

A-110-19  
2020 FCA 122

A-110-19  
2020 CAF 122

‘**Namgis First Nation** (*Appellant*)

**Première nation des ‘Namgis** (*appelante*)

v.

c.

**Minister of Fisheries, Oceans and the Canadian Coast Guard, and Mowi Canada West Ltd. (formerly known as Marine Harvest Inc.)** (*Respondents*)

**Le ministre des Pêches, des Océans et de la Garde côtière canadienne et Mowi Canada West Ltd. (auparavant connue sous le nom de Marine Harvest Inc.)** (*intimés*)

**INDEXED AS: ‘NAMGIS FIRST NATION v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)**

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DES ‘NAMGIS c. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and Woods JJ.A.—Vancouver, November 20, 2019; Ottawa, July 17, 2020.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et Woods, J.C.A.—Vancouver, 20 novembre 2019; Ottawa, 17 juillet 2020.

*Fisheries — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for judicial review of Minister of Fisheries and Oceans’ (Minister) decision issuing Salmonid Introductions and Transfer Licence to respondent Mowi Canada West Ltd. (respondent) — Federal Court hearing three separate but closely related applications for judicial review which dealt with in one decision — All three applications revolving around two risk factors for wild Pacific salmon in appellant’s asserted territory: Piscine Orthoreovirus (PRV), Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) — Appellant convinced that PRV, HSMI posing threat to wild salmon stocks while Minister viewing threat as very low — In third application, appellant seeking to have Licence set aside on ground that Minister breaching duty to consult with it prior to issuing Licence but application summarily dismissed, subject of this appeal — Following Morton v. Canada (Fisheries and Oceans) (Morton 2015) allowing application for judicial review regarding aquaculture licence issued without complying with requirements in Fishery (General) Regulations, s. 56, Minister substituting new licensing regime for transfer of fish from hatchery to aquaculture facility but still of view testing for PRV or HSMI not required before transferring fish into aquaculture facility — On judicial review, Federal Court determining that duty to consult not breached respecting Swanson Island Transfer Licence — Whether fresh duty to consult arising in this case; whether Federal Court right in finding that there was no such duty on basis that no consultation is required with respect to decisions that come within overall strategy or policy that has already been subject of consultation — Honour of Crown requiring consultation when: (1) Crown having knowledge of potential Aboriginal claim or right; (2) there is contemplated Crown conduct; (3) there is potential*

*Pêches — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appelante contre la décision du ministre des Pêches et des Océans (le ministre) de délivrer un permis d’introduction et de transfert de salmonidés à l’intimée Mowi Canada West Ltd. (intimée) — La Cour fédérale était saisie de trois demandes de contrôle judiciaire distinctes, mais étroitement liées, lesquelles ont été traitées dans une seule décision — Les trois demandes avaient trait à deux facteurs de risque pour le saumon sauvage du Pacifique dans le territoire revendiqué par l’appelante : l’orthoréovirus pisciaire (RVP) et l’inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC) — L’appelante était convaincue que le RVP et l’IMSC représentent une menace pour les stocks de saumon sauvage, mais le ministre considérait que le niveau de menace était très faible — Dans la troisième demande, l’appelante a demandé l’annulation du permis de transfert au motif que le ministre avait manqué à son obligation de consulter l’appelante avant de délivrer le permis, mais cette demande a été rejetée sommairement et faisait l’objet du présent appel — À la suite de la décision Morton c. Canada (Pêches et Océans) (Morton 2015), accueillant une demande de contrôle judiciaire concernant un permis d’aquaculture délivré sans que les exigences énoncées aux termes de l’art. 56 du Règlement de pêche (dispositions générales) ne soient respectées, le ministre a instauré un nouveau régime de délivrance de permis pour le transfert de poissons d’une écloserie à une installation aquacole, mais il a continué d’affirmer qu’aucun test de dépistage du RVP ou de l’IMSC n’était nécessaire avant de transférer des poissons dans une installation aquacole — Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu qu’il n’y avait pas eu de manquement à l’obligation de consultation en ce qui concerne le permis de transfert pour l’installation de l’île*

*that contemplated conduct may adversely affect Aboriginal claim or right — In present case, first two elements satisfied; as result, only third element at issue — While Federal Court finding that some previous consultations addressed various aspects of aquaculture including fish health, also finding that science around PRV, HSMI not specifically covered in original consultations concerning fish health — Focus not on Federal Court's decision but on Minister's — In normal course of events, record would be examined in attempt to determine if basis for Minister's position existing — However, not normal course of events here since two Federal Court decisions bearing on duty to consult — One dealing with PRV Policy, present appeal dealing with Licence — Finding of novel adverse impact, which gave rise to duty to consult with respect to Policy, had to also give rise to duty to consult with respect to Licence — In both cases, risk of harm to native salmon stocks potentially greater than Minister contemplating — When Federal Court finding that breach of duty to consult occurring about PRV Policy, should also have found breach of duty to consult with respect to Licence — Present case placing Court in awkward situation given existence of two applications by same party decided on same evidence — Court using discretion to decline granting appellant's request for remedy since no utility in quashing expired Licence — Moreover, appellant having adequate alternative to judicial review application — Having been advised of Minister's intention to issue Licence, appellant could have brought timely application for injunction to prevent Minister from issuing Licence in contravention of Regulations, s. 56, decision in Morton 2015 — Appeal allowed.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the Minister of Fisheries and Oceans' (Minister) decision to issue a Salmonid

*Swanson — Il s'agissait de savoir si une nouvelle obligation de consultation s'était présentée dans la présente affaire; et si la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'aucune obligation de ce type n'existait parce qu'aucune consultation n'est nécessaire à l'égard de décisions qui concernent une stratégie ou une politique générale qui a déjà fait l'objet de consultations — L'honneur de la Couronne indique qu'il y a obligation de consultation quand : 1) la Couronne a connaissance de l'existence potentielle d'un droit ou d'un titre ancestral revendiqué; 2) la Couronne envisage de prendre des mesures; et 3) les mesures envisagées sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre ou ce droit — En l'espèce, les deux premiers éléments ont été satisfaits; ainsi, seul le troisième élément était en litige — Si la Cour fédérale a conclu que les consultations menées antérieurement ont porté sur de nombreux aspects de l'aquaculture, dont la santé des poissons, la Cour a toutefois conclu également que les données scientifiques entourant le RVP et l'IMSC n'ont pas été expressément traitées dans les consultations initiales portant sur la santé des poissons — Il fallait se concentrer non pas sur la décision de la Cour fédérale, mais sur celle du ministre — Dans le cours normal des choses, la Cour examinerait le dossier afin de déterminer si la position du ministre était fondée — Cependant, il ne s'agissait pas du cours normal des choses, parce qu'il y a eu deux décisions de la Cour fédérale portant sur l'obligation de consultation — L'une portait sur la Politique concernant le RVP et le présent appel portait sur l'octroi du permis — La découverte d'un nouvel effet défavorable, qui a donné lieu à l'obligation de consultation à propos de la Politique, devait également donner lieu à l'obligation de consultation à propos de l'octroi du permis — Dans les deux cas, le risque d'effet préjudiciable pour les stocks de saumons sauvages pourrait être plus grand que ce qu'avait envisagé le ministre — Quand la Cour fédérale a conclu que le ministre avait manqué à son obligation de consulter en lien avec la Politique concernant le RVP, elle aurait également dû conclure qu'il avait manqué à son obligation de consulter relativement à l'octroi du permis — Le dossier a mis la Cour dans une position difficile en l'espèce puisque deux demandes présentées par la même partie ont été tranchées en fonction des mêmes éléments de preuve — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande de réparation de l'appelante, puisqu'il ne servait à rien d'annuler un permis qui a expiré — En outre, l'appelante disposait d'un recours approprié pouvant remplacer la présente demande de contrôle judiciaire — Après avoir été informée de l'intention du ministre de délivrer le permis, l'appelante aurait pu déposer en temps opportun une requête en injonction en vue d'empêcher le ministre de délivrer le permis et de contrevenir à l'art. 56 du Règlement et à la décision Morton 2015 — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante contre la décision du ministre des Pêches et des Océans (le

