taxpayer to relief under subsection 204.1(4). It followed that the decision under appeal and other Federal Court decisions such as *Kerr v. Canada (Attorney General)* and *Gagné* are incorrect in stating that a mistake as to the amount of allowable RRSP contributions under the ITA or mistakes caused by advice given by an expert third party can never be reasonable. *Kerr* erroneously likened relief under subsection 204.1(4) to the defence of due diligence. The notion of reasonable error is broader and thus is not necessarily limited to what would constitute due diligence. To the degree that the Federal Court collapsed these notions in the present and past cases, it erred. Despite the errors made in the decision, the delegate ultimately reached the only reasonable conclusion in light of the facts that the appellant put before the Minister. More particularly, the appellant provided little detail as to why he made the mistake that resulted in his over-contribution. The appellant was aware that there was a limit on RRSP contributions, but he did not appear to have made any inquiries to confirm his contribution room. His error therefore likely could not be said to have been reasonable. Even if it was, the steps taken by the appellant to correct the mistake could not be characterized as reasonable. Accordingly, there was no basis for interfering with the delegate's conclusion on penalties and interest.

celui-ci est alors pratiquement réduite à néant. Le fait que l'erreur puisse avoir été commise par un tiers conseiller ne signifie pas automatiquement que l'erreur ne peut être acceptable. Le simple fait qu'un contribuable se fie aux conseils d'un tiers expert ne constitue pas un élément déterminant. Ce sont plutôt les circonstances qui ont amené le contribuable à se fier à ces conseils qui doivent être analysées pour déterminer si l'erreur est acceptable. Se fier à un tiers ne constitue donc pas en soi un élément donnant au contribuable droit à l'allègement prévu au paragraphe 204.1(4), ou le privant de ce droit. Il s'ensuit que la décision portée en appel, de même que les décisions de la Cour fédérale *Kerr c. Canada (Procureur général)* et *Gagné* sont erronées dans la mesure où elles indiquent qu'une erreur quant au montant des cotisations admissibles à un REER selon la Loi, ou que des erreurs découlant de conseils donnés par un tiers expert, ne peuvent jamais être acceptables. Dans la décision *Kerr*, l'allègement au titre du paragraphe 204.1(4) a été assimilé à tort à une défense de diligence raisonnable. La notion d'erreur acceptable est plus vaste et elle ne se limite pas nécessairement à ce qui constitue une diligence raisonnable. La Cour fédérale a commis une erreur en réduisant ces notions en l'espèce et dans des décisions précédentes. Malgré les erreurs liées à cette décision, la fonctionnaire déléguée est arrivée à la seule conclusion raisonnable, eu égard aux faits que l'appellant a présentés au ministre. L'appellant a notamment fourni peu de détails pour expliquer l'erreur qui l'a amené à cotiser en trop. L'appellant savait qu'il existait un plafond de cotisation à un REER, mais il ne semble pas avoir cherché à savoir comment était déterminé son plafond de cotisation au REER. On ne peut donc pas vraisemblablement conclure que son erreur était acceptable. Même si l'on pouvait qualifier cette erreur d'acceptable, les mesures qu'il a prises pour corriger son erreur ne sauraient d'aucune façon être qualifiées d'« indiquées ». Par conséquent, rien ne justifiait d'infirmier la conclusion de la fonctionnaire déléguée concernant les pénalités et intérêts.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 56(1)(h), 146(1),(4),(5),(5.1),(8),(8.2),(8.21), 161(1),(11), 162(1), 204.1(2.1),(4), 204.2(1.1), 204.3(1),(2), 220(2.01),(3.1).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 8301.

CASES CITED

APPLIED:

Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development), 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 56(1)h), 146(1),(4),(5),(5.1),(8),(8.2),(8.21), 161(1),(11), 162(1), 204.1(2.1),(4), 204.2(1.1), 204.3(1),(2), 220(2.01),(3.1).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 8301.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord), 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83.

OVERRULED:

Gagné v. Canada (Attorney General), 2010 FC 778, 371 F.T.R. 150; *Kapil v. Canada Revenue Agency*, 2011 FC 1373, 401 F.T.R. 122; *Kerr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1073, 334 F.T.R. 249; *Ferron v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 481, 2011 D.T.C. 5101; *Levenson v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 10, 23 C.C.P.B. (2d) 177; *Pouchet v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 473, [2019] 2 C.T.C. 105.

CONSIDERED:

Connolly v. The Queen (April 5, 2013), 2012-3282(IT) (T.C.C.); *Corporation de l'École Polytechnique v. Canada*, 2004 FCA 127, 325 N.R. 64; *Lepiarczyk v. Canada (Revenue Agency)*, 2008 FC 1022, [2009] 1 C.T.C. 117.

REFERRED TO:

Redeemer Foundation v. M.N.R., 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40; *Bozzer v. Canada (National Revenue)*, 2011 FCA 186, [2013] 1 F.C.R. 242; *Fleet v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 609, 370 F.T.R. 192; *Dimovski v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 721, 391 F.T.R. 270; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, leave to appeal to S.C.C. granted [2018] 1 S.C.R. v; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, leave to appeal to S.C.C. refused 38179 (April 4, 2019); *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 432 N.R. 338; *Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 120, 358 D.L.R. (4th) 541; *Opportunities for the Disabled Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2016 FCA 94, 482 N.R. 297; *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 425 D.L.R. (4th) 746; *Ark Angel Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 21, [2019] 4 C.T.C. 71; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Elson v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 27; *Bailey v. Minister of National Revenue* (1989), 89 D.T.C. 416, 2 C.T.C. 2177 (T.C.C.); *Safety Boss Ltd. v. The Queen*, 2000 CanLII 216, 54 D.T.C. 1767, [2000] 3 C.T.C. 2497 (T.C.C.); *Silden v. Canada (Minister of National Revenue)* (1990), 90 D.T.C. 6576, 2 C.T.C. 533 (F.C.T.D.), revd

DÉCISIONS INFIRMÉES :

Gagné c. Canada (Procureur général), 2010 CF 778; *Kapil c. Canada Agence du revenu*, 2011 CF 1373; *Kerr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1073; *Ferron c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 481; *Levenson c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 10; *Pouchet c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 473.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Connolly c. La Reine (5 avril 2013), 2012-3282(IT) I (C.C.I.); *Corporation de l'école polytechnique c. Canada*, 2004 CAF 127; *Lepiarczyk c. Canada (Agence du revenu du Canada)*, 2008 CF 1022.

DÉCISIONS CITÉES :

Redeemer Foundation c. M.R.N., 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40; *Bozzer c. Canada (Revenu national)*, 2011 CAF 186, [2013] 1 R.C.F. 242; *Fleet c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 609; *Dimovski c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 721; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2018] 1 R.C.S. v; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 38179 (4 avril 2019); *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136; *Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 120; *Opportunities for the Disabled Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2016 CAF 94; *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136; *Ark Angel Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 21; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Elson c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 27; *Bailey v. Minister of National Revenue* (1989), 89 D.T.C. 416, 2 C.T.C. 2177 (C.C.I.); *Safety Boss Ltd. c. La Reine*, 2000 CanLII 216 (C.C.I.); *Silden v. Canada (Minister of National Revenue)* (1990), 90 D.T.C. 6576, 2 C.T.C. 533 (C.F. 1^{re} inst.), inf. par (1993), 156 N.R. 275, 93 D.T.C. 5362 (C.A.F.); *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Canada*

on other grounds (1993), 156 N.R. 275, 93 D.T.C. 5362 (F.C.A.); *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 106 N.R. 385; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *742190 Ontario Inc. (Van Del Manor Nursing Homes) v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2010 FCA 162, 406 N.R. 255.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 10th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2014, "reasonable".
 Canada Revenue Agency. Information Circular No. IC07-1 "Taxpayer Relief Provisions", May 31, 2007.
 Canada Revenue Agency. T1-OVP "2007 Individual Tax Return for RRSP Excess Contributions".
 Canada Revenue Agency. T3012A "Tax Deduction Waiver on the Refund of your Unused RRSP, PRPP, or SPP Contributions from your RRSP".
Oxford English Dictionary, "reasonable".
Petit Robert (Le), 2018, "acceptable", "adéquat", "indiquée".

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 1006, [2018] 3 F.C.R. 409) dismissing the appellant's application for judicial review of the decision made by a delegate of the respondent declining to grant relief in respect of income tax on over-contributions to the appellant's registered retirement savings plans. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Jennifer Flood for appellant.
Christa Akey and *Max Matas* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Thorsteinssons LLP, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

(Revenu national) c. Sifto Canada Corp., 2014 CAF 140; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *742190 Ontario inc. (Van Del Manor Nursing Homes) c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 CAF 162.

DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Circulaire d'information n° IC07-1 « Dispositions d'allègement pour les contribuables », 31 mai 2007.
 Agence du revenu du Canada. T1-OVP « Déclarations des particuliers pour 2007 — Cotisations excédentaires versées à un REER ».
 Agence du revenu du Canada. T3012A « Renonciation à l'impôt retenu sur le remboursement de vos cotisations inutilisées versées à un REER, un RPAC ou un RPD à partir de votre REER ».
Black's Law Dictionary, 10^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 2014, « reasonable ».
Oxford English Dictionary, « reasonable ».
Petit Robert (Le), 2018, « acceptable », « adéquat », « indiquée ».

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2017 CF 1006, [2018] 3 R.C.F. 409) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant à l'encontre d'une décision rendue par une fonctionnaire déléguée de l'intimé, qui a rejeté la demande d'allègement de l'impôt perçu sur les cotisations excédentaires aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) de l'appellant. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Jennifer Flood pour l'appellant.
Christa Akey et *Max Matas* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thorsteinssons LLP, Vancouver, pour l'appellant.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GLEASON J.A.: This is an appeal from the Federal Court's judgment in *Connolly v. Canada (National Revenue)*, 2017 FC 1006, [2018] 3 F.C.R. 409 [reasons] (*per Annis J.*), dismissing Mr. Connolly's application for judicial review of the November 30, 2016, decision made by a delegate of the respondent Minister. In the decision, the delegate declined to grant relief in respect of income tax on over-contributions to Mr. Connolly's registered retirement savings plans (RRSPs) and declined to waive the associated interest and penalties for the 2003 to 2010 taxation years.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss this appeal, without costs.

I. Background

[3] It is useful to commence by reviewing the background to this appeal.

[4] Mr. Connolly did not file income tax returns for the 1988 to 2003 taxation years before the applicable April 30th deadlines because he owed no tax in any of those years and had been told by his accountant that it was therefore not necessary for him to file tax returns. As a result, he received no notices of assessment prior to 2005 for the 1997 to 2003 taxation years. In an individual taxpayer's notice of assessment, the Minister of National Revenue provides details of a taxpayer's unused RRSP contribution room.

[5] Because Mr. Connolly was a member of a pension plan, his and his employer's pension contributions gave rise to a pension adjustment that reduced his RRSP contribution room to near zero. However, it appears that Mr. Connolly was unaware of this and erroneously believed he could make the maximum contribution to an RRSP, although he provided no details of what led him to reach this conclusion. Mr. Connolly made no inquiries about his contribution room, and neither his accountant nor his financial institution appears to have discussed

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel de la décision *Connolly c. Canada (Revenu national)*, 2017 CF 1006, [2018] 3 R.C.F. 409 [motifs], rendue par le juge Annis de la Cour fédérale, qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Connolly à l'encontre d'une décision rendue le 30 novembre 2016 par la fonctionnaire déléguée du ministre intimé. Dans sa décision, la fonctionnaire déléguée a rejeté la demande d'allègement de l'impôt perçu sur les cotisations excédentaires aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) de M. Connolly et a refusé de renoncer aux pénalités et intérêts applicables pour les années d'imposition 2003 à 2010.

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel sans dépens.

I. Résumé des faits

[3] Il est utile de commencer par un examen des faits pertinents dans cet appel.

[4] M. Connolly n'a pas produit de déclarations de revenus pour les années d'imposition 1988 à 2003 avant la date limite prévue du 30 avril, car il n'avait pas d'impôt à payer ces années-là et son comptable lui avait dit qu'il n'était pas nécessaire de le faire. Ce n'est donc qu'en 2005 que M. Connolly a reçu les avis de cotisation pour les années d'imposition 1997 à 2003. Dans l'avis de cotisation adressé à un particulier, le ministre du Revenu national informe le contribuable du montant des cotisations inutilisées à un REER.

[5] Comme M. Connolly cotisait à un régime de pension, les cotisations de retraite payées par lui et son employeur ont donné lieu à un rajustement des pensions, ce qui a pratiquement réduit à zéro ses droits de cotisation à un REER. Il semble toutefois que M. Connolly ne le savait pas et il a cru, à tort, qu'il pouvait cotiser la somme maximale à un REER, bien qu'il n'ait fourni aucun détail pour expliquer comment il en était arrivé à cette conclusion. M. Connolly n'a fait aucune recherche pour connaître ses droits de cotisation, et ni son comptable ni

the issue with him. In 2003, Mr. Connolly contributed \$15 000 to his RRSP and \$15 000 to a spousal RRSP; he contributed a further \$15 000 to his spousal RRSP in 2004.

[6] In early 2005, Mr. Connolly's accountant filed income tax returns for the 1997 to 2004 taxation years. Mr. Connolly eventually received notices of assessment for these years, including for 2003 and 2004. These informed him that he had "unused RRSP contributions" that he could carry forward and deduct from his income in future years. The notices also referred to a special tax payable on over-contributions to an RRSP, but did not inform Mr. Connolly that he had made an over-contribution. As the notices were not put before the Tax Court or this Court, it is unclear what they said about the quantum of Mr. Connolly's unused RRSP contribution room.

[7] Mr. Connolly's accountant later filed tax returns for Mr. Connolly for the 2005 to 2008 taxation years. Over several years, Mr. Connolly deducted only a small portion of his RRSP contributions. More specifically, according to records from Canada Revenue Agency (the CRA), Mr. Connolly deducted \$600 for the 2004 taxation year, \$628 in the 2005 taxation year, \$55 in the 2007 taxation year and \$3 190 in the 2008 taxation year. This left \$40 527 that Mr. Connolly contributed to his and his spousal RRSPs but did not deduct.

[8] On February 9, 2007, the CRA sent Mr. Connolly a letter explaining that he might have over-contributed to his RRSPs from 2003 to 2005 and that, if so, the excess was subject to a tax of one percent per month. The letter also informed him of the requirement that he file an RRSP over-contribution return for each year he had excess RRSP contributions (known as a T1-OVP return), that he could withdraw the excess contributions and that, if he did so within the statutorily prescribed timeframe, he could make the withdrawal without withholding tax by filing a T3012A form [Tax Deduction Waiver

son institution financière ne semblent avoir discuté de cette question avec lui. En 2003, M. Connolly a cotisé 15 000 \$ à son REER et 15 000 \$ à un REER au profit de son épouse et, en 2004, il a cotisé de nouveau 15 000 \$ au REER au profit de son épouse.

[6] Au début de 2005, le comptable de M. Connolly a produit les déclarations de revenus de son client pour les années d'imposition 1997 à 2004. M. Connolly a finalement reçu les avis de cotisation pour ces années, y compris ceux pour 2003 et 2004. Dans ces avis, il était indiqué qu'il avait des « droits inutilisés de cotisation à un REER » qu'il pouvait reporter et déduire de son revenu dans des déclarations subséquentes. Ces avis mentionnaient également un impôt spécial exigible sur les cotisations excédentaires à un REER, sans préciser toutefois que M. Connolly avait fait de telles cotisations. Comme les avis n'ont pas été présentés à la Cour canadienne de l'impôt ni à notre Cour, on ignore ce qui y était précisé quant au montant des droits de cotisation inutilisés de M. Connolly.

[7] Le comptable a par la suite produit les déclarations de revenus de M. Connolly pour les années d'imposition 2005 à 2008. Pendant plusieurs années, M. Connolly n'a déduit qu'un faible montant au titre de ses cotisations à son REER. Plus précisément, selon les dossiers de l'Agence du revenu du Canada (l'Agence), M. Connolly a demandé des déductions de 600 \$, de 628 \$, de 55 \$ et de 3 190 \$ pour les années d'imposition 2004, 2005, 2007 et 2008, respectivement. Il restait donc un montant de 40 527 \$ que M. Connolly avait versé à son REER et à celui au profit de son épouse, mais pour lequel il n'avait pas demandé de déduction.

[8] Le 9 février 2007, l'Agence a fait parvenir une lettre à M. Connolly dans laquelle elle lui expliquait qu'il avait peut-être fait des cotisations excédentaires à son REER de 2003 à 2005 et que, le cas échéant, l'excédent était assujéti à un impôt de 1 p. 100 par mois. Dans cette lettre, l'Agence informait également M. Connolly qu'il devait produire une déclaration pour chaque année au cours de laquelle il avait versé des cotisations excédentaires à des REER (la déclaration T1-OVP) et qu'il pouvait retirer cet excédent de cotisations sans qu'il y ait retenue d'impôt, s'il le faisait dans le délai prescrit

on the Refund of your Unused RRSP, PRPP, or SPP Contributions from your RRSP].

[9] Shortly after receipt of this letter, Mr. Connolly directed his accountant to prepare the necessary T1-OVP [Individual Tax Returns for RRSP, PRPP and SPP Excess Contributions] returns and a T3012A form. However, the accountant did not send the forms until February 12, 2008, more than a year later. There is no evidence that Mr. Connolly did anything in the interim to inquire as to the status of the filings. While Mr. Connolly deposes in his affidavit that his accountant filed the required returns and forms in February 2008, the CRA has no record of having received them.

[10] On October 20, 2008, the CRA sent a further letter to Mr. Connolly, requesting that he file his T1-OVP returns within 30 days and explaining that if he failed to do so, the Minister would assess him arbitrarily. Mr. Connolly did not file the returns within 30 days and, accordingly, the Minister arbitrarily assessed Mr. Connolly on January 5, 2009, issuing notices of assessment requiring him to pay tax on the RRSP over-contributions, penalties flowing from the failure to file the required T1-OVP returns in a timely fashion and interest on both amounts.

[11] On January 21, 2009, Mr. Connolly's accountant filed T1-OVP returns for 2003 to 2007 and T3012A forms for 2003 and 2004. On February 26, 2010, Mr. Connolly withdrew \$15 000 from his RRSP and \$29 854.24 from his spousal RRSP. Mr. Connolly included the withdrawals in his income for 2010 and claimed a corresponding deduction. The Minister reassessed and denied the deduction.

[12] Mr. Connolly objected to the reassessment and appealed to the Tax Court. In an unreported judgment dated April 5, 2013 (file 2012-3282(IT)I), the Tax Court

et s'il produisait un formulaire T3012A [Renonciation à l'impôt retenu sur le remboursement de vos cotisations inutilisées versées à un REER, un RPAC ou un RPD à partir de votre REER].

[9] Peu après avoir reçu cette lettre, M. Connolly a enjoint à son comptable de préparer les déclarations T1-OVP [Déclarations des particuliers pour AAAA Cotisations excédentaires versées à un REER, RPAC, RPD] et le formulaire T3012A. Le comptable n'a toutefois envoyé les formulaires exigés que le 12 février 2008, soit plus d'un an plus tard. Aucun élément de preuve n'indique que M. Connolly ait fait quelque démarche dans l'intervalle pour s'informer des progrès faits en vue du dépôt des documents demandés. Bien que M. Connolly soutienne dans son affidavit que son comptable a déposé lesdits formulaires et déclarations en février 2008, rien dans les dossiers de l'Agence n'indique la réception de ces documents.

[10] Le 20 octobre 2008, l'Agence a envoyé une autre lettre à M. Connolly, lui demandant de produire les déclarations T1-OVP dans un délai de 30 jours, à défaut de quoi le ministre établirait une cotisation arbitraire. Comme M. Connolly n'a pas produit les déclarations dans le délai de 30 jours établi, le ministre a établi arbitrairement une cotisation le 5 janvier 2009 et délivré des avis de cotisation exigeant que M. Connolly paie des impôts sur les cotisations excédentaires aux REER, ainsi que des pénalités découlant de son défaut de produire les déclarations T1-OVP dans le délai prévu et les intérêts exigibles sur ces deux montants.

[11] Le 21 janvier 2009, le comptable de M. Connolly a déposé les déclarations T1-OVP pour les années d'imposition 2003 à 2007 et les formulaires T3012A pour 2003 et 2004. Le 26 février 2010, M. Connolly a retiré 15 000 \$ de son REER et 29 854 24 \$ du REER au profit de son épouse. M. Connolly a inclus ces retraits dans son revenu de 2010 et a demandé une déduction égale à la somme retirée. Le ministre a établi une nouvelle cotisation et a refusé de lui accorder la déduction.

[12] M. Connolly s'est opposé à cette nouvelle cotisation et a interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt. Dans un jugement non publié daté

(*per* Bocoock J.), allowed the appeal in part, concluding that Mr. Connolly met the statutory requirements to claim the deduction for the 2004 over-contributions, but not the 2003 over-contributions. In the Tax Court's view, since the Minister reassessed Mr. Connolly in 2008, he was eligible for the 2004 deduction when he withdrew the over-contribution in 2010. Neither Mr. Connolly nor the Crown appealed the Tax Court's judgment, which is consequently final. In *obiter dicta*, or non-binding comment, the Tax Court suggested that Mr. Connolly seek a ministerial waiver for the tax on the over-contributions, penalties and interest and intimated that the Minister would look favourably on such a request.

[13] On December 19, 2013, Mr. Connolly requested relief from the tax on the over-contributions, penalties and interest. It is this request that gave rise to the decision that is the subject of this appeal.

[14] On September 29, 2014, the CRA asked Mr. Connolly to file T1-OVP returns for 2008, 2009 and 2010. Since Mr. Connolly had not done so by June 19, 2015, the Minister again arbitrarily assessed Mr. Connolly for tax on the over-contributions, penalties and interest in respect of these years. Mr. Connolly filed a T1-OVP return in August 2015 and objected to the June 19, 2015, assessment. The CRA allowed the objection with respect to the 2010 taxation year.

[15] By decision dated November 30, 2016, the Minister denied Mr. Connolly's requests for relief from the tax on the over-contributions and for waiver of penalties and interest. This decision was judicially reviewed before the Federal Court, and the Federal Court's decision is the subject of the present appeal.

du 5 avril 2013 (dossier 2012-3282 (IT)I), la Cour canadienne de l'impôt (sous la plume du juge Bocoock) a accueilli l'appel en partie, concluant que M. Connolly satisfaisait aux exigences de la loi pour demander la déduction relative aux cotisations excédentaires versées en 2004, mais non à celles en 2003. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que, puisque le ministre avait établi une nouvelle cotisation en 2008, M. Connolly était admissible à la déduction pour l'année 2004 lorsqu'il a retiré la cotisation excédentaire en 2010. Ni M. Connolly ni la Couronne n'ont interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt, lequel est par conséquent définitif. Dans une observation incidente, ou non contraignante, la Cour canadienne de l'impôt suggérerait à M. Connolly de solliciter une renonciation de la part du ministre à l'impôt sur les cotisations excédentaires, ainsi qu'aux pénalités et intérêts, et laissait sous-entendre que le ministre accueillerait une telle requête.

[13] Le 19 décembre 2013, M. Connolly a présenté une demande d'allègement de l'impôt sur les cotisations excédentaires, ainsi que des pénalités et des intérêts. C'est cette demande qui a donné lieu à la décision faisant l'objet du présent appel.

[14] Le 29 septembre 2014, l'Agence a demandé à M. Connolly de produire des déclarations T1-OVP pour les années d'imposition 2008, 2009 et 2010. Comme M. Connolly n'avait toujours pas donné suite à cette demande le 19 juin 2015, le ministre a de nouveau établi une cotisation arbitraire à l'égard de M. Connolly relativement à l'impôt sur les cotisations excédentaires, ainsi qu'aux pénalités et aux intérêts exigibles pour ces trois années. M. Connolly a présenté une déclaration T1-OVP en août 2015 et fait opposition à la cotisation établie le 19 juin 2015. L'Agence a accueilli l'opposition relative à l'année d'imposition 2010.

[15] Dans une décision rendue le 30 novembre 2016, le ministre a rejeté les demandes d'allègement de M. Connolly visant l'impôt sur les cotisations excédentaires à des REER ainsi que les demandes de renonciation aux pénalités et intérêts applicables. Cette décision a fait l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, et c'est la décision de la Cour fédérale qui fait l'objet du présent appel.