Introductions and Transfer Licence (Licence) to Mowi Canada West Ltd. (respondent), formerly known as Marine Harvest Inc. The Federal Court had before it three separate but closely related applications for judicial review which it dealt with in one set of reasons. All three applications revolved around two risk factors for wild Pacific salmon in the appellant's asserted territory. The first is Piscine Orthoreovirus (PRV), a highly infectious virus that is known to be present in the waters of Canada in particular. The second is Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI), which is an infectious disease found in farmed Atlantic salmon. The appellant was convinced that PRV and HSMI pose a threat to the wild salmon stocks which it relies on for food, social and ceremonial purposes. While the science on this issue is evolving, the Minister viewed the threat as very low. Two of the three applications before the Federal Court dealt with the Minister's PRV Policy. Both of the applications were successful in that the PRV Policy was set aside on administrative law grounds and then quashed on the basis that the Crown had failed in its duty to consult the appellant and to accommodate its concerns. In the third application, the appellant asked the Court to set aside the Licence on the ground that the Minister breached his duty to consult with it and to accommodate its concerns prior to issuing the Licence. That application was summarily dismissed and was the subject of this appeal.

The appellant's traditional territory is at the north end of Vancouver Island and includes a number of the adjacent islands, including Swanson Island. A number of distinct wild salmon populations are found in this area. The respondent operates an open net salmon facility adjacent to Swanson Island. That facility has been there since the early 1990s and has been stocked with salmon most of the time. Restocking open-net facilities was at the heart of this litigation because it potentially carries a risk of introducing disease agents into the waters used by wild salmon. Following a previous Federal Court decision in 2015 (*Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)* (*Morton 2015*)) allowing an application for judicial review regarding an aquaculture licence issued without complying with the requirements of section 56 of the *Fishery (General) Regulations*, the Minister substituted a new licensing regime for the transfer of fish from a hatchery to an aquaculture facility but continued to take the position that no testing for PRV or HSMI was required before transferring fish into an aquaculture facility.

ministre) de délivrer un permis d'introduction et de transfert de salmonidés (le permis de transfert) à Mowi Canada West Ltd. (intimée), auparavant connue sous le nom de Marine Harvest Inc. La Cour fédérale était saisie de trois demandes de contrôle judiciaire distinctes, mais étroitement liées, lesquelles ont été traitées dans un seul ensemble de motifs. Les trois demandes avaient trait à deux facteurs de risque pour le saumon sauvage du Pacifique dans le territoire revendiqué par l'appelante. Le premier concerne l'orthoréovirus pisciaire (RVP), un virus hautement infectieux présent dans les eaux du Canada notamment. Le second facteur de risque concerne l'inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC), une maladie infectieuse décelée chez des saumons atlantiques d'élevage. L'appelante était convaincue que le RVP et l'IMSC représentent une menace pour les stocks de saumon sauvage sur lesquels elle compte à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Les connaissances scientifiques portant sur cette question évoluent constamment, mais le ministre considérait que le niveau de menace était très faible. Deux des trois demandes dont était saisie la Cour fédérale portaient sur la Politique concernant le RVP instaurée par le ministre. Les deux demandes ont été accueillies. Dans la première demande, la Politique concernant le RVP a été annulée pour des motifs fondés sur le droit administratif. Dans la deuxième demande, la Politique a été annulée au motif que la Couronne avait manqué à son obligation de consulter l'appelante et de tenir compte de ses préoccupations. Dans la troisième demande, l'appelante a demandé à la Cour d'annuler le permis de transfert au motif que le ministre avait manqué à son obligation de consulter l'appelante et de tenir compte de ses préoccupations avant de délivrer le permis. Cette demande a été rejetée sommairement et faisait l'objet du présent appel.

Le territoire ancestral de l'appelante est situé à l'extrémité nord de l'île de Vancouver et inclut un certain nombre d'îles adjacentes, y compris l'île Swanson. On trouve dans cette région un certain nombre de populations distinctes de saumon sauvage. L'intimée exploite une installation piscicole dotée de parcs à filet en mer près de l'île Swanson. Cette installation se trouve à cet endroit depuis le début des années 1990 et a été empoisonnée en saumon presque tout le temps depuis cette date. Le repeuplement des parcs à filet était au cœur du présent litige, parce qu'il était associé à un risque non encore circonscrit d'introduire des agents pathogènes dans les eaux utilisées par le saumon sauvage. À la suite d'une décision dans laquelle, en 2015 (*Morton c. Canada (Pêches et Océans)* (*Morton 2015*)), la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire concernant un permis d'aquaculture délivré sans que les exigences énoncées aux termes de l'article 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* ne soient respectées, le ministre a instauré un nouveau régime de délivrance de permis pour le transfert de poissons d'une écloserie à une installation aquacole, mais il a continué d'affirmer qu'aucun test

When addressing the allegation that the Crown had breached its duty to consult with respect to the issuance of the Licence here, the Federal Court observed that the Minister was not required to consult with respect to every individual transfer licence. Accordingly, it determined that the duty to consult was not breached with respect to the Swanson Island Transfer Licence. It found that since the Licence had expired subsequent to the transfer of smolts to the Swanson Island facility, it would not quash a licence that no longer had any force or effect and also declined the appellant's request for an order of *mandamus* compelling the Minister to remove the fish from the facility.

The issues were whether a fresh duty to consult arose in this case; and whether the Federal Court was right in finding that there was no such duty apparently on the basis that no consultation is required with respect to decisions that come within an overall strategy or policy that has already been the subject of consultation.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Crown's duty to consult is designed to identify the potential harm to Aboriginal or treaty rights and to reach such accommodation as is possible so as to prevent that harm. The honour of the Crown requires consultation when: (1) the Crown has the knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) there is contemplated Crown conduct; and (3) there is a potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right. In this case, the parties agreed, and the Federal Court found, that the first two elements had been satisfied. As a result, only the third element was in issue between the parties. The third element called for a generous, purposive approach recognizing that Crown action has the potential to irreversibly affect Aboriginal rights. In the present matter, the Minister argued that there was no obligation to consult on transfer licences because there was consultation around the licensing of the Swanson Island aquaculture facility, which included the restocking of those facilities and there was no novel adverse impact on the appellant's interests.

The Federal Court reviewed, in some detail, the history of consultations between the appellant and the Minister on the

de dépistage du RVP ou de l'IMSC n'était nécessaire avant de transférer des poissons dans une installation aquacole.

Concernant l'allégation selon laquelle la Couronne avait manqué à son obligation de consultation à l'égard de l'octroi du permis de transfert dans la présente affaire, la Cour fédérale a souligné que le ministre n'était pas obligé de tenir des consultations au sujet de chaque permis de transfert. C'était donc dire qu'il n'y avait pas eu de manquement à l'obligation de consultation en ce qui concerne le permis de transfert pour l'installation de l'île Swanson. Elle a conclu que, puisque le permis avait expiré après le transfert de saumoneaux à l'installation de l'île Swanson, elle n'annulerait pas un permis qui n'était plus en vigueur et elle a également refusé d'accueillir la demande en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le ministre à retirer les poissons de l'installation.