[16] According to the CRA's calculations, as of October 17, 2018, Mr. Connolly owed \$62 968.67 in respect of his RRSP over-contributions, associated penalties and interest, broken down as follows:

Taxation year	Tax assessed	Late filing penalty	Arrears interest	Balance
2003	\$2,930.00	\$498.10	\$1,640.66	\$5,068.76
2004	\$4,788.00	\$813.96	\$2,181.82	\$7,783.78
2005	\$5,012.64	\$852.15	\$1,507.04	\$7,371.83
2006	\$5,012.64	\$852.15	\$906.50	\$6,771.29
2007	\$5,006.04	\$600.72	\$324.44	\$5,931.20
2008	\$4,623.24	\$785.95	\$1,991.39	\$7,400.58
2009	\$4,308.96	\$732.52	\$1,519.64	\$6,561.12
2010	\$566.08	\$96.23	(\$22.12)	\$640.19
Total as of December 31, 2010	[BLANK]	[BLANK]	[BLANK]	\$47,528.75

Although no additional tax has been assessed and no additional penalties have been imposed since the 2010 taxation year, interest has continued to accumulate on the arrears. The total interest for January 1, 2011, to October 17, 2018, was \$22 222.53. Added to the tax, penalties and interest owing on December 31, 2010, this totals \$69 751.28. The CRA credited \$6 782.61 it would otherwise have refunded to Mr. Connolly against this balance, reducing it to \$62 968.67.

[17] Mr. Connolly claims that in 2003 and 2004 he was suffering from severe depression, due to his constructive dismissal from his long-term employment, the death of his son some years previously and the death of his father-in-law in 2003. However, he provided only limited medical evidence to support these assertions because his treating physician had retired. That evidence does not comment on how, if at all, Mr. Connolly's condition might have impacted his ability to make the requisite filings and withdrawals.

[16] Selon les calculs de l'Agence, au 17 octobre 2018, M. Connolly devait 62 968,67 \$ au titre de ses cotisations excédentaires à des REER, ainsi que des pénalités et intérêts applicables. Cette somme étant répartie comme suit :

Année d'imposition	Impôt établi	Pénalité pour production tardive	Intérêts sur arriérés	Solde
2003	2 930,00 \$	498,10 \$	1 640,66 \$	5 068,76 \$
2004	4 788,00 \$	813,96 \$	2 181,82 \$	7 783,78 \$
2005	5 012,64 \$	852,15 \$	1 507,04 \$	7 371,83 \$
2006	5 012,64 \$	852,15 \$	906,50 \$	6 771,29 \$
2007	5 006,04 \$	600,72 \$	324,44 \$	5 931,20 \$
2008	4 623,24 \$	785,95 \$	1 991,39 \$	7 400,58 \$
2009	4 308,96 \$	732,52 \$	1 519,64 \$	6 561,12 \$
2010	566,08 \$	96,23 \$	(22,12 \$)	640,19 \$
Total au 31 décembre 2010	[VIDE]	[VIDE]	[VIDE]	47 528 75 \$

Bien qu'aucun impôt supplémentaire n'ait été établi et qu'aucune pénalité supplémentaire n'ait été imposée depuis l'année d'imposition 2010, les intérêts sur les arriérés ont continué de s'accumuler. Le montant total des intérêts exigibles pour la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 17 octobre 2018 s'élevait à 22 222,53 \$. En additionnant l'impôt, les pénalités et les intérêts exigibles au 31 décembre 2010, le montant total s'élevait à 69 751,28 \$. L'Agence a appliqué à ce solde un crédit de 6 782,61 \$ qu'elle aurait autrement remboursé à M. Connolly, ce qui a réduit la somme due à 62 968,67 \$.

[17] M. Connolly soutient qu'il a souffert d'une dépression majeure en 2003 et 2004, à la suite de son congédiement déguisé d'un emploi qu'il occupait depuis longtemps, du décès de son fils survenu quelques années auparavant et du décès de son beau-père en 2003. Il n'a toutefois fourni qu'une preuve médicale limitée pour appuyer ces allégations, car son médecin traitant avait pris sa retraite. Qui plus est, cette preuve n'indique pas comment, le cas échéant, l'état de M. Connolly aurait pu influencer sur sa capacité à produire les déclarations et faire les retraits exigés.

II. Relevant Legislative and Policy Provisions

[18] It is convenient to next detail the pertinent provisions in the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the ITA) and the CRA's guidelines concerning these provisions.

A. *ITA Provisions*

[19] The ITA provides that a taxpayer's contributions to an RRSP are deductible from income up to the taxpayer's deduction limit: ITA, subsections 146(1), (5), (5.1). For taxpayers who do not participate in a registered pension plan, the deduction limit is 18 percent of the previous year's earned income to an allowable yearly maximum that is set at \$ 26 500 for the 2019 taxation year. Where a taxpayer participates in a registered pension plan, the taxpayer's RRSP deduction limit is reduced through a pension adjustment to avoid unfairness between taxpayers with and without pensions: ITA, subsection 146(1); *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, section 8301. Generally, income earned on RRSP contributions is not taxable as long as it remains in the RRSP: ITA, subsection 146(4).

[20] If a taxpayer makes a contribution to his or her RRSP that exceeds his or her applicable deduction limit, the cumulative excess amount is taxed under Part X.1 [sections 204.1–204.3] of the ITA at a rate of one percent per month until it is withdrawn: ITA, subsections 204.1(2.1), 204.2(1.1), section 204.3. (This is subject to a \$2 000 lifetime grace amount that allows a taxpayer to overcontribute up to \$2 000 without being subject to tax on over-contributions: ITA, subsection 204.2(1.1).) Although a taxpayer is also taxed on the withdrawal of over-contributions from an RRSP, the taxpayer is entitled to an offsetting deduction if the withdrawal is made within the statutorily prescribed period, which is generally up to two years after the year in which the taxpayer made the contribution: ITA, paragraph 56(1)(h), subsections 146(8), (8.2), (8.21).

II. Les dispositions pertinentes des lois et des politiques

[18] À ce stade-ci, il est utile d'examiner les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la LIR), ainsi que les lignes directrices de l'Agence concernant ces dispositions.

A. *Les dispositions de la LIR*

[19] Selon la LIR, les cotisations à un REER sont déductibles d'impôt jusqu'à ce que le contribuable atteigne son plafond de déduction : LIR, paragraphes 146(1), (5) et (5.1). Pour les contribuables qui ne participent pas à un régime de pension agréé, le maximum déductible correspond à 18 p. 100 du revenu gagné l'année précédente jusqu'à un maximum annuel admissible, qui est maintenant fixé à 26 500 \$ pour l'année d'imposition 2019. Si le contribuable participe à un régime de pension agréé, le plafond de déduction au titre des REER est réduit pour éviter des iniquités entre les contribuables avec et sans régime de pension : LIR, paragraphe 146(1); *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, article 8301. En général, aucun impôt n'est payable sur le revenu provenant de cotisations à un REER tant que ce montant n'est pas retiré du REER : LIR, paragraphe 146(4).

[20] Si un contribuable verse à son REER une cotisation supérieure à son maximum déductible, l'excédent cumulé est imposable selon la partie X.1 [articles 204.1 à 204.3] de la LIR à un taux de 1 p. 100 par mois jusqu'au retrait du montant excédentaire : LIR, paragraphes 204.1(2.1) et 204.2(1.1) et article 204.3. (Un montant « de grâce » à vie de 2 000 \$ est prévu, ce qui permet à un contribuable de verser un excédent de cotisations pouvant atteindre jusqu'à 2 000 \$ sans avoir à payer d'impôt sur cet excédent : LIR, paragraphe 204.2(1.1).) Bien que les cotisations excédentaires retirées d'un REER soient également imposables, le contribuable a droit à une déduction compensatoire si le retrait est fait dans le délai prescrit, le délai maximal étant généralement de deux ans suivant l'année durant laquelle le contribuable a versé la cotisation : LIR, alinéa 56(1)(h) et paragraphes 146(8), (8.2) et (8.21).

[21] Taxpayers who make over-contributions to their RRSPs are required to file an annual return (known as a T1-OVP return) within 90 days of the end of the taxation year and to estimate and pay the amount of tax payable: ITA, subsection 204.3(1). Since the tax on over-contributions is payable at the end of each month (rather than after the end of the year), the taxpayer generally must also pay interest on the unpaid tax: ITA, subsections 161(1), 204.3(2). Where a taxpayer fails to file his or her T1-OVP return or is late in doing so, the taxpayer is liable to a penalty: ITA, subsections 162(1), 204.3(2) and may also be required to pay interest on the penalty: ITA, subsections 161(11), 204.3(2).

[22] Subsection 204.1(4) of the ITA provides for discretionary relief against the Part X.1 tax payable on over-contributions to an RRSP. It provides in relevant part:

204.1 ...

Waiver of tax

(4) Where an individual would, but for this subsection, be required to pay a tax under subsection ... 204.1(2.1) in respect of a month and the individual establishes to the satisfaction of the Minister that

(a) the ... cumulative excess amount on which the tax is based arose as a consequence of reasonable error, and

(b) reasonable steps are being taken to eliminate the excess,

the Minister may waive the tax.

[23] Subsection 220(3.1) of the ITA provides for discretionary relief against interest and penalties payable by taxpayers, including penalties payable for failing to file a T1-OVP return (or delaying in doing so) and interest payable on unpaid tax on over-contributions and penalties:

[21] Les contribuables qui versent des cotisations excédentaires à leurs REER sont tenus de produire une déclaration annuelle (déclaration T1-OVP) dans les 90 jours suivant la fin de l'année d'imposition, et d'estimer et de payer l'impôt exigible : LIR, paragraphe 204.3(1). Comme l'impôt sur les cotisations excédentaires est payable à la fin de chaque mois (plutôt qu'à la fin de l'année), le contribuable doit habituellement payer également des intérêts sur l'impôt non payé : LIR, paragraphes 161(1) et 204.3(2). Le contribuable est passible de pénalités s'il omet de produire sa déclaration T1-OVP ou s'il la produit en retard : LIR, paragraphes 162(1) et 204.3(2) et il peut également être tenu de payer des intérêts sur les pénalités établies : LIR, paragraphes 161(11) et 204.3(2).

[22] Le paragraphe 204.1(4) de la LIR accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire d'accorder un allègement de l'impôt exigible aux termes de la partie X.1 sur les cotisations excédentaires à un REER. Cette disposition prévoit notamment ce qui suit :

204.1 [...]

Renonciation

(4) Le ministre peut renoncer à l'impôt dont un particulier serait, compte non tenu du présent paragraphe, redevable pour un mois selon le paragraphe [...] (2.1), si celui-ci établit à la satisfaction du ministre que [...] l'excédent cumulatif qui est frappé de l'impôt fait suite à une erreur acceptable et que les mesures indiquées pour éliminer l'excédent ont été prises.

[23] Le paragraphe 220(3.1) de la LIR accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire d'alléger les pénalités et intérêts payables par le contribuable, y compris les pénalités imposées à la suite du défaut de produire une déclaration T1-OVP (ou de la production tardive de cette déclaration) et les intérêts exigibles sur tout impôt non payé sur les cotisations excédentaires et les pénalités :

220 ...**Waiver of penalty or interest**

(3.1) The Minister may, on or before the day that is ten calendar years after the end of a taxation year of a taxpayer ... or on application by the taxpayer ... on or before that day, waive or cancel all or any portion of any penalty or interest otherwise payable under this Act by the taxpayer ... in respect of that taxation year

[24] Both provisions contemplate the Minister making a discretionary decision; however, they differ in that subsection 204.1(4) of the ITA sets out conditions for relief (that the taxpayer must establish to the Minister’s “satisfaction” that the over-contribution “arose as a consequence of reasonable error” and that “reasonable steps are being taken to eliminate the excess”) whereas subsection 220(3.1) contains no such conditions, affording the Minister broad discretion to grant or deny relief.

[25] Although discretion in the instant case is vested in the Minister, as provided in subsection 220(2.01) of the ITA, the Minister may delegate her powers to CRA employees.

B. CRA Guidelines

[26] Two CRA guidelines are relevant. The first, entitled “Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23” is internal to the CRA and provides guidance for evaluating requests for waiving Part X.1 tax. The other is a published guideline, entitled, IC07-1 “Taxpayer Relief Provisions”, and provides guidance for several different types of taxpayer requests for relief, including requests for relief from penalty and interest under subsection 220(3.1) of the ITA.

220 [...]**Renonciation aux pénalités et aux intérêts**

(3.1) Le ministre peut, au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l’année d’imposition d’un contribuable [...] ou sur demande du contribuable ou de la société de personnes faite au plus tard ce jour-là, renoncer à tout ou partie d’un montant de pénalité ou d’intérêts payable par ailleurs par le contribuable [...] en application de la présente loi pour cette année d’imposition [...], ou l’annuler en tout ou en partie [...]

[24] Bien que ces deux dispositions habilent toutes deux le ministre à rendre une décision discrétionnaire, elles diffèrent du fait que le paragraphe 204.1(4) de la LIR énonce les conditions à satisfaire pour obtenir un allègement (le contribuable doit établir à la « satisfaction du ministre » que l’excédent « fait suite à une erreur acceptable » et que « les mesures indiquées pour éliminer l’excédent ont été prises »), alors que le paragraphe 220(3.1) ne fixe pas de telles conditions et qu’il accorde au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder ou de refuser un allègement.