Il s'agissait de savoir si une nouvelle obligation de consultation s'était présentée dans la présente affaire; et si la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'aucune obligation de ce type n'existait, apparemment parce qu'aucune consultation n'est nécessaire à l'égard de décisions qui concernent une stratégie ou une politique générale qui a déjà fait l'objet de consultations.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

L'obligation de la Couronne de consulter a pour but de permettre de déterminer l'effet préjudiciable potentiel sur les droits ancestraux ou issus de traités et d'en venir au meilleur accommodement possible pour prévenir cet effet préjudiciable. L'honneur de la Couronne indique qu'il y a obligation de consultation quand : 1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou d'un titre ancestral revendiqué; 2) la Couronne envisage de prendre des mesures; et 3) les mesures envisagées sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre ou ce droit. En l'espèce, les parties ont convenu, et la Cour fédérale a conclu de même, que les deux premiers éléments avaient été satisfaits. Ainsi, seul le troisième élément était en litige. Le troisième élément commandait une approche généreuse et téléologique, permettant de reconnaître que la mesure envisagée par la Couronne pourrait avoir des répercussions irréversibles sur les droits ancestraux. En l'espèce, le ministre a soutenu qu'il n'existait aucune obligation de consulter à l'égard des permis de transfert parce que des consultations ont été menées concernant le permis de l'installation aquacole de l'île Swanson, et notamment le repeuplement de l'installation, et qu'il n'existait aucun nouvel effet défavorable touchant les droits de l'appelante.

La Cour fédérale a passé en revue, de façon assez détaillée, l'historique des consultations entre l'appelante et le ministre

aquaculture file. It was clear from the Federal Court's factual findings that there was extensive consultation on aquaculture and fish health. While the Federal Court found that some previous consultations in 2012 addressed various aspects of aquaculture including fish health, it also found that the science around PRV and HSMI is rapidly evolving so that it was not specifically covered in the original consultations concerning fish health.

The focus was not on the Federal Court's decision but on the Minister's. The Minister's approach was consistent with case law involving the duty to consult in fishing matters that stipulated that where adequate consultation has occurred with respect to an overall strategy or policy, further consultation is not required at every step taken to operationalize that strategy or policy. This assumed that there was no evidence of a novel adverse impact. In the normal course of events, the record would be examined in an attempt to determine if there was a basis for the Minister's position. However, this was not the normal course of events because there were two Federal Court decisions bearing on the duty to consult, one dealing with the PRV Policy and this appeal dealing with the Licence. The PRV Policy decision was not appealed while the Licence decision was. These decisions were intertwined in a way which made it difficult to separate them. The finding of a novel adverse impact, which gave rise to the duty to consult with respect to the Policy, had to also give rise to a duty to consult with respect to the Licence. To the extent that the evolution of the science around PRV and HSMI was found to be a novel adverse impact with respect to the PRV Policy, that same evolution of science created a potential novel adverse impact with respect to the authorization to release untested fish, which is the operational result of the PRV policy. In both cases, the risk of harm to the native salmon stocks was potentially greater than the Minister previously contemplated; thus, the finding of a novel adverse impact. The Federal Court, while deciding the PRV Policy application, reached a conclusion that was determinative of this appeal. Specifically, when it found that there had been a breach of the duty to consult about the PRV Policy, it should also have found that there was a breach of the duty to consult with respect to the Licence. The Court herein was placed in an awkward position. It was not possible to examine the record and determine in particular if there was a novel adverse impact because that could undermine a decision that was not appealed. This was not a case of a trial level decision arising in an unrelated appeal in which case a court of appeal has an undoubted right to find that a point of law was wrongly decided in the trial decision. This was a case of two applications by the same party decided on the same evidence.

concernant le dossier de l'aquaculture. Les conclusions de fait de la Cour fédérale montraient clairement qu'il y a eu de nombreuses consultations à propos de l'aquaculture et de l'état de santé des poissons. Si la Cour fédérale a conclu que les consultations menées en 2012 ont porté sur de nombreux aspects de l'aquaculture, dont la santé des poissons, la Cour a toutefois conclu également que les données scientifiques entourant le RVP et l'IMSC évoluent rapidement et que ces questions n'ont pas été expressément traitées dans les consultations initiales portant sur la santé des poissons.

Il fallait donc se concentrer non pas sur la décision de la Cour fédérale, mais sur celle du ministre. L'approche du ministre était conforme aux décisions portant sur l'obligation de consulter dans les dossiers relatifs à l'aquaculture, qui ont précisé que, lorsque des consultations appropriées sont menées concernant une stratégie ou une politique générale, il n'est pas nécessaire de mener d'autres consultations à chaque étape de la mise en œuvre de cette stratégie ou de cette politique. Cela supposait qu'aucune preuve d'un nouvel effet défavorable n'était apportée. Dans le cours normal des choses, la Cour examinerait le dossier afin de déterminer si la position du ministre était fondée. Cependant, il ne s'agissait pas du cours normal des choses, parce qu'il y a eu deux décisions de la Cour fédérale portant sur l'obligation de consultation, l'une à propos de la Politique concernant le RVP et l'autre relative au présent appel et portant sur l'octroi du permis de transfert. La décision relative à la Politique concernant le RVP n'a pas fait l'objet d'un appel, alors que la décision relative à l'octroi du permis de transfert a fait l'objet d'un appel. Ces décisions étaient interreliées de telle façon qu'il était difficile de les séparer. La découverte d'un nouvel effet défavorable, qui a donné lieu à l'obligation de consultation à propos de la Politique, devait également donner lieu à l'obligation de consultation à propos de l'octroi du permis. Dans la mesure où il a été conclu que l'évolution des connaissances scientifiques entourant le RVP et l'IMSC constituait un nouvel effet défavorable en ce qui a trait à la Politique concernant le RVP, cette même évolution des connaissances scientifiques a potentiellement créé un nouvel effet défavorable en ce qui a trait à l'autorisation de libérer des poissons sans faire de test de dépistage, ce qui constituait le résultat opérationnel de la Politique concernant le RVP. Dans les deux cas, le risque d'effet préjudiciable pour les stocks de saumons sauvages pourrait être plus grand que ce qu'a précédemment envisagé le ministre, donnant ainsi naissance à un nouvel effet défavorable. La Cour fédérale, dans son examen lié à la demande relative à la Politique concernant le RVP, a tiré une conclusion déterminante pour le présent appel. Plus précisément, quand la Cour a conclu que le ministre avait manqué à son obligation de consulter en lien avec la Politique concernant le RVP, elle aurait également dû conclure qu'il avait manqué à son obligation de consulter relativement à l'octroi du permis. Cela a mis la Cour dans une position difficile en l'espèce. Elle ne pouvait pas examiner le dossier et déterminer s'il existait

The appellant's request for a remedy was declined since there was no utility in quashing a licence that had expired. Moreover, in the circumstances, the appellant had an adequate alternative to this application for judicial review. Having been advised of the Minister's intention to issue the Licence, it could have brought a timely application for an injunction to prevent the Minister from issuing the Licence in contravention of section 56 of the Regulations and the decision in *Morton 2015*. Since it failed to take advantage of the tools it had to prevent the issuance of the Licence, a remedy for a failure to consult was not granted.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 56.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *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.

##### CONSIDERED:

*R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, [2007] 10 W.W.R. 1.

un nouvel effet défavorable, parce que cela pourrait miner une décision qui n'a pas fait l'objet d'un appel. Il ne s'agissait pas d'un litige touchant une décision rendue en première instance et examinée dans le cadre d'un appel non lié; dans un tel cas, une cour d'appel jouit d'un droit incontesté de conclure que la décision en première instance contenait une erreur concernant un point de droit. Il s'agissait ici d'un litige où deux demandes présentées par la même partie ont été tranchées en fonction des mêmes éléments de preuve.

La demande de réparation de l'appelante a été rejetée, puisqu'il ne servait à rien d'annuler un permis qui a expiré. En outre, dans les circonstances, l'appelante disposait d'un recours approprié pouvant remplacer la présente demande de contrôle judiciaire. Après avoir été informée de l'intention du ministre de délivrer le permis, elle aurait pu déposer en temps opportun une requête en injonction en vue d'empêcher le ministre de délivrer le permis et de contrevenir à l'article 56 du Règlement et à la décision *Morton 2015*. Comme l'appelante s'est abstenue de profiter des outils à sa disposition pour empêcher l'octroi du permis, aucune réparation pour un manquement à l'obligation de consultation n'a été accordée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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], art. 35.

*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 56.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *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.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, [2007] 10 W.W.R. 1.

## REFERRED TO:

*Husky Oil Operations Limited v. Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board*, 2018 FCA 10, 418 D.L.R. (4th) 112; *Keith v. Canada (Human Rights Commission)*, 2019 FCA 251; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, (1983), 4 D.L.R. (4th) 567; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Canada (Attorney General) v. Philips*, 2019 FCA 240; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, 1999 CanLII 9338 (C.A.); *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)*, 2018 FC 334.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 143, [2019] 4 F.C.R. 3) dismissing the appellant's application for judicial review of the Minister of Fisheries and Oceans' decision to issue a Salmonid Introductions and Transfer Licence to the respondent Mowi Canada West Ltd. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Sean Jones and Meaghan Conroy* for appellant.  
*Tim Timberg and Gwen MacIsaac* for respondents  
 Minister of Fisheries, Oceans and the Canadian  
 Coast Guard.  
*Chris Watson and Ian Knapp* for respondent Mowi  
 Canada West Ltd.

## SOLICITORS OF RECORD

*MLT Aikins LLP*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for re-  
 spondents Minister of Fisheries, Oceans and the  
 Canadian Coast Guard.  
*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, for respon-  
 dent Mowi Canada West Ltd.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Husky Oil Operations Limited c. Canada-Terre-Neuve-et Labrador des hydrocarbures extracôtiers*, 2010 CAF 10; *Keith c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2019 CAF 251; *Coldwater Première Nation c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extra-côtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Canada (Procureur général) c. Philips*, 2019 CAF 240; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Première nation de Namgis c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière)*, 2018 CF 334.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 143, [2019] 4 R.C.F. 3) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante contre la décision du ministre des Pêches et des Océans de délivrer un permis d'introduction et de transfert de salmonidés à l'intimée Mowi Canada West Ltd. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Sean Jones et Meaghan Conroy* pour l'appelante.  
*Tim Timberg et Gwen MacIsaac* pour l'intimé le  
 ministre des Pêches, des Océans et de la Garde  
 côtière canadienne.  
*Chris Watson et Ian Knapp* pour l'intimée Mowi  
 Canada West Ltd.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*MLT Aikins LLP*, Vancouver, pour l'appelante.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour  
 l'intimé le ministre des Pêches, des Océans et de  
 la Garde côtière canadienne.  
*MacKenzie Fujisawa LLP*, Vancouver, pour  
 l'intimée Mowi Canada West Ltd.

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

[1] PELLETIER J.A.: 'Namgis First Nation appeals from the decision of the Federal Court (*per* Strickland J.) dismissing its application for judicial review of the Minister of Fisheries and Oceans' (the Minister) decision to issue a Salmonid Introductions and Transfer Licence (the Licence) to Mowi Canada West Ltd. (Mowi), formerly known as Marine Harvest Inc. The Federal Court had before it three separate but closely related applications for judicial review which it dealt with in one set of reasons, reported as *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FC 143, [2019] 4 F.C.R. 3 [Decision].

[2] All three applications revolve around two risk factors for wild Pacific salmon in 'Namgis' asserted territory. The first is Piscine Orthoreovirus (PRV), a highly infectious virus that is known to be present in the waters of Norway, the United Kingdom, Ireland, Chile, the United States, and Canada. PRV is found in both farmed and wild salmon in British Columbia: Decision, at paragraph 27. The second is Heart and Skeletal Muscle Inflammation (HSMI) which is an infectious disease found in farmed Atlantic Salmon. It was first reported in Norway and has since been reported in farmed Atlantic Salmon in Scotland, Chile and in one aquaculture facility in British Columbia: Decision, at paragraph 29. 'Namgis is convinced that PRV and HSMI pose a threat to the wild salmon stocks which it relies on for food, social and ceremonial purposes. The Minister views the threat level as very low. The science as to the relationship between these two threats, their prevalence, and the risk they pose to wild (as opposed to farmed) salmon is evolving.

[3] Two of the three applications before the Federal Court dealt with the Minister's PRV Policy, which is set

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : La Première Nation des 'Namgis (la PNN) interjette appel de la décision de la Cour fédérale (rendue par la juge Strickland), par laquelle elle a rejeté sa demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans (le ministre) de délivrer un permis d'introduction et de transfert de salmonidés (le permis de transfert) à Mowi Canada West Ltd. (Mowi), auparavant connue sous le nom de Marine Harvest Inc. La Cour fédérale était saisie de trois demandes de contrôle judiciaire distinctes, mais étroitement liées, lesquelles ont été traitées dans un seul ensemble de motifs, publié sous la référence *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CF 143, [2019] 4 R.C.F. 3 [décision].

[2] Les trois demandes ont trait à deux facteurs de risque pour le saumon sauvage du Pacifique dans le territoire revendiqué par la PNN. Le premier concerne l'orthoréovirus pisciaire (RVP), un virus hautement infectieux présent dans les eaux de la Norvège, du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Chili, des États-Unis et du Canada. En Colombie-Britannique, on trouve aujourd'hui le RVP chez les saumons tant d'élevage que sauvages : décision, au paragraphe 27. Le second facteur de risque concerne l'inflammation des muscles squelettiques et cardiaques (IMSC), une maladie infectieuse décelée chez des saumons atlantiques d'élevage. La maladie a été signalée pour la première fois en Norvège, et elle est aujourd'hui signalée chez des saumons atlantiques d'élevage en Écosse, au Chili et dans une pisciculture en Colombie-Britannique : décision, au paragraphe 29. La PNN est convaincue que le RVP et l'IMSC représentent une menace pour les stocks de saumon sauvage sur lesquels elle compte à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Le ministre considère que le niveau de menace est très faible. Les connaissances scientifiques portant sur la relation entre ces deux menaces, leur prévalence et le risque qu'elles représentent pour le saumon sauvage (par opposition au saumon d'élevage) évoluent constamment.

[3] Deux des trois demandes dont était saisie la Cour fédérale portaient sur la Politique concernant le RVP



out in an email dated June 28, 2018 from the Minister’s delegate:

... 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.

Decision, at paragraph 47 (my emphasis).

[4] In the first application, file No. T-1710-16, Ms. Alexandra Morton, a fisheries activist, sought to set aside the PRV Policy on administrative law grounds, arguing that it was unreasonable. That application was successful (Decision, at paragraph 213), and has not been appealed. In the second application, file No. T-430-18, ‘Namgis asked that the PRV Policy be quashed on the basis that the Crown had failed in its duty to consult it and to accommodate its concerns. That application was also successful (Decision, at paragraph 330) and it has not been appealed.