[25] En l’espèce, le pouvoir discrétionnaire est conféré au ministre de déléguer à des employés de l’Agence selon le paragraphe 220(2.01) de la LIR.

B. Lignes directrices de l’Agence

[26] Deux lignes directrices de l’Agence sont pertinentes en l’espèce. Le premier document, intitulé « Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23 » ([TRANSDUCTION] lignes directrices sur les renonciations en matière d’impôt), est un document interne de l’Agence qui énonce des lignes directrices pour l’évaluation des demandes de renonciation à l’impôt exigible aux termes de la partie X.1. L’autre document est un guide publié, intitulé IC07-1 « Dispositions d’allègement pour les contribuables », qui énonce des lignes directrices relatives à plusieurs types de demandes d’allègement de la part des contribuables, y compris les demandes d’allègement des pénalités et intérêts présentées aux termes du paragraphe 220(3.1) de la LIR.

[27] The internal guideline for waiving Part X.1 tax attempts to define the two statutory criteria for granting a waiver by providing definitions of what “reasonable error” means and of what constitutes “reasonable steps”. It explains the following with respect to “reasonable error”:

What is reasonable error?

Reasonable error means that the taxpayer did not intend to over contribute to their RRSP/PRPP and that it happened because of extraordinary circumstances beyond their control.

Reasonable error means that the excess arose because of a mistake and that the taxpayer did not intentionally over-contribute. For the mistake to be reasonable, it has to be one that an impartial person would consider more likely to occur rather than less likely to occur based on circumstances.

An impartial person is someone who is not biased about how an issue or situation arose and how it is resolved as well as does not have a personal interest in the case’s resolution.

It will depend on the facts of each case.

[28] “Reasonable steps” are said to mean:

What are reasonable steps?

Reasonable steps to eliminate the excess contribution generally means that the steps are being taken by the taxpayer to eliminate the excess as quickly as possible. The reasonable steps must be looked at from the point the taxpayer **became aware** or was advised [...] of the excess and the **measures** the taxpayer took after he became aware or was advised of the excess.

The reasonable error condition must be met in order to consider the reasonable steps. If the reasonable error condition is not met, proof of withdrawal is not required.

[27] Les lignes directrices internes cherchent à préciser les deux critères prévus par la loi pour accorder une renonciation à l’impôt de la partie X.1 en définissant ce qu’on entend par « erreur acceptable » et par « mesures indiquées ». Elles définissent en ces termes l’« erreur acceptable » :

[TRADUCTION]

Qu’entend-on par « erreur acceptable »?

L’erreur acceptable signifie que le contribuable n’avait pas l’intention de cotiser en trop à son REER ou à son régime de pension agréé collectif (RPAC) et que l’excédent fait suite à des circonstances exceptionnelles, indépendantes de sa volonté.

L’erreur acceptable signifie que l’excédent fait suite à une erreur et que le contribuable n’a pas cotisé en trop intentionnellement. Pour qu’une erreur soit jugée acceptable, elle doit correspondre à une erreur qu’une personne impartiale considérerait comme plus — et non moins — susceptible de survenir compte tenu des circonstances.

Une personne impartiale s’entend d’une personne qui n’a aucun parti pris quant aux éléments à l’origine d’une question ou d’une situation et quant à la manière de la résoudre, et qui n’a aucun intérêt personnel dans le règlement de l’affaire.

Le caractère acceptable dépendra des faits propres à chaque affaire.

[28] Une « mesure indiquée » se définit comme suit :

[TRADUCTION]

Qu’entend-on par « mesures indiquées »?

Les mesures indiquées pour éliminer des cotisations excédentaires s’entendent généralement de mesures prises par le contribuable pour éliminer l’excédent le plus rapidement possible. Les mesures indiquées doivent être examinées à partir du moment où le contribuable a **pris connaissance** [...] de l’excédent, ou en a été informé, ainsi qu’en fonction des **mesures** prises par le contribuable après avoir pris connaissance de l’excédent ou en avoir été informé.

Il doit y avoir eu erreur acceptable pour envisager des mesures indiquées. En l’absence d’erreur acceptable, il n’est pas nécessaire de produire une preuve du retrait.

If the Agency has determined that the excess arose due to reasonable error, and if the excess has not already been eliminated, the taxpayer has **two months** from the date of the Agency's letter to withdraw funds and submit proof. [Emphasis in original.]

[29] Turning to the published guideline, it provides that, without limiting the Minister's overall discretion to grant relief under subsection 220(3.1) of the ITA, the Minister may provide relief from penalties and interest where "the following types of situations exist and justify a taxpayer's inability to satisfy a tax obligation or requirement at issue: (a) extraordinary circumstances, (b) actions of the CRA, (c) inability to pay or financial hardship" [paragraph 23].

[30] The guideline goes on to explain that extraordinary circumstances are "circumstances beyond a taxpayer's control ... that may have prevented a taxpayer from making a payment when due, filing a return on time, or otherwise complying with an obligation under the Act" [paragraph 25]. The guideline identifies the following [at paragraph 25] as examples of extraordinary circumstances:

- a. natural or man-made disasters such as, flood or fire;
- b. civil disturbances or disruptions in services, such as a postal strike;
- c. a serious illness or accident; or
- d. serious emotional or mental distress, such as death in the immediate family.

[31] The guideline [at paragraph 33] also provides that, even if circumstances beyond a taxpayer's control exist, the following additional factors will be considered for determining whether to grant relief from interest and/or penalties:

- a. whether or not the taxpayer has a history of compliance with tax obligations;

Si l'Agence conclut que l'excédent fait suite à une erreur acceptable, et que l'excédent n'a pas déjà été éliminé, le contribuable dispose de **deux mois** à partir de la date de la lettre de l'Agence pour retirer les sommes et fournir la preuve du retrait. [Caractères gras dans l'original.]

[29] Les lignes directrices publiées prévoient, sans limiter le pouvoir discrétionnaire général du ministre d'accorder un allègement en application du paragraphe 220(3.1) de la LIR, que le ministre peut accorder un allègement des pénalités et des intérêts « lorsque les situations suivantes sont présentes et qu'elles justifient l'incapacité du contribuable à s'acquitter de l'obligation ou de l'exigence fiscale en cause : a) circonstances exceptionnelles, b) actions de l'[Agence], c) incapacité de payer ou difficultés financières » [paragraphe 23].

[30] Ces lignes directrices définissent les circonstances exceptionnelles comme étant des « circonstances indépendantes de la volonté du contribuable [...] qui peuvent avoir empêché un contribuable d'effectuer un paiement lorsqu'il était dû, de produire une déclaration à temps ou de s'acquitter de toute autre obligation que lui impose la Loi » [paragraphe 25]. Parmi les exemples de circonstances exceptionnelles qui y sont indiquées [au paragraphe 25], mentionnons les suivantes :

- a. une catastrophe naturelle ou causée par l'homme, telle qu'une inondation ou un incendie;
- b. des troubles publics ou l'interruption de services, tels qu'une grève des postes;
- c. une maladie grave ou un accident grave;
- d. des troubles émotifs sévères ou une souffrance morale grave, tels qu'un décès dans la famille immédiate.

[31] Les lignes directrices [au paragraphe 33] précisent en outre que, même s'il existe des circonstances indépendantes de la volonté du contribuable, les facteurs supplémentaires suivants seront pris en compte pour déterminer s'il y aura allègement des pénalités ou des intérêts; on évaluera ainsi si le contribuable a :

- a. [...] respecté, par le passé, ses obligations fiscales;

b. whether or not the taxpayer has knowingly allowed a balance to exist on which arrears interest has accrued;

c. whether or not the taxpayer has exercised a reasonable amount of care and has not been negligent or careless in conducting their affairs under the self-assessment system; and

d. whether or not the taxpayer has acted quickly to remedy any delay or omission.

[32] The guideline continues by stating that, aside from exceptional circumstances, taxpayers are generally considered to be responsible for error or omissions made by third parties acting on their behalf.

III. The Decision of the Ministerial Delegate

[33] With this background in mind, I turn now to review the decision of the ministerial delegate that is at the heart of this appeal. In it, as noted, the delegate denied Mr. Connolly's requests for relief under subsections 204.1(4) and 220(3.1) of the ITA.

[34] With respect to the request for relief from Part X.1 tax under subsection 204.1(4) of the ITA, the delegate applied the above-discussed guideline and stated that:

Reasonable error means that [Mr. Connolly] did not intend to over-contribute to [his] RRSP and that it happened because of extraordinary circumstances beyond [his] control.

Reasonable steps means that [Mr. Connolly took] steps to eliminate the excess as quickly as possible.

[35] The delegate found that Mr. Connolly's lack of awareness or receiving poor financial advice from his accountant or financial institution did not amount to extraordinary circumstances. The delegate also rejected the fact that Mr. Connolly was suffering from emotional distress at the relevant times, finding that his distress was not a mitigating factor and did not directly contribute to

b. [...] en connaissance de cause, laissé subsister un solde en souffrance qui a engendré des intérêts sur arriérés;

c. [...] fait des efforts raisonnables et n'a pas été négligent dans la conduite de ses affaires en vertu du régime d'autocotisation;

d. [...] agi avec diligence pour remédier à tout retard ou à toute omission.

[32] Il y est également indiqué que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le contribuable est généralement considéré comme responsable des erreurs ou des omissions commises par un tiers qui agit en son nom.

III. La décision de la fonctionnaire déléguée du ministre

[33] En gardant ce contexte à l'esprit, il est maintenant utile d'examiner la décision de la fonctionnaire déléguée du ministre, qui est au cœur du présent appel. Ainsi qu'il a été mentionné, la fonctionnaire déléguée a, par cette décision, rejeté les demandes d'allègement présentées par M. Connolly au titre des paragraphes 204.1(4) et 220(3.1) de la LIR.

[34] En ce qui concerne la demande de renonciation à l'impôt exigible aux termes de la partie X.1, présentée en application du paragraphe 204.1(4) de la LIR, la fonctionnaire déléguée a appliqué les lignes directrices précitées et conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] L'erreur acceptable signifie que [M. Connolly n'avait] pas l'intention de cotiser en trop à [son] REER et que l'excédent fait suite à des circonstances exceptionnelles indépendantes de [sa] volonté.

Les mesures indiquées signifient que [M. Connolly a pris] des mesures pour éliminer l'excédent le plus rapidement possible.

[35] La fonctionnaire déléguée a conclu que la méconnaissance de M. Connolly ou les mauvais conseils qu'il a reçus de son comptable ou de son institution financière ne constituaient pas des circonstances exceptionnelles. Elle a aussi rejeté le fait que M. Connolly présentait des troubles émotifs durant les périodes en cause, concluant que sa détresse ne constituait pas un facteur atténuant et

his inability to file his T1-OVP returns in a timely fashion or to make payments in a timely manner. The delegate further held, contrary to the decision of the Tax Court, that the deadline for withdrawing both the 2003 and 2004 over-contributions was December 31, 2006, and went on to conclude that any delay occasioned by reason of waiting for a response to the T3012A form was not to be considered beyond Mr. Connolly's control because a "Form T3012A is not necessary to withdraw the excess amount".

[36] With respect to the request for relief from the penalties and interest, the delegate held that the Minister may consider waiving or cancelling some or all of the interest or penalties if a taxpayer "can show that the penalties and interest are as a result of circumstances beyond the individual's control such as illness, an accident, serious emotional distress, a natural disaster, or an action of the CRA". The delegate found that none of the foregoing circumstances could be said to apply to Mr. Connolly and thus denied his request to waive the penalties and interest.

IV. The Federal Court's Decision

[37] I move now to review the salient points in the Federal Court's decision.

[38] After reviewing the facts and the parties' arguments, the Federal Court commenced its analysis by considering the standard of review to be applied to the delegate's decision. The Federal Court held that the delegate's decision was to be assessed on a standard of correctness because the application was framed as a matter of statutory interpretation and the CRA possesses no greater expertise on the interpretative issue than the Court. In so ruling, the Federal Court relied on the decisions of this Court in *Redeemer Foundation v. M.N.R.*, 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40 (*Redeemer Foundation*) and *Bozzer v. Canada (National Revenue)*, 2011 FCA 186, [2013] 1 F.C.R. 242 (*Bozzer*).

qu'elle n'avait pas contribué directement à son incapacité de produire sa déclaration T1-OVP ou d'effectuer les paiements dans les délais prescrits. Elle a ajouté que, contrairement à ce qui était indiqué dans la décision de la Cour canadienne de l'impôt, la date limite pour retirer les cotisations excédentaires versées en 2003 et 2004 était le 31 décembre 2006, précisant que tout retard imputable à l'attente d'une réponse au formulaire T3012A n'était pas considéré comme une circonstance indépendante de la volonté de M. Connolly, car [TRADUCTION] « il n'est pas nécessaire de produire un formulaire T3012A pour retirer l'excédent ».