[5] In the third application, file No. T-744-18, ‘Namgis asked the Court to set aside the Licence on the ground that the Minister breached his duty to consult with it and to accommodate its concerns prior to issuing the Licence. That application was summarily dismissed (Decision, at paragraph 338), and is the subject of this appeal.

[6] For the reasons that follow, I would allow the appeal with costs to the appellant.

#### Background and Decision Under Review

[7] This litigation revolves around the scope and application of section 56 of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 (the Regulations) which is reproduced below:

instaurée par le ministre, laquelle est énoncée dans un courriel envoyé par la déléguée du ministre et daté du 28 juin 2018 :

[TRADUCTION]

[...]

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.

Décision, au paragraphe 47 (non souligné dans l’original).

[4] Dans la première demande (dossier T-1710-16), M<sup>me</sup> Alexandra Morton, qui milite en faveur des pêches, demandait l’annulation de la Politique concernant le RVP pour des motifs fondés sur le droit administratif, alléguant qu’elle était déraisonnable. Cette demande a été accueillie (décision, au paragraphe 213), et n’a pas fait l’objet d’un appel. Dans la deuxième demande (dossier T-430-18), la PNN demandait l’annulation de la Politique concernant le RVP au motif que la Couronne avait manqué à son obligation de consulter la Première Nation et de tenir compte de ses préoccupations. Cette demande a également été accueillie (décision, au paragraphe 330), et n’a pas fait l’objet d’un appel.

[5] Dans la troisième demande (dossier T-744-18), la PNN demandait à la Cour d’annuler le permis de transfert au motif que le ministre avait manqué à son obligation de consulter la Première Nation et de tenir compte de ses préoccupations avant de délivrer le permis. Cette demande a été rejetée sommairement (décision, au paragraphe 338), et fait l’objet du présent appel.

[6] Pour les motifs qui suivent, j’accueillerais l’appel avec dépens en faveur de l’appelante.

#### Contexte et décision faisant l’objet du contrôle

[7] Le présent litige tourne autour de la portée et de l’application de l’article 56 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53 (le Règlement), qui est reproduit ci-dessous :

56 The Minister may issue a licence if

- (a) the release or transfer of the fish would be in keeping with the proper management and control of fisheries;
- (b) the fish do not have any disease or disease agent that may be harmful to the protection and conservation of fish; and
- (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.

[8] In 2015, Ms. Morton, the applicant in the first matter before the Federal Court, brought an application for judicial review alleging that the conditions attached to an aquaculture licence respecting the transfer of fish from a hatchery to an aquaculture facility were unlawful because they did not comply with the requirements of section 56 of the Regulations. The Federal Court allowed the application (*Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 (*Morton 2015*), ruling that paragraph 56(b) of the Regulations:

... 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).

*Morton 2015*, at paragraph 97.

[9] ‘Nāmgis’ traditional territory is at the north end of Vancouver Island and includes a number of the adjacent islands, including Swanson Island, which lie between Vancouver Island and the mainland. A number of distinct wild salmon populations are found in this area. These populations are critically important to ‘Nāmgis for food, social and ceremonial purposes. Mowi operates an open net salmon facility adjacent to Swanson Island. That

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

- a) la libération ou le transfert des poissons est en accord avec la gestion et la surveillance judicieuses des pêches;
- b) les poissons sont exempts de maladies et d’agents pathogènes qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces;
- 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.

[8] En 2015, M<sup>me</sup> Morton, la demanderesse dans la première affaire portée devant la Cour fédérale, a déposé une demande de contrôle judiciaire, alléguant que les conditions auxquelles était assujéti un permis d’aquaculture régissant le transfert de poissons d’une éclosérie à une installation aquacole étaient illégales, parce qu’elles ne respectaient pas les exigences énoncées aux termes de l’article 56 du Règlement. La Cour fédérale a accueilli la demande (*Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575 (*Morton 2015*), affirmant que l’alinéa 56b) du Règlement :

[...] 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. le HSMI).

Décision *Morton 2015*, au paragraphe 97.

[9] Le territoire ancestral des ‘Nāmgis est situé à l’extrémité nord de l’île de Vancouver et inclut un certain nombre d’îles adjacentes, y compris l’île Swanson, située entre l’île de Vancouver et le continent. On trouve dans cette région un certain nombre de populations distinctes de saumon sauvage. Ces populations sont d’une importance cruciale pour la PNN à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Mowi exploite une installation

facility has been there since the early 1990s and has been stocked with salmon during that period except for fallow periods between harvesting and restocking.

[10] Restocking open-net facilities is at the heart of this litigation because it carries an as-yet uncircumscribed risk of introducing disease agents into the waters used by wild salmon. That risk arises from the transfer of immature salmon (smolts) from inland fish stations to the open-net aquaculture facilities. If disease-bearing fish are introduced into these waters and if those diseases spread to the wild salmon stocks, the results could be calamitous and perhaps irreversible.

[11] Following *Morton 2015*, the Minister substituted a new licensing regime for the transfer of fish from a hatchery to an aquaculture facility. For various reasons, the Minister continued to take the position that no testing for PRV or HSMI was required before transferring fish into an aquaculture facility.

[12] In file No. T-430-18 in which 'Namgis alleges that the Crown breached its duty to consult about the PRV Policy, the Federal Court found that the Crown breached its duty to consult when it did not respond to 'Namgis' request for consultation in light of new science which suggested a novel potential impact on its rights:

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

piscicole dotée de parcs à filet en mer près de l'île Swanson. Cette installation se trouve à cet endroit depuis le début des années 1990 et est empoisonnée en saumon depuis, sauf durant les périodes d'inactivité entre la capture et le repeuplement.

[10] Le repeuplement des parcs à filet est au cœur du présent litige, parce qu'il est associé à un risque non encore circonscrit d'introduire des agents pathogènes dans les eaux utilisées par le saumon sauvage. Ce risque résulte du transfert de saumons immatures (saumoneaux) des stations aquacoles intérieures aux installations aquacoles dotées de parcs à filet en mer. Si des poissons porteurs d'une maladie sont introduits dans ces eaux, et si la maladie se répand dans les stocks de saumon sauvage, les résultats pourraient être catastrophiques et peut-être irréversibles.

[11] À la suite de la décision *Morton 2015*, le ministre a instauré un nouveau régime de délivrance de permis pour le transfert de poissons d'une écloserie à une installation aquacole. Pour différentes raisons, le ministre a continué d'affirmer qu'aucun test de dépistage du RVP ou de l'IMSC n'était nécessaire avant de transférer des poissons dans une installation aquacole.

[12] Dans le dossier T-430-18, dans lequel la PNN allègue que la Couronne a manqué à son obligation de consultation au sujet de la Politique concernant le RVP, la Cour fédérale a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation de consultation en ne répondant pas à la demande de consultation de la PNN à la lumière des nouvelles données scientifiques qui laissaient croire à un nouvel effet potentiellement défavorable sur ses droits :

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

June 28, 2018, without responding to 'Namgis' concerns even on a general level, it breached that obligation.

Decision, at paragraph 330.

[13] In the course of coming to that conclusion, the Court noted, at paragraph 325 of the Decision, the Minister's reliance on *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653 (*Douglas*), and *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, [2007] 10 W.W.R. 1 (*Lefthand*). In *Douglas*, the British Columbia Court of Appeal held at paragraph 42:

... Having conducted appropriate consultations in developing and implementing its fishing strategy, DFO is not required to consult each First Nation on all openings and closures throughout the salmon fishing season, where those actions were consistent with the overall strategy. Because the number of Early Stuarts that would be taken was insignificant, the brief opening of the marine recreational fishery to retention of Early Stuarts was in keeping with the strategy developed in 2000. If DFO was required to consult on the opening of the marine recreational fishery, it would have had to consult all the Fraser River First Nations on each and every opening, including all of the First Nations fisheries.