[36] En ce qui a trait à la demande d'allègement des pénalités et des intérêts, la fonctionnaire déléguée a fait valoir que le ministre peut envisager l'annulation d'une partie ou de la totalité des pénalités et des intérêts, ou la renonciation à ces sommes, si le contribuable [TRADUCTION] « peut démontrer que les pénalités et les intérêts découlaient de circonstances indépendantes de sa volonté, telles qu'une maladie, un accident, des troubles émotifs graves, une catastrophe naturelle ou une action de l'Agence ». Elle a toutefois conclu qu'aucune des circonstances précitées ne pouvait s'appliquer à M. Connolly et a donc rejeté sa demande de renonciation aux pénalités et aux intérêts.

IV. La décision de la Cour fédérale

[37] Abordons maintenant les points saillants de la décision de la Cour fédérale.

[38] Après avoir examiné les faits et les arguments des parties, la Cour fédérale a commencé son analyse en examinant quelle norme de contrôle devait s'appliquer à la décision de la fonctionnaire déléguée. La Cour fédérale a conclu que la décision de la fonctionnaire déléguée devait être évaluée en regard de la norme de la décision correcte, car la demande était formulée comme une question d'interprétation de la loi, et que l'Agence ne possède pas une plus grande expertise que la Cour à ce chapitre. À l'appui de sa décision, la Cour fédérale a invoqué les décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Fondation Redeemer c. M.R.N.*, 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40 (*Fondation Redeemer*) et *Bozzer c. Canada (Revenu national)*, 2011 CAF 186, [2013] 1 R.C.F. 242 (*Bozzer*).

[39] The Federal Court then turned to the issue of whether the delegate's decision was correct and focussed its analysis on the delegate's interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA. The Federal Court held that the delegate's interpretation was correct because Mr. Connolly's claims for relief were rejected by the delegate mainly because ignorance of the law and reliance on a third party advisor are not available as grounds for relief as the Federal Court held in *Fleet v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 609, 370 F.T.R. 192; *Gagné v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 778, 371 F.T.R. 150 (*Gagné*); *Dimovski v. Canada Revenue Agency*, 2011 FC 721, 391 F.T.R. 270 (*Dimovski*); *Kapil v. Canada Revenue Agency*, 2011 FC 1373, 401 F.T.R. 122 (*Kapil*). The Federal Court followed these cases and also relied on the decision of this Court in *Corporation de l'École Polytechnique v. Canada*, 2004 FCA 127, 325 N.R. 64 (*École Polytechnique*) for the proposition that there is "no such doctrine as a reasonable mistake of law": reasons, at paragraph 53. The Federal Court also rejected Mr. Connolly's contention, framed as both a factual error and a breach of procedural fairness that the Minister erred in failing to follow the Tax Court's *obiter* suggestion that the Minister should look favorably on the appellant's requests for relief. The Court thus held that the delegate was correct in refusing the requested relief.

[40] However, the Federal Court went on to take the unusual step of offering submissions that it believed could be made to this Court so as to assist the appellant on appeal. The Federal Court declined to award costs to the respondent in light of Mr. Connolly's financial situation and the nearly \$60 000 in tax, penalties and interest he was required to pay.

V. The Parties' Positions

[41] The parties differ as to the standard of review to be applied to the ministerial delegate's decision on the merits. Mr. Connolly asserts that the correctness standard is applicable because the decision rests on an interpretation of provisions in the ITA and therefore raises an extricable question of law, which he asserts is reviewable

[39] La Cour fédérale a ensuite cherché à déterminer si la décision de la fonctionnaire déléguée était correcte et elle a concentré son analyse sur l'interprétation que la déléguée a faite du paragraphe 204.1(4) de la LIR. La Cour fédérale a jugé correcte l'interprétation faite par la fonctionnaire déléguée en rejetant la demande d'allègement de M. Connolly, principalement parce que ni l'ignorance de la loi ni le fait de se fier à un tiers conseiller ne sont des motifs d'allègement, comme l'a souligné la Cour fédérale dans les décisions *Fleet c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 609; *Gagné c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 778 (*Gagné*); *Dimovski c. Canada Agence du revenu*, 2011 CF 721 (*Dimovski*) et *Kapil c. Canada Agence du revenu*, 2011 CF 1373 (*Kapil*). La Cour fédérale s'est basée sur ces décisions, ainsi que sur la décision de notre Cour dans l'arrêt *Corporation de l'école polytechnique c. Canada*, 2004 CAF 127 (*École polytechnique*), pour proposer que « la doctrine fondée sur l'erreur raisonnable de droit n'est pas reconnue » : motifs, au paragraphe 53. La Cour fédérale a également rejeté l'argument que M. Connolly avait formulé à la fois comme une erreur de fait et un manquement à l'équité procédurale par lequel il alléguait que le ministre avait commis une erreur en ne retenant pas la suggestion incidente de la Cour canadienne de l'impôt que le ministre doit examiner d'un œil favorable les demandes d'allègement de l'appelant. La Cour fédérale a donc jugé correcte la décision de la fonctionnaire déléguée de rejeter l'allègement demandé.

[40] La Cour fédérale a toutefois pris la mesure inhabituelle de proposer des arguments que l'appelant pourrait invoquer devant notre Cour pour l'aider dans son appel. La Cour fédérale a également rejeté l'adjudication de dépens au défendeur, compte tenu de la situation financière de M. Connolly et des quelque 60 000 \$ qu'il devait payer en impôt, pénalités et intérêts.

V. Les positions des parties

[41] Les parties ne s'entendent pas sur la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen du bien-fondé de la décision de la fonctionnaire déléguée du ministre. M. Connolly fait valoir que la norme de la décision correcte doit s'appliquer, car la décision repose sur une interprétation des dispositions de la LIR et qu'elle soulève

on the correctness standard. In support of this proposition, Mr. Connolly relies on *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8. He also says that the correctness standard applies to the assessment of whether the delegate violated his rights to procedural fairness.

[42] The respondent, for her part, agrees that correctness applies to the assessment of the alleged procedural fairness violation but asserts that, in accordance with the rules applicable to judicial review generally, the reasonableness standard of review is applicable to the delegate's decision as the ITA is the Minister's "home statute". In support of this proposition, the respondent relies on *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, at paragraph 9, leave to appeal to S.C.C. granted 37896 (May 10, 2018) [[2018] 1 S.C.R. v]; and *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, at paragraph 23, leave to appeal to S.C.C. denied 38179 (April 4, 2019).

[43] On the merits, Mr. Connolly focusses his arguments only on subsection 204.1(4) of the ITA and contends that the Federal Court erred both in the approach to statutory interpretation and in the conclusions reached.

[44] More specifically, Mr. Connolly says that the term "reasonable error" does not denote extraordinariness. Likewise, the term "reasonable steps" does not denote immediacy. He relies on dictionary definitions and case law from other situations in support of this argument. He thus submits that the Federal Court's interpretation does not accord with the text of subsection 204.1(4) of the ITA.

[45] He further submits that this interpretation is also inconsistent with the provision's purpose, which he asserts is to afford relief from the strict application of the rules governing RRSP contributions. He submits that these rules are complex and it is likely that taxpayers will make errors. He therefore says that Parliament

de ce fait une question de droit isolable qui, selon lui, doit être examinée en regard de la norme de la décision correcte. Il invoque à l'appui de sa proposition l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8. Il soutient en outre que cette règle s'applique également pour déterminer si la fonctionnaire déléguée a violé son droit à l'équité procédurale.

[42] L'intimé, pour sa part, convient que la norme de la décision correcte s'applique à l'évaluation du présumé manquement à l'équité procédurale, mais fait valoir que, conformément aux règles qui s'appliquent au contrôle judiciaire en général, la norme de la décision raisonnable doit s'appliquer à la décision de la fonctionnaire déléguée, car la LIR est la « loi habilitante » du ministre. L'intimé invoque à l'appui l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300, au paragraphe 9, autorisation d'interjeter appel auprès de la C.S.C. accordée, 37896 (le 10 mai 2018) [[2018] 1 R.C.S. v]; et l'arrêt *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, au paragraphe 23, autorisation d'interjeter appel auprès de la C.S.C. rejetée, 38179 (le 4 avril 2019).

[43] En ce qui concerne le bien-fondé, M. Connolly fonde ses observations uniquement sur le paragraphe 204.1(4) de la LIR et soutient que la Cour fédérale a commis une erreur, tant par l'approche utilisée pour l'interprétation de la loi que par les conclusions auxquelles elle est arrivée.

[44] Il allègue en particulier que l'expression « erreur acceptable » n'indique pas un caractère exceptionnel. De même, l'expression « mesures indiquées » ne traduit pas un sentiment d'urgence. M. Connolly s'appuie sur les définitions du dictionnaire et sur la jurisprudence pour étayer ses arguments. Il prétend ainsi que l'interprétation de la Cour fédérale n'est pas conforme au libellé du paragraphe 204.1(4) de la LIR.

[45] Il soutient en outre que cette interprétation est également incompatible avec l'objet de cette disposition qui, selon lui, est de permettre un allègement de l'application rigoureuse des règles régissant les cotisations à des REER. Il ajoute que ces règles sont complexes et qu'il est probable que les contribuables feront des

intended to provide for relief in circumstances where taxpayers make reasonable errors and take reasonable steps to correct them. Mr. Connolly rejects the Federal Court's reliance on the bounds of the due diligence defence elaborated by this Court in *École Polytechnique*, which he says is inapplicable to the interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA.

[46] In his view, both an error as to a taxpayer's contribution room and a taxpayer's reliance on a third party to take steps to correct an over-contribution, could be reasonable. Thus, he says that the Federal Court erred in holding otherwise. In his view, reasonableness in the fiscal context is to be assessed from the perspective of an ordinary, objective person with knowledge of a taxpayer's circumstances. Mr. Connolly argues that such an objective person would consider his error and the steps he took to be reasonable and thus says he ought to have been granted the relief he requested under subsection 204.1(4) of the ITA.

[47] Mr. Connolly adds that the delegate should have taken into account the Tax Court's comments about ministerial relief and that the failure to do so was not only unreasonable, but also a violation of procedural fairness.

[48] As the penalties and interest were premised at least in part on the determination under subsection 204.1(4) of the ITA, Mr. Connolly says that the delegate's decision should be set aside in its entirety.

[49] The respondent, on the other hand, submits that the delegate's interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA is reasonable. According to the respondent, the purpose of taxing over-contributions to RRSPs is to discourage taxpayers from making them. In the respondent's submission, a reasonable mistake of law cannot be a "reasonable error" because a taxpayer is expected to seek competent advice and is responsible

erreurs. Selon lui, c'est la raison pour laquelle le législateur permet un allègement dans les circonstances où le contribuable a fait une erreur acceptable et a pris des mesures indiquées pour la corriger. M. Connolly s'oppose au fait que la Cour fédérale se soit fondée sur les limites de la défense fondée sur la diligence raisonnable définies par notre Cour dans l'arrêt *École polytechnique*, alléguant que cela ne peut s'appliquer à l'interprétation du paragraphe 204.1(4) de la LIR.

[46] Il est d'avis que les erreurs commises par un contribuable relativement à ses droits de cotisation, et sa dépendance à un tiers pour prendre les mesures indiquées pour corriger une cotisation excédentaire, pourraient toutes deux être jugées acceptables. Il soutient donc que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant le contraire. Il ajoute que le caractère acceptable, dans le contexte fiscal, doit être évalué du point de vue d'une personne objective et ordinaire, qui connaît la situation du contribuable. M. Connolly affirme qu'une telle personne objective considérerait que son erreur et les mesures qu'il a prises pour la corriger sont acceptables et donc qu'on aurait dû lui accorder l'allègement demandé au titre du paragraphe 204.1(4) de la LIR.

[47] Il ajoute que la fonctionnaire déléguée aurait dû tenir compte des commentaires de la Cour canadienne de l'impôt au sujet de l'allègement, et que le défaut d'en tenir compte était non seulement déraisonnable, mais constituait également un manquement à l'équité procédurale.

[48] Comme les pénalités et les intérêts ont été basés, en partie du moins, sur la décision rendue aux termes du paragraphe 204.1(4) de la LIR, M. Connolly soutient que la décision de la fonctionnaire déléguée devrait être annulée intégralement.

[49] L'intimé, pour sa part, affirme que l'interprétation que la fonctionnaire déléguée a faite du paragraphe 204.1(4) est raisonnable. Selon l'intimé, l'imposition des cotisations excédentaires à des REER vise à dissuader les contribuables d'en faire. Dans ses observations, l'intimé fait valoir qu'une erreur de droit raisonnable ne peut être considérée comme une « erreur acceptable », car le contribuable est censé chercher

for the consequences that flow from following such evidence when it is incorrect. “[R]easonable steps”, for the respondent, means that a taxpayer withdraws the over-contribution as quickly as possible.

[50] In the respondent’s view, Mr. Connolly’s over-contribution did not result from reasonable error since neither his ignorance of the law nor his reliance on third parties can be reasonable. Likewise, he did not establish that his emotional distress was the cause of the over-contribution. Similarly, the respondent argues that Mr. Connolly did not take reasonable steps to withdraw the over-contribution as he was first informed that he had over-contributed in 2007 and did not withdraw the over-contributions until 2010.

[51] The respondent rejects the notion that the delegate erred in not relying on the *obiter* comments made by the Tax Court as the Tax Court has no jurisdiction over the Minister’s exercise of discretion under the provisions at issue. The respondent thus requests that the appeal be dismissed, but in light of Mr. Connolly’s circumstances, confirmed following the hearing that the Minister does not seek costs.

VI. Analysis

[52] In this appeal, this Court is required to determine whether the Federal Court selected the correct standard of review and, if so, whether it applied that standard correctly. We are therefore in effect required to step into the shoes of the Federal Court and to re-conduct a *de novo* review of the delegate’s decision: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–46; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81, at paragraph 20. This Court must therefore determine the applicable standard of review and whether, in light of the relevant standard, the ministerial delegate committed a reviewable error in rejecting Mr. Connolly’s request for relief. Each of these issues is discussed below.

à obtenir des conseils avisés et il est responsable des conséquences en résultant s’il suit des conseils mal avisés. Selon l’intimé, « mesures indiquées » signifient que le contribuable doit retirer ses cotisations excédentaires le plus rapidement possible.

[50] De l’avis de l’intimé, les cotisations excédentaires de M. Connolly ne sont pas le résultat d’une erreur acceptable, car ni son ignorance de la loi ni sa confiance en la conduite d’un tiers ne peuvent être considérées comme acceptables. De même, M. Connolly n’a pu prouver que ses troubles émotifs étaient la cause de ses cotisations excédentaires. L’intimé soutient également que M. Connolly n’a pas pris de mesures indiquées pour retirer son excédent de cotisations, car il a été informé pour la première fois de ses cotisations excédentaires en 2007, mais ce n’est qu’en 2010 qu’il les a retirées.

[51] L’intimé rejette également l’argument voulant que la fonctionnaire déléguée ait commis une erreur en ne se fiant pas aux commentaires incidents de la Cour canadienne de l’impôt, car cette cour n’a pas compétence pour statuer sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre aux termes des dispositions en litige. L’intimé demande donc le rejet de l’appel, mais, compte tenu de la situation de M. Connolly, il a confirmé après l’audience que le ministre ne demande pas de dépens.

VI. Analyse

[52] Dans le présent appel, notre Cour doit déterminer si la Cour fédérale a retenu la norme de contrôle appropriée et, le cas échéant, si elle l’a appliquée correctement. Nous devons donc nous mettre à la place de la Cour fédérale et faire un nouvel examen de la décision de la fonctionnaire déléguée : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 et 46; *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81, au paragraphe 20. Par conséquent, notre Cour doit déterminer la norme de contrôle applicable et, à la lumière de la norme choisie, déterminer si la fonctionnaire déléguée du ministre a commis une erreur susceptible de révision en rejetant la demande d’allègement de M. Connolly. Chacune de ces questions est examinée ci-après.

A. Standard of review

[53] The delegate's subsection 204.1(4) analysis involves two separate components: first, consideration of the test to be applied under the subsection, and, second, application of that test to the facts of Mr. Connolly's case. The Supreme Court has made it clear that different aspects of administrative decisions may contain different issues, which may be reviewable under different standards of review: *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 49–52; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at paragraphs 35–37, 40.

[54] I agree with Mr. Connolly that the first aspect of the delegate's consideration of the subsection 204.1(4) analysis, involving delineation of the applicable test enshrined in the subsection, raises a question of law and that, to date, this Court has reviewed legal interpretations made by the Minister or a ministerial delegate of provisions in the ITA for correctness, even though under the *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, framework such questions are normally subject to review on a reasonableness standard: see, e.g., *Redeemer Foundation*, at paragraph 24; *Bozzer*, at paragraph 3; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 432 N.R. 338, at paragraphs 19–23; *Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 120, 358 D.L.R. (4th) 541, at paragraphs 12–13; *Opportunities for the Disabled Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2016 FCA 94, 482 N.R. 297, at paragraph 16.

[55] That said, given significant developments in the common law of judicial review in recent years, it may well be that this approach is no longer correct as my colleague, Woods J.A., recently noted in *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 425 D.L.R. (4th) 746, at paragraphs 22–24 and *Ark Angel Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 21, [2019] 4 C.T.C. 71, at paragraphs 30–31. However, for the reasons set out

A. Norme de contrôle

[53] L'analyse du paragraphe 204.1(4), qui a été faite par la fonctionnaire déléguée, comporte deux volets distincts : il s'agissait premièrement de déterminer le critère devant s'appliquer aux termes de ce paragraphe et, deuxièmement, d'appliquer ce critère aux faits de la présente affaire. La Cour suprême du Canada a clairement établi que différents aspects de décisions administratives peuvent soulever différentes questions assujetties à des normes de contrôles différentes : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 49 à 52; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, aux paragraphes 35 à 37 et 40.

[54] Je conviens avec M. Connolly que le premier volet de l'analyse que la fonctionnaire déléguée a faite du paragraphe 204.1(4), concernant le critère applicable qui y est prévu, soulève une question de droit et que, jusqu'à maintenant, notre Cour a examiné la manière dont le ministre ou son fonctionnaire délégué interprétait les dispositions de la LIR en regard de la norme de la décision correcte, même si, depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, ces questions doivent normalement être examinées en regard de la norme de la décision raisonnable : voir, par exemple, l'arrêt *Fondation Redeemer*, au paragraphe 24; l'arrêt *Bozzer*, au paragraphe 3; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136, aux paragraphes 19 à 23; *Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 120, aux paragraphes 12 et 13; *Opportunities for the Disabled Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2016 CAF 94, au paragraphe 16.

[55] Cela dit, étant donné les développements importants observés au cours des dernières années dans le domaine de la common law en matière de contrôle judiciaire, il se pourrait bien que cette approche ne soit plus la bonne, comme l'a récemment fait remarquer ma collègue la juge Woods, dans les arrêts *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, aux paragraphes 22 à 24, et *Ark Angel Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2019

below, it is in my view unnecessary to decide this issue in the present case.

[56] The second aspect of the delegate's subsection 204.1(4) analysis, involving application of the test set out in the subsection to Mr. Connolly's situation, is reviewable for reasonableness: *Lepiarczyk v. Canada (Revenue Agency)*, 2008 FC 1022, [2009] 1 C.T.C. 117 (*Lepiarczyk*), at paragraph 19; *Gagné*, at paragraph 10; *Kapil*, at paragraph 19. As the Federal Court explained in *Lepiarczyk*, not only is the Minister's decision discretionary, but it also is based on the Minister's determination on issues of mixed fact and law, i.e. whether the over-contribution resulted from a reasonable error and whether reasonable steps are being taken to eliminate the over-contribution. These sorts of determinations are to be accorded deference.

[57] Finally, on the procedural fairness issue, no deference is owed to the delegate, it being for the reviewing court to determine whether Mr. Connolly's procedural fairness rights were violated: *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 33–56; *Elson v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 27, at paragraph 31.

B. *Did the Delegate commit a reviewable error?*

[58] I turn now to consider whether there was an error made by the Minister's delegate that warrants this Court's intervention.

(1) Interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA

[59] Dealing first with the interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA, it is my view that the delegate's interpretation is unreasonable and therefore, by definition, incorrect. In short, there is no way to equate the provision's requirement of a reasonable error with a requirement that the error result from extraordinary

CAF 21, aux paragraphes 30 et 31. Cependant, pour les motifs énoncés ci-après, je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur cette question en l'espèce.

[56] Le deuxième volet de l'analyse du paragraphe 204.1(4), qui porte sur l'application du critère défini dans ce paragraphe à la situation de M. Connolly, est assujéti à la norme de la décision raisonnable : *Lepiarczyk c. Canada (Agence du revenu du Canada)*, 2008 CF 1022 (arrêt *Lepiarczyk*), au paragraphe 19; arrêt *Gagné*, au paragraphe 10; arrêt *Kapil*, au paragraphe 19. Comme l'explique la Cour fédérale dans la décision *Lepiarczyk*, non seulement la décision du ministre est-elle discrétionnaire, mais elle est également fondée sur des questions de fait et de droit, à savoir si les cotisations excédentaires étaient le résultat d'une erreur acceptable et si des mesures indiquées ont été prises pour éliminer l'excédent. Ce type de décisions appelle une retenue de la Cour en contrôle judiciaire.

[57] Finalement, aucune déférence n'est due à la fonctionnaire déléguée sur la question de l'équité procédurale, puisqu'il appartient à la cour de révision de déterminer si les droits à l'équité procédurale de M. Connolly ont été violés : *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 33 à 56; *Elson c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 27, au paragraphe 31.

B. *Est-ce que la fonctionnaire déléguée a commis une erreur susceptible de révision?*

[58] Examinons maintenant si la fonctionnaire déléguée a commis une erreur qui justifie l'intervention de notre Cour.

1) Interprétation du paragraphe 204.1(4) de la LIR

[59] L'interprétation qu'a faite la fonctionnaire déléguée du paragraphe 204.1(4) de la LIR était déraisonnable et donc, par définition, erronée. En bref, en aucune façon l'exigence relative à l'existence d'une erreur acceptable ne saurait être assimilée à l'exigence voulant que l'erreur résulte de circonstances exceptionnelles. Il

circumstances. Nor is it reasonable to exclude from consideration all errors flowing from a mistake about the quantum of available contribution room or all errors caused by bad advice received from a third party. Similarly, it is unreasonable to interpret the taking of reasonable steps to withdraw an over-contribution from an RRSP to mean that a taxpayer must withdraw the over-contributions as soon as possible or within the two-month timeframe mentioned in CRA's internal "Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23".

[60] According to the Supreme Court in *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at paragraph 108, assessing the reasonableness of a statutory interpretation requires the reviewing court to ask "whether the tools of statutory interpretation — including the text, context and purpose of the provision — can reasonably support the [Minister's] conclusion".

[61] Here, the text of subsection 204.1(4) of the ITA cannot reasonably support the delegate's interpretation given the wording of the provision, which requires only that the error that led to the over-contribution and steps taken to remedy it be reasonable.

[62] The *Oxford English Dictionary* defines "reasonable" as meaning, in this context, "in accordance with reason; not irrational, absurd or ridiculous; just, legitimate; due, fitting" and "sufficient, adequate, or appropriate for the circumstances or purpose; fair or acceptable in amount, size, number, level, quality, or condition". In a similar fashion, *Black's Law Dictionary* defines reasonable as meaning, in this context, "fair, proper, or moderate under the circumstances; sensible".

n'est pas raisonnable non plus de ne jamais tenir compte des erreurs découlant d'une erreur au sujet du montant des cotisations maximales admissibles ou des mauvais conseils reçus d'un tiers. De même, il est déraisonnable d'interpréter l'adoption de mesures indiquées pour retirer des cotisations excédentaires à un REER comme signifiant que le contribuable doit retirer l'excédent le plus rapidement possible ou dans le délai de deux mois prévu dans les lignes directrices internes de l'Agence intitulées « Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23 ».

[60] Selon la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 108, pour évaluer le caractère raisonnable d'une interprétation législative, la cour de révision doit se demander « si les outils d'interprétation législative, y compris le texte, le contexte et l'objet de la disposition, peuvent raisonnablement étayer la conclusion du [ministre] ».

[61] En l'espèce, le texte du paragraphe 204.1(4) de la LIR ne peut pas raisonnablement appuyer l'interprétation de la fonctionnaire déléguée, étant donné que cette disposition ne fait qu'indiquer que l'excédent doit faire suite à une erreur acceptable et que les mesures prises pour la corriger doivent être indiquées.