[14] In *Lefthand*, the Alberta Court of Appeal, at paragraph 40 of its reasons, wrote:

... If there has been adequate consultation with respect to a program or regime of regulation or development, that will satisfy the constitutional requirement for consultation. It is not thereafter necessary to consult again with respect to every administrative decision made to implement that strategy....

[15] While the Federal Court did not say so explicitly, it used language that strongly suggests that its position on consultation about the Licence relied on this jurisprudence. *Douglas* and *Lefthand* would justify the Court's

a fait en sorte que le PMO [*sic*] se devait de lui répondre dans le contexte de son obligation continue de consultation. Et, lorsque le MPO [*sic*] 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.

Décision, au paragraphe 330.

[13] Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour a indiqué, au paragraphe 325 de la décision, que le ministre s'appuyait sur l'arrêt *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653 (arrêt *Douglas*), et sur l'arrêt *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, [2007] 10 W.W.R. 1 (arrêt *Lefthand*). Dans l'arrêt *Douglas*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu ce qui suit, au paragraphe 42 :

[TRADUCTION] [...] Comme il a mené des consultations appropriées au moment de la mise au point et de l'application de sa stratégie sur les pêches, le MPO n'est pas tenu de consulter chacune des Premières Nations pour chaque ouverture et fermeture des pêches tout au long de la saison de pêche du saumon, lorsque ces décisions sont conformes à la politique générale. Comme le nombre de saumons de la montaison Stuart précoce qui seraient capturés était très peu élevé, la brève ouverture de la saison de la pêche marine récréative restait conforme à la stratégie mise au point en 2000, pour la conservation de la montaison Stuart précoce. Si le MPO était tenu de consulter en ce qui concerne l'ouverture de la pêche marine récréative, il faudrait qu'il consulte toutes les Premières Nations du fleuve Fraser à propos de chaque ouverture, y compris toutes les pêches des Premières Nations.

[14] Dans l'arrêt *Lefthand*, la Cour d'appel de l'Alberta, au paragraphe 40 de ses motifs, a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] Si des consultations adéquates ont eu lieu concernant un programme ou un régime de réglementation ou un projet de développement, l'obligation de consultation prévue dans la Constitution est satisfaite. Il n'est pas nécessaire par la suite de consulter de nouveau pour chaque décision administrative prise en lien avec la mise en œuvre de cette stratégie.

[15] Même si la Cour fédérale ne l'a pas affirmé explicitement, elle a utilisé un langage qui laisse fortement entendre que son point de vue sur la consultation relative au permis de transfert s'inspire de cette jurisprudence.

agreement with the Minister that it would be impractical to consult with every First Nation with respect to every transfer licence issued to fish farms located within their asserted territories: Decision, at paragraph 325. Further on this point, at paragraph 328 of the Decision, the Federal Court observed that the Minister “was not compelled to consult on every fish health policy decision and transfer licence”.

[16] When addressing the allegation that the Crown had breached its duty to consult with respect to the issuance of the Licence, the Federal Court observed that it could dispose of the matter summarily:

... 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.

Decision, at paragraph 338.

[17] As for remedies, since the Court found that the duty to consult about the Licence had not been breached, it was under no obligation to consider ‘Namgis’ prayer for relief, but the Court decided to consider it nonetheless. In particular, it found that since the Licence had expired subsequent to the transfer of smolts to the Swanson Island facility, it would not quash a licence that no longer had any force or effect. The Court also considered ‘Namgis’ request for an order of *mandamus* compelling the Minister to remove the fish from the facility. The Court declined to do so.

#### Statement of Issues

[18] ‘Namgis argues that the two issues in the appeal are the finding that there was no breach of the duty to consult about the Licence and that the Federal Court erred in not quashing the Licence. The Minister frames

Les arrêts *Douglas* et *Lefthand* justifieraient que la Cour adhère à la position du ministre, soit qu’il serait peu pratique de consulter chacune des Premières Nations à propos de chacun des permis de transfert délivrés aux fermes piscicoles situées dans les territoires revendiqués : décision, au paragraphe 325. En outre, au paragraphe 328 de la décision, la Cour fédérale a souligné que le ministre « n’était pas obligé de mener des consultations sur chaque décision de politique générale concernant la santé des poissons et chaque permis de transfert ».

[16] Concernant l’allégation selon laquelle la Couronne avait manqué à son obligation de consultation à l’égard de l’octroi du permis de transfert, la Cour fédérale a souligné qu’elle pourrait trancher l’affaire sommairement :

[...] 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.

Décision, au paragraphe 338.

[17] En ce qui concerne les mesures de réparation demandées, puisque la Cour a conclu que la Couronne n’avait pas manqué à son obligation de consultation à l’égard du permis de transfert, elle n’était pas tenue d’examiner les demandes de réparation de la PNN, mais elle l’a quand même fait. Plus précisément, elle a conclu que, puisque le permis avait expiré après le transfert de saumoneaux à l’installation de l’île Swanson, elle n’annulerait pas un permis qui n’était plus en vigueur. La Cour a également examiné la demande de la PNN en vue d’obtenir une ordonnance de *mandamus* obligeant le ministre à retirer les poissons de l’installation. La Cour a refusé d’accueillir la demande.

#### Énoncé des questions en litige

[18] La PNN soutient que les deux questions en appel concernent la conclusion selon laquelle il n’y a pas eu manquement à l’obligation de consultation à l’égard du permis de transfert, et l’allégation selon laquelle la

the issues in much the same way while Mowi focuses only on the question as to whether the duty to consult was triggered with respect to the Licence, given that the Minister had consulted with respect to the aquaculture regime and the licensing regime.

[19] These perspectives are relatively abstract. On the facts of this case, it appears that the issues can be narrowed considerably. First, since the Federal Court dismissed the application for judicial review, the issue of quashing the Licence simply did not arise so that anything the Federal Court said on this issue was simply *obiter dicta*. As a result, this issue may arise as a question of remedies if this appeal succeeds, but it cannot be a ground of appeal.

[20] Second, given the history of consultation between these parties, the issue is not whether there is a duty to consult in the abstract but rather whether a fresh duty to consult arose. The Federal Court found that there was no such duty apparently on the basis that no consultation is required with respect to decisions that come within an overall strategy or policy that has already been the subject of consultation. This reasoning does not address the question of whether a novel adverse impact had arisen since the original consultation, which would create a fresh duty to consult.

#### Standard of Review

[21] Since this is an appeal from a decision of the Federal Court sitting as a court of review, the governing case is *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*). It was held there that the question for this Court is whether the Federal Court chose the correct standard of review and applied it properly: *Agraira*, at paragraph 47. In *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 (*Merck Frosst*), this was described as stepping into the shoes of

Cour fédérale a commis une erreur en n'annulant pas le permis. Le ministre formule les questions un peu de la même manière, alors que Mowi concentre son attention sur la question de savoir si le permis déclenchait une obligation de consultation, compte tenu que le ministre avait mené des consultations à l'égard de la politique sur l'aquaculture et du système de délivrance des permis.