[62] Selon le dictionnaire anglais *Oxford English Dictionary*, le mot « *reasonable* » signifie ce qui suit dans ce contexte : « *in accordance with reason; not irrational, absurd or ridiculous; just, legitimate; due, fitting* » [TRADUCTION] (conforme à la raison; n'est pas irrationnel, absurde ou ridicule; juste, légitime; convenable, approprié) et « *sufficient, adequate, or appropriate for the circumstances or purpose; fair or acceptable in amount, size, number, level, quality, or condition* » [TRADUCTION] (suffisant, adéquat ou approprié dans les circonstances ou aux fins recherchées; dont la quantité, la taille, le nombre, le niveau, la qualité ou l'état est juste ou acceptable). Dans la même optique, le dictionnaire *Black's Law Dictionary* définit, dans ce contexte, le mot « *reasonable* » comme signifiant « *fair, proper, or moderate under the circumstances; sensible* » [TRADUCTION] (juste, approprié ou modéré dans les circonstances; sensé).

[63] The French version of subsection 204.1(4) of the ITA refers to “*erreur acceptable*” and “*mesures indiquées*” (emphasis added). *Le Petit Robert* defines acceptable as “[q]ui mérite d’être accepté” (deserving of acceptance) and synonymous with “*recevable*” (acceptable) and *indiquée*, as an adjective, as “*signalé comme étant le meilleur*” (said to be best or fitting) or “*adéquat*” (adequate) and synonymous with “*prescrit*” (prescribed) and “*recommandé*” (recommended). Although Parliament opted to use two words—*acceptable* and *indiquée*—in the equally authoritative French version in place of one—reasonable—in the English, the two versions have a common meaning. An error must be reasonable or acceptable and the steps taken to remedy its consequence, i.e. an excess amount being in one’s RRSP, must also be reasonable or adequate in the circumstances.

[64] As Mr. Connolly notes, case law (albeit in different taxation contexts) recognizes that the term “reasonable” denotes how an objective observer, with full knowledge of the pertinent facts, would view the particular action taken: *Bailey v. Minister of National Revenue* (1989), 89 D.T.C. 416, 2 C.T.C. 2177 (T.C.C.); *Safety Boss Ltd. v. The Queen*, 2000 CanLII 216, 54 D.T.C. 1767, [2000] 3 C.T.C. 2497 (T.C.C.), at paragraph 27; *Silden v. Canada (Minister of National Revenue)* (1990), 90 D.T.C. 6576, at page 6582, 2 C.T.C. 533 (F.C.T.D.), revd on other grounds (1993), 156 N.R. 275, 93 D.T.C. 5362 (F.C.A.).

[65] Thus, the plain meaning of the English and French versions of subsection 204.1(4) of the ITA cannot reasonably support the conclusion that the error which caused the over-contribution must arise from extraordinary circumstances or that steps must always be taken with all possible dispatch to withdraw the over-contribution from a taxpayer’s RRSP. A textual analysis of the provision therefore leads to the conclusion that the delegate’s interpretation was unreasonable.

[66] A review of the context and purpose of subsection 204.1(4) of the ITA also leads to the same conclusion. Subsection 204.1(4) of the ITA is part of an

[63] La version française du paragraphe 204.1(4) de la LIR parle d’« erreur acceptable » et de « mesures indiquées » (non souligné dans l’original). Quant au dictionnaire *Le Petit Robert*, il définit acceptable comme suit : « [q]ui mérite d’être accepté » et donne comme synonyme le qualificatif « recevable » et définit le terme « indiquée » comme suit : « signalé comme étant le meilleur » ou « adéquat » et propose comme synonymes les mots « prescrit » et « recommandé ». Bien que le législateur ait choisi d’utiliser, dans la version française qui fait pareillement autorité, deux mots — acceptable et indiquée — plutôt qu’un seul, comme dans la version anglaise, en l’occurrence — *reasonable* —, les deux versions ont la même signification. Une erreur doit être raisonnable ou acceptable et les mesures prises pour remédier à ses conséquences, c.-à-d. aux cotisations excédentaires versées au REER, doivent elles aussi être raisonnables ou indiquées dans les circonstances.

[64] Comme le souligne M. Connolly, la jurisprudence (quoique dans différents contextes d’imposition) reconnaît que le mot anglais « *reasonable* » indique comment un observateur objectif et parfaitement renseigné sur les faits en cause percevrait les mesures prises : *Bailey v. Minister of National Revenue* (1989), 89 D.T.C. 416, 2 C.T.C. 2177 (C.C.I.); *Safety Boss Ltd. c. La Reine*, 2000 CanLII 216, au paragraphe 27 (C.C.I.); *Silden v. Canada (Minister of National Revenue)* (1990), 90 D.T.C. 6576, à la page 6582, 2 C.T.C. 533 (C.F. 1^{re} inst.), infirmé pour d’autres motifs (1993), 156 N.R. 275, 93 D.T.C. 5362 (C.A.F.).

[65] Par conséquent, le sens manifeste des versions française et anglaise du paragraphe 204.1(4) de la LIR ne peut raisonnablement pas étayer la conclusion que l’erreur responsable de l’excédent de cotisations doit résulter de circonstances exceptionnelles ou que des mesures doivent toujours être prises le plus rapidement possible pour retirer les cotisations excédentaires au REER du contribuable. Une analyse textuelle de la disposition nous amène donc à conclure que l’interprétation de la fonctionnaire déléguée était déraisonnable.

[66] Un examen du contexte et de l’objet du paragraphe 204.1(4) de la LIR mène également à la même conclusion. Ainsi qu’il a été décrit précédemment, le

integrated statutory scheme regulating RRSP contributions, which, as described above, limits such contributions, penalizes those who over-contribute and offers relief to those who do so inadvertently. The purpose of subsection 204.1(4) in particular is to provide relief against the harshness that might result from applying the heavy tax on over-contributions to a taxpayer who can demonstrate that her or his over-contribution resulted from a reasonable mistake and who is taking or has taken reasonable steps to correct the mistake.

[67] The delegate's interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA (as well as the interpretation set out in the internal CRA guideline, on which the delegate relied) thwarts the subsection's remedial purpose as it virtually extinguishes the Minister's discretion, which inescapably leads to the conclusion that the interpretation is unreasonable. Nearly every error a taxpayer might make in over-contributing to his or her RRSP (other than a simple arithmetical error) will be caused by a misunderstanding of the applicable limits—an error of law. If these sorts of errors are read out of the reach of subsection 204.1(4) of the ITA, it will have virtually no scope. Similarly, the fact that the error might have been made by a third party advisor or as a result of erroneous advice given by such advisor does not automatically mean that the error cannot be reasonable.

[68] As for reasonable steps, the Minister conceded in argument before us that it would be reasonable for a taxpayer to await confirmation from the Minister in response to a timely-filed T3012A form before withdrawing an over-contribution made to an RRSP so as to avoid having tax withheld by the financial institution. I agree as otherwise subsection 146(8.2) of the ITA would be rendered meaningless. It therefore follows that the requirements to take reasonable steps to withdraw an RRSP over-contribution cannot be equated with immediacy or with the two-month timeframe mentioned in CRA's internal "Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23".

paragraphe 204.1(4) de la LIR s'inscrit dans un texte législatif intégré régissant les cotisations aux REER, qui vise à limiter ces cotisations, à imposer des pénalités aux contribuables qui cotisent en trop et à offrir un allègement à ceux qui le font par inadvertance. Le paragraphe 204.1(4) plus particulièrement a pour objet d'offrir un allègement contre les lourds impôts susceptibles d'être appliqués sur les cotisations excédentaires, si le contribuable peut démontrer que sa cotisation en trop est le résultat d'une erreur acceptable et qu'il prend, ou qu'il a pris, des mesures indiquées pour corriger cette erreur.

[67] L'interprétation de la fonctionnaire déléguée du paragraphe 204.1(4) de la LIR (tout comme l'interprétation énoncée dans les lignes directrices internes de l'Agence, à laquelle s'est fiée la fonctionnaire déléguée) contrevient à l'objet du paragraphe qui est d'offrir un allègement, car elle supprime pour ainsi dire le pouvoir discrétionnaire du ministre, ce qui nous amène indubitablement à conclure que cette interprétation est déraisonnable. Presque toutes les erreurs commises par des contribuables qui cotisent en trop à leur REER (outre les simples erreurs mathématiques) résultent d'une mauvaise compréhension des limites qui s'appliquent — une erreur de droit. Si ce type d'erreur n'est pas assujéti au paragraphe 204.1(4) de la LIR, la portée de celui-ci est alors pratiquement réduite à néant. De même, le fait que l'erreur puisse avoir été commise par un tiers conseiller, ou puisse être le résultat de mauvais conseils reçus dudit conseiller, ne signifie pas automatiquement que l'erreur ne peut être acceptable.

[68] Quant aux mesures indiquées, le ministre a admis dans sa plaidoirie devant nous qu'il serait acceptable pour un contribuable d'attendre la confirmation du ministre en réponse à la production, dans le délai prescrit, d'un formulaire T3012A, avant de retirer une cotisation excédentaire à un REER, afin d'éviter la retenue d'impôt par l'institution financière. Je suis d'accord, car autrement le paragraphe 146(8.2) de la LIR serait dénué de son sens. Il s'ensuit donc qu'on ne peut pas prétendre que l'exigence relative à l'adoption de mesures indiquées pour retirer des cotisations excédentaires à un REER signifie que le contribuable doit retirer l'excédent immédiatement ou dans le délai de deux mois prévu

[69] Rather, in each case, as noted by Rennie J. (as he then was) in *Dimovski*, at paragraph 16 and *Kapil*, at paragraph 26, reasonableness will turn on an objective assessment of all the relevant evidence. However, it is important to underscore that, because the Canadian tax system is based on self-assessment, it is incumbent on tax payers to take reasonable steps to comply with the ITA, including by seeking advice where necessary: see *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at page 636, (1990), 106 N.R. 385; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paragraph 54; see also *Dimovski*, at paragraph 17 (making this point in the RRSP context). Given this obligation, it is difficult to see how a taxpayer's ignorance about the fact that RRSP contributions are subject to a limit could be considered reasonable. By contrast, being misinformed about the contribution limit after making reasonable inquiries might well constitute a reasonable error. Likewise, the mere fact that a taxpayer has relied on an expert third party for advice is not determinative. Rather, the circumstances of such reliance need to be analyzed to determine if it was reasonable. Thus, reliance on a third party, such as an accountant, in and of itself, neither entitles nor disentitles a taxpayer to relief under subsection 204.1(4) of the ITA.

[70] It therefore follows that the decision under appeal and the Federal Court decisions in *Kerr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1073, 334 F.T.R. 249 (*Kerr*); *Gagné*; *Ferron v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 481, 2011 D.T.C. 5101; *Kapil*; *Levenson v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 10, 23 C.C.P.B. (2d) 177; and *Pouchet v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 473, [2019] 2 C.T.C. 105, are incorrect to the extent that they state that a mistake as to the amount of allowable RRSP contributions under the ITA or mistakes caused by advice given by an expert third party can never be reasonable.

dans les lignes directrices internes de l'Agence intitulées « Guidelines for waiving tax – 19(23)7.23 ».

[69] Plutôt, comme l'a souligné le juge Rennie (alors juge de la Cour fédérale) dans la décision *Dimovski*, au paragraphe 16, et dans la décision *Kapil*, au paragraphe 26, le caractère raisonnable, dans chaque affaire, doit reposer sur une évaluation objective de tous les éléments de preuve pertinents. Il est toutefois important de souligner que, puisque le régime fiscal canadien est basé sur le principe de l'autocotisation, il incombe aux contribuables de prendre des mesures raisonnables pour se conformer à la LIR, notamment en demandant conseil au besoin : voir l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la page 636; voir l'arrêt *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 54; voir aussi la décision *Dimovski*, au paragraphe 17 (point soulevé dans le contexte des REER). Compte tenu de cette obligation, on voit mal comment le fait pour un contribuable d'ignorer qu'il existe un plafond de cotisations à un REER pourrait être considéré comme une erreur acceptable. En revanche, le fait d'être mal informé sur le plafond de cotisation, après avoir fait des démarches raisonnables, pourrait bien constituer une erreur acceptable. De même, le simple fait qu'un contribuable se fie aux conseils d'un tiers expert ne constitue pas un élément déterminant. Ce sont plutôt les circonstances qui ont amené le contribuable à se fier à ces conseils qui doivent être analysées pour déterminer si l'erreur est acceptable. Se fier à un tiers, par exemple à un comptable, ne constitue donc pas en soi un élément donnant au contribuable droit à l'allègement prévu au paragraphe 204.1(4) de la LIR, ou le privant de ce droit.

[70] Par conséquent, il s'ensuit que la décision portée en appel, de même que les décisions de la Cour fédérale *Kerr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1073 (arrêt *Kerr*); arrêt *Gagné*; *Ferron c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 481; arrêt *Kapil*; *Levenson c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 10 et *Pouchet c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 473, sont erronées dans la mesure où elles indiquent qu'une erreur quant au montant des cotisations admissibles à un REER selon la LIR, ou que des erreurs découlant de conseils donnés par un tiers expert, ne peuvent jamais être acceptables.

[71] *Kerr*, the earliest of these cases, erroneously likened relief under subsection 204.1(4) of the ITA to the defence of due diligence. While there is some similarity with the defence of due diligence described in *École Polytechnique*, at paragraphs 28–30, given the context and purpose of subsection 204.1(4) of the ITA, the notion of reasonable error is broader and thus is not necessarily limited to what would constitute due diligence. To the degree that the Federal Court collapsed these notions in the present and past cases, it erred.

[72] I therefore am of the view that the delegate's interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA was unreasonable and therefore also incorrect.

(2) Failure to Apply the Decision of the Tax Court

[73] I turn next to Mr. Connolly's assertion that the delegate erred in failing to follow (or even to fully read) the Tax Court's reasons. While it is difficult to understand why the delegate did not read the entirety of the Tax Court's reasons, the failure to do so or to follow the *obiter* comments made in the decision about the availability of ministerial relief does not amount to a violation of procedural fairness as the Tax Court and the Minister were charged with deciding different issues. Thus, the Minister was not bound to follow the suggestion made by the Tax Court regarding the outcome of the applications for relief as the Tax Court has no jurisdiction over the Minister's exercise of discretion under the provisions at issue: see *Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184, at paragraph 23.

[74] I would however note that the Tax Court's decision finally decided the issue of whether Mr. Connolly's withdrawal in respect of the 2004 taxation year was made in time to allow him to claim the deduction under subsection 146(8.2) of the ITA. This issue was squarely before the Tax Court and, as its decision

[71] Dans la décision *Kerr*, la décision la plus ancienne parmi celles précitées, la Cour fédérale a, à tort, assimilé l'allègement au titre du paragraphe 204.1(4) de la LIR à une défense de diligence raisonnable. Bien qu'il y ait une certaine similitude avec la défense de diligence raisonnable décrite dans l'arrêt *École polytechnique*, aux paragraphes 28 à 30, compte tenu du contexte et de l'objet du paragraphe 204.1(4) de la LIR, la notion d'erreur acceptable est plus vaste et elle ne se limite pas nécessairement à ce qui constitue une diligence raisonnable. La Cour fédérale a commis une erreur en réduisant ces notions en l'espèce et dans des décisions précédentes.

[72] L'interprétation que la fonctionnaire déléguée a faite du paragraphe 204.1(4) de la LIR était déraisonnable et, par conséquent, également erronée.

2) Défaut d'appliquer la décision de la Cour canadienne de l'impôt

[73] Abordons maintenant la prétention de M. Connolly selon laquelle la fonctionnaire déléguée a commis une erreur en ne suivant pas (et en ne lisant même pas intégralement) les motifs de la Cour canadienne de l'impôt. Bien qu'il soit difficile de comprendre pourquoi la fonctionnaire déléguée n'a pas lu les motifs de la Cour canadienne de l'impôt dans leur intégralité, le défaut de le faire ou de suivre les commentaires incidents formulés dans la décision au sujet de l'allègement pouvant être consenti par le ministre ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale, car la Cour canadienne de l'impôt et le ministre ont eu à trancher des questions différentes. Par conséquent, le ministre n'était pas tenu de suivre la suggestion faite par la Cour canadienne de l'impôt au sujet de la demande d'allègement, car cette cour n'a pas compétence pour décider si le ministre a bien exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les dispositions en litige : voir l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140, au paragraphe 23.

[74] Mentionnons toutefois que c'est la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a finalement tranché la question, quant à savoir si le retrait effectué par M. Connolly, relativement à l'année d'imposition 2004, avait été fait dans le délai prescrit pour avoir droit à la déduction prévue au paragraphe 146(8.2) de la LIR.

was not appealed, constitutes a final determination on the point, giving rise to issue estoppel: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; see also *742190 Ontario Inc. (Van Del Manor Nursing Homes) v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2010 FCA 162, 406 N.R. 255, at paragraphs 41, 44 (confirming that the doctrine of issue estoppel applies to a judgment rendered by the Tax Court under its informal procedure, as was the case in Mr. Connolly's appeal to the Tax Court). Therefore, it was not open to the ministerial delegate to ignore the determination as to the timeliness of the withdrawal for the 2004 taxation year. However, for the reasons discussed in the following section, nothing in this appeal turns on the Minister's failure to follow the Tax Court's determination on this point.

- (3) Could Mr. Connolly's conduct fall within subsection 204.1(4) of the ITA?

[75] Finally, it is necessary to assess the reasonableness of the result reached by the ministerial delegate. Despite the errors made in the decision, it seems to me that the delegate ultimately reached the only reasonable conclusion in light of the facts that Mr. Connolly put before the Minister.

[76] More particularly, Mr. Connolly provided little detail as to why he made the mistake that resulted in his over-contribution. In his affidavit, Mr. Connolly deposes that the facts stated in the letter his counsel sent CRA in support of his request for relief are true. In that letter, Mr. Connolly's counsel explain that, on his accountant's advice, he did not file tax returns and therefore did not receive notices of assessment, which would have informed him of his contribution room; that "[s]ince he earned a good income at the time, he thought that he could make the maximum contribution"; and that Mr. Connolly was not aware that "he did not have contribution room as a result of his pension contributions made through his

Cette question a été expressément soulevée devant la Cour canadienne de l'impôt et, comme sa décision n'a pas été portée en appel, elle est définitive et elle donne lieu à une préclusion découlant d'une question déjà tranchée : arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; voir aussi l'arrêt *742190 Ontario inc. (Van Del Manor Nursing Homes) c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 CAF 162, aux paragraphes 41 et 44 (confirmant que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique à un jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt dans le cadre de sa procédure informelle, comme c'était le cas dans l'appel de M. Connolly devant la Cour canadienne de l'impôt). Il n'était donc pas loisible à la fonctionnaire déléguée de ne pas tenir compte de la décision concernant la rapidité du retrait relatif à l'année d'imposition 2004. Cependant, pour les motifs énoncés dans la section qui suit, rien dans le présent appel ne porte sur le défaut du ministre de suivre la décision de la Cour canadienne de l'impôt sur ce point.

- 3) La conduite de M. Connolly pourrait-elle être assujettie au paragraphe 204.1(4) de la LIR?

[75] Enfin, il est nécessaire d'évaluer le caractère raisonnable du résultat obtenu par la fonctionnaire déléguée. Malgré les erreurs liées à cette décision, la fonctionnaire déléguée est arrivée à la seule conclusion raisonnable, eu égard aux faits que M. Connolly a présentés au ministre.

[76] M. Connolly a notamment fourni peu de détails pour expliquer l'erreur qui l'a amené à cotiser en trop. Dans son affidavit, M. Connolly atteste de la véracité des faits énoncés dans la lettre que son avocat a envoyée à l'Agence à l'appui de sa demande d'allègement. Dans cette lettre, l'avocat de M. Connolly explique que, sur l'avis de son comptable, M. Connolly n'a pas produit de déclarations de revenus et n'a donc pas reçu d'avis de cotisation, ce qui l'aurait informé de son plafond de cotisations; que, [TRADUCTION] « [p]uisqu'il avait un bon revenu à l'époque, il croyait qu'il pouvait verser la cotisation maximale » et que M. Connolly ne savait pas que [TRADUCTION] « ses cotisations à un régime de retraite au

work”. Taking Mr. Connolly’s counsel’s statements as true, I am not persuaded that they could support the conclusion that he made a reasonable error.

[77] According to his affidavit, Mr. Connolly appears to have been aware that there was a limit on RRSP contributions and that one’s contribution room bore a relationship with one’s income. But Mr. Connolly does not seem to have been aware of the impact that his pension contributions could have on his contribution room; nor does he appear to have considered how the limits for his contributions to his spousal RRSP would be determined. Mr. Connolly does not appear to have made any inquiries, whether with his accountant, his bank or his employer, to confirm his contribution room. His error therefore likely cannot be said to have been a reasonable one.

[78] Even if Mr. Connolly could be said to have made a reasonable error in these circumstances, the steps Mr. Connolly took to correct the mistake cannot in any way be characterized as reasonable. When CRA drew the over-contribution to his attention, Mr. Connolly’s initial request that his accountant correct the situation as soon as possible might well have been reasonable, but his failure to follow up with his accountant and his ignoring of the subsequent request for information from CRA were not. Given the paucity of medical evidence provided by Mr. Connolly, his medical condition does not provide an explanation for his lack of diligence.

[79] I would therefore conclude that, even though the ministerial delegate applied an unreasonable interpretation of subsection 204.1(4) of the ITA, the delegate reached the only conclusion that was reasonable in the circumstances. Accordingly, there is no basis for interfering with the delegate’s conclusion in respect of Mr. Connolly’s subsection 204.1(4) request.

[80] In his notice of appeal and his memorandum of fact and law, Mr. Connolly also sought to have the

travail avaient réduit entièrement ses droits de cotisation ». Même si l’on tient pour avérées les déclarations de l’avocat de M. Connolly, je ne suis pas convaincue qu’elles puissent étayer la conclusion que M. Connolly a fait une erreur acceptable.

[77] Selon l’affidavit qu’il a présenté, il semble que M. Connolly savait qu’il existait un plafond de cotisation à un REER et que les droits de cotisation d’un contribuable étaient liés à son revenu. Il semble toutefois que M. Connolly ne savait pas que ses cotisations de retraite avaient une incidence sur ses droits de cotisation à un REER et il ne semble pas non plus avoir cherché à savoir comment était déterminé son plafond de cotisation au REER au profit de son épouse. M. Connolly ne semble pas avoir entrepris de démarches, que ce soit auprès de son comptable, de sa banque ou de son employeur, pour confirmer ses droits de cotisation. On ne peut donc pas vraisemblablement conclure que son erreur était acceptable.

[78] Et même si l’on pouvait qualifier d’acceptable l’erreur commise par M. Connolly dans les circonstances, les mesures qu’il a prises pour corriger son erreur ne sauraient d’aucune façon être qualifiées d’« indiquées ». Lorsque l’Agence a informé M. Connolly de ses cotisations excédentaires, celui-ci a demandé à son comptable de corriger la situation dès que possible, et cette demande initiale aurait peut-être pu être qualifiée d’indiquée; cependant, son défaut de faire un suivi auprès de son comptable et de tenir compte des demandes de renseignements subséquentes reçues de l’Agence n’est pas indiquée. De plus, les problèmes de santé de M. Connolly ne peuvent expliquer son manque de diligence, étant donné le peu d’éléments de preuve médicale qu’il a présentés à l’appui.

[79] Je conclurais donc que, bien que la fonctionnaire déléguée ait fait une interprétation déraisonnable du paragraphe 204.1(4) de la LIR, elle en est arrivée à la seule conclusion acceptable dans les circonstances. Par conséquent, aucun motif ne justifie de revoir la conclusion de la fonctionnaire déléguée au sujet de la demande présentée par M. Connolly au titre du paragraphe 204.1(4).

[80] Dans son avis d’appel et son mémoire des faits et du droit, M. Connolly demandait également que soit

delegate's refusal to waive penalties and interest under subsection 220(3.1) of the ITA set aside, but tied his arguments to the outcome under subsection 204.1(4) of the ITA. Since the delegate's refusal to waive tax on over-contributions was the only reasonable conclusion in these circumstances, there is no basis to disturb the delegate's conclusion on penalties and interest.

[81] The Federal Court accordingly did not err in dismissing Mr. Connolly's application for judicial review.

VII. Proposed Disposition

[82] In light of the foregoing, I would dismiss this appeal, without costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

annulée la décision de la fonctionnaire déléguée qui a refusé de renoncer aux pénalités et intérêts en application du paragraphe 220(3.1) de la LIR, mais il a lié ses arguments au paragraphe 204.1(4) de la LIR. Comme le refus de la fonctionnaire déléguée de renoncer à l'impôt sur les cotisations excédentaires était la seule conclusion raisonnable dans les circonstances, rien ne justifie d'infirmer sa conclusion concernant les pénalités et intérêts.

[81] La Cour fédérale n'a donc pas commis d'erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire de M. Connolly.

VII. Décision proposée

[82] À la lumière de ce qui précède, je rejeterais l'appel, sans dépens.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3