[19] Ces perspectives sont relativement abstraites. Compte tenu des faits en l'espèce, il semble que les questions peuvent être resserrées considérablement. D'abord, comme la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire, la question de l'annulation du permis ne s'est tout simplement pas posée; par conséquent, tout ce que la Cour fédérale a pu affirmer sur le sujet constituait simplement une opinion incidente. Ainsi, la question pourrait être soulevée concernant d'éventuelles mesures de réparation si l'appel devait être accueilli, mais elle ne peut constituer un motif d'appel.

[20] Ensuite, compte tenu de l'historique des consultations entre les parties, la question n'est pas de savoir s'il existe une obligation de consultation dans l'absolu, mais plutôt de savoir si une nouvelle obligation de consultation s'est présentée. La Cour fédérale a conclu qu'aucune obligation de ce type n'existait, apparemment parce qu'aucune consultation n'est nécessaire à l'égard de décisions qui concernent une stratégie ou une politique générale qui a déjà fait l'objet de consultations. Ce raisonnement ne permet pas de répondre à la question de savoir si un nouvel effet défavorable est apparu depuis les premières consultations, ce qui créerait une nouvelle obligation de consultation.

#### Norme de contrôle

[21] Comme le présent appel porte sur une décision de la Cour fédérale siégeant comme cour de révision, l'arrêt qui fait autorité est l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (arrêt *Agraira*). La Cour suprême a conclu que la question que devait trancher notre Cour était celle de savoir si la Cour fédérale avait choisi la norme de contrôle appropriée et l'avait appliquée correctement : arrêt *Agraira*, au paragraphe 47. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*,

the lower court so that the Court's focus is on the administrative decision: at paragraph 247; see also *Husky Oil Operations Limited v. Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board*, 2018 FCA 10, 418 D.L.R. (4th) 112, at paragraphs 16–17; *Keith v. Canada (Human Rights Commission)*, 2019 FCA 251, at paragraph 5. The scope of Aboriginal and treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, is reviewable on the correctness standard: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraph 55. Where the existence or extent of the duty to consult is “premised on an assessment of the facts”, the tribunal's factual findings are entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), at paragraph 61. The adequacy of consultation is reviewable on the standard of reasonableness: *Haida Nation*, at paragraph 62; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3, at paragraph 27.

### Analysis

[22] In paragraph 35 of *Haida Nation*, the Supreme Court found that the honour of the Crown requires consultation when three elements are present:

- (1) the Crown has knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right;
- (2) there is contemplated Crown conduct; and
- (3) there is a potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

[23] The Crown's duty to consult is designed to identify the potential harm to Aboriginal or treaty rights and to reach such accommodation as is possible so as to prevent that harm: see *Haida Nation*, at paragraph 47; *Taku*

2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23 (arrêt *Merck Frosst*), la Cour suprême a indiqué que cela revenait à se mettre à la place du tribunal d'instance inférieure pour se concentrer sur la décision administrative : au paragraphe 247; voir également *Husky Oil Operations Limited c. Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers*, 2018 CAF 10, aux paragraphes 16 et 17; *Keith c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2019 CAF 251, au paragraphe 5. La portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est susceptible de révision selon la norme de la décision correcte : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (arrêt *Vavilov*), au paragraphe 55. Lorsque l'existence ou l'étendue de l'obligation de consulter « repose habituellement sur l'appréciation des faits », il convient de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du premier décideur : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (arrêt *Nation haïda*), au paragraphe 61. Le caractère adéquat de la consultation est susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable : arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 62; *Coldwater Première Nation c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3, au paragraphe 27.

### Discussion

[22] Au paragraphe 35 de l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême a conclu que l'honneur de la Couronne tend à indiquer qu'il y a obligation de consultation quand trois éléments sont présents :

- 1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou d'un titre ancestral revendiqué;
- 2) la Couronne envisage de prendre des mesures;
- 3) les mesures envisagées sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre ou ce droit.

[23] L'obligation de la Couronne de consulter a pour but de permettre de déterminer l'effet préjudiciable potentiel sur les droits ancestraux ou issus de traités et d'en venir au meilleur accommodement possible pour

*River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at paragraph 25; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 32.

[24] In this case, the parties agreed, and the Federal Court found, that the first two elements had been satisfied: Decision, at paragraphs 307–309. As a result, only the third element was in issue between the parties.

[25] The third element calls for a generous, purposive approach recognizing that Crown action has the potential to irreversibly affect Aboriginal rights: *Rio Tinto*, at paragraph 46. The adverse effect cannot be merely speculative, and it must be relevant to the future exercise of the Aboriginal right: *Rio Tinto*, at paragraph 46. The assessment of the duty to consult is forward-looking:

... Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right.

*Rio Tinto*, at paragraph 49.

[26] Putting this another way, having failed to consult in the past does not create an obligation to consult in the future. However, if the facts as to the potential for harm have changed, then the duty to consult arises again.

[27] In this case, the Minister argues that there is no obligation to consult on transfer licences because there was consultation around the licensing of the Swanson Island aquaculture facility, which included the restocking of those facilities and there was no novel adverse impact on 'Namgis' interests.

prévenir cet effet préjudiciable : voir l'arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 47; l'arrêt *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, au paragraphe 25; l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (arrêt *Rio Tinto*), au paragraphe 32.

[24] En l'espèce, les parties ont convenu, et la Cour fédérale a conclu de même, que les deux premiers éléments avaient été satisfaits : décision, aux paragraphes 307 à 309. Ainsi, seul le troisième élément était en litige.

[25] Le troisième élément commande une approche généreuse et téléologique, permettant de reconnaître que la mesure envisagée par la Couronne pourrait avoir des répercussions irréversibles sur les droits ancestraux : arrêt *Rio Tinto*, au paragraphe 46. L'effet préjudiciable ne peut être simplement hypothétique, et il doit toucher l'exercice futur du droit ancestral lui-même : arrêt *Rio Tinto*, au paragraphe 46. L'évaluation de l'obligation de consultation est prospective :

[...] L'atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter, ne fait naître l'obligation de consulter que si la décision actuelle risque d'avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant.

Arrêt *Rio Tinto*, au paragraphe 49.

[26] Autrement dit, le fait d'avoir omis de consulter par le passé ne crée pas une obligation de consulter dans l'avenir. Toutefois, si les faits concernant la possibilité d'un effet préjudiciable ont changé, l'obligation de consulter apparaît de nouveau.

[27] En l'espèce, le ministre soutient qu'il n'existe aucune obligation de consulter à l'égard des permis de transfert parce que des consultations ont été menées concernant le permis de l'installation aquacole de l'île Swanson, et notamment le repeuplement de l'installation, et qu'il n'existe aucun nouvel effet défavorable touchant les droits de la PNN.



[28] The Federal Court reviewed, in some detail, the history of consultation between ‘Namgis and the Minister on the aquaculture file. I will not attempt to summarize the entire history of consultation but a few points are worth underlining. At paragraph 301 of its reasons, the Court recounts that the Minister consulted with First Nations on the federal aquaculture licensing regime that would come into effect in December 2010, following the declaration that the British Columbia licensing scheme was *ultra vires* the province:

.... [The affiant] 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 licencing for aquaculture, and DFO continues to consult with respect to renewal of aquaculture licences and amendments to aquaculture licences within First Nations claimed territories.

[29] At paragraph 306 of its reasons, the Court set out in considerable detail the particulars of the interactions between ‘Namgis and the Minister and his officials from 2012 to 2018. The Court found that ‘Namgis was consulted with respect to the federal aquaculture regime following the assumption of responsibility for marine aquaculture by the federal government: Decision, at paragraph 321. Further, the Minister continued to consult with respect to aquaculture licence renewals. In addition:

.... 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

[28] La Cour fédérale a passé en revue, de façon assez détaillée, l’historique des consultations entre la PNN et le ministre concernant le dossier de l’aquaculture. Je ne tenterai pas de résumer tout l’historique des consultations, mais quelques points méritent d’être soulignés. Au paragraphe 301 de ses motifs, la Cour rappelle que le ministre a consulté les Premières Nations au sujet du nouveau régime fédéral d’octroi de permis d’aquaculture qui allait entrer en vigueur en décembre 2010, après la déclaration selon laquelle le régime d’octroi de permis de la Colombie-Britannique excédait les pouvoirs de la province :

[...] [Le déposant] 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, 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.

[29] Au paragraphe 306 de ses motifs, la Cour a exposé les détails des interactions entre la PNN et le ministre et ses représentants entre 2012 et 2018. La Cour a conclu que la PNN avait été consultée à propos du régime fédéral d’octroi de permis d’aquaculture, compte tenu de la présomption de responsabilité du gouvernement fédéral en matière d’aquaculture marine : décision, au paragraphe 321. En outre, le ministre a continué de mener des consultations concernant le renouvellement des permis d’aquaculture. De plus :

[...] 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

'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.

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 licencing 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.

Decision at paragraphs 322–323.

[30] It is clear from the Court's factual findings that there was extensive consultation on aquaculture and fish health. In particular, the Court found that the 2012 consultations concerning the development and implementation of the aquaculture regulatory regime and licensing broadly addressed various aspects of aquaculture including fish health: Decision, at paragraph 324. However, the Court also found that the science around PRV and HSMI is rapidly evolving so that it was not specifically covered in the original consultations concerning fish health: Decision, at paragraph 329.

[31] The Court found that the duty to consult was breached because:

... 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

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 [*sic*], 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.

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.

Décision, aux paragraphes 322 et 323.

[30] Les conclusions de fait de la Cour montrent clairement qu'il y a eu de nombreuses consultations à propos de l'aquaculture et de l'état de santé des poissons. Plus particulièrement, la Cour a conclu 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 : décision, au paragraphe 324. Toutefois, la Cour a également conclu que les données scientifiques entourant le RVP et l'IMSC évoluent rapidement et que ces questions n'ont pas été expressément traitées dans les consultations initiales portant sur la santé des poissons : décision, au paragraphe 329.

[31] La Cour a conclu que le Ministère avait manqué à son obligation de consultation pour les raisons suivantes :

[...] 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

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.

Decision, at paragraph 330 (my emphasis).

[32] Applying the standard of review articulated in *Agraira* and *Merck Frosst*, our focus is not on the Federal Court’s decision but the Minister’s. Since the Minister did not justify his decision in written reasons, we must look to the record to see if we can “uncover a clear rationale for the decision”, as the Supreme Court taught in paragraphs 136 to 138 of *Vavilov*.

[33] The best indication of the Minister’s rationale is found in paragraph 363 of the Thomson affidavit No. 2, quoted at paragraph 301 of the Decision:

363. DFO does not currently consult on introduction and transfer licences as consultation with First Nations takes place around aquaculture licensing decisions. Aquaculture licences are issued under the assumption that fish will be transferred to and from the site as part of routine operations.

[34] This approach is consistent with the *Douglas* and *Lefthand* decisions that stipulate that where adequate consultation has occurred with respect to an overall strategy or policy, further consultation is not required at every step taken to operationalize that strategy or policy. This assumes that there is no evidence of a novel adverse impact.

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 [*sic*] se devait de lui répondre dans le contexte de son obligation continue de consultation. Et, lorsque le PMO [*sic*] 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.

Décision, au paragraphe 330 (non souligné dans l’original).

[32] Selon la norme de contrôle établie dans les arrêts *Agraira* et *Merck Frosst*, notre Cour doit se concentrer non pas sur la décision de la Cour fédérale, mais sur celle du ministre. Comme le ministre n’a pas justifié sa décision dans des motifs exposés par écrit, nous devons nous en remettre au dossier pour voir s’il est possible d’y découvrir « une justification claire pour la décision », comme l’enseigne la Cour suprême aux paragraphes 136 à 138 de l’arrêt *Vavilov*.

[33] Le meilleur indice de la justification du ministre apparaît au paragraphe 363 de l’affidavit n° 2 de M. Thomson, cité au paragraphe 301 de la décision :

[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.

[34] Cette approche est conforme aux arrêts *Douglas* et *Lefthand*, qui précisent que, lorsque des consultations appropriées sont menées concernant une stratégie ou une politique générale, il n’est pas nécessaire de mener d’autres consultations à chaque étape de la mise en œuvre de cette stratégie ou de cette politique, en supposant qu’aucune preuve d’un nouvel effet défavorable n’est apportée.

[35] The difficulty for the Minister is that the Federal Court doubted that he had followed his overall aquaculture policy:

... 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 ... in reliance on (*R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206... at paragraph 40.)

Decision, at paragraph 325 (my emphasis).

[36] If the transfer authorized by the Licence was not consistent with "DFO's overall aquaculture strategy", then the Minister's reliance on *Douglas* and *Lefthand* is misplaced. In any event, 'Namgis argues that there is a novel adverse impact while the Minister denies this.

[37] In the normal course of events, this Court would examine the record in an attempt to determine if there was a basis for the Minister's position. Where the existence or extent of the duty to consult is "premised on an assessment of the facts", the tribunal's factual findings are entitled to deference: *Haida Nation*, at paragraph 61. The question as to whether or not there is a novel adverse impact is a question of fact which is therefore entitled to deference.

[38] But this is not the normal course of events because there were two Federal Court decisions bearing on the duty to consult, one dealing with the PRV Policy and the one underlying this appeal dealing with the Licence. The PRV Policy decision has not been appealed while the Licence decision has been. These decisions are intertwined in a way which makes it difficult to separate them. The finding of a novel adverse impact, which gave rise to the duty to consult with respect to the Policy, must also give rise to a duty to consult with respect to the Licence. To the extent that the evolution of the science around PRV and HSMI was found to be a novel adverse impact with respect to the PRV Policy (see Decision, at paragraph 330), that same evolution of science created a potential novel adverse impact with respect to the

[35] La difficulté pour le ministre, c'est que la Cour fédérale doutait qu'il ait respecté cette politique générale en matière d'aquaculture :

[...] 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. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206 [...] au paragraphe 40).

Décision, au paragraphe 325 (non souligné dans l'original).

[36] Si le transfert autorisé par le permis n'était pas conforme à la « stratégie générale en matière d'aquaculture » du MPO, le ministre a eu tort de s'appuyer sur les arrêts *Douglas* et *Lefthand*. Quoi qu'il en soit, la PNN soutient qu'il existe un nouvel effet défavorable, alors que le ministre affirme le contraire.

[37] Dans le cours normal des choses, notre Cour examinerait le dossier afin de déterminer si la position du ministre est fondée. Lorsque l'existence ou l'étendue de l'obligation de consultation « repose [...] sur l'appréciation des faits », il convient de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du tribunal : arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 61. La question de savoir s'il existe ou non un nouvel effet défavorable est une question de fait, pour laquelle il convient de faire preuve de déférence.

[38] Cependant, nous ne sommes pas dans le cours normal des choses, parce qu'il y a eu deux décisions de la Cour fédérale portant sur l'obligation de consultation, l'une à propos de la Politique concernant le RVP et l'autre relative au présent appel et portant sur l'octroi du permis de transfert. La décision relative à la Politique concernant le RVP n'a pas fait l'objet d'un appel, alors que la décision relative à l'octroi du permis de transfert a fait l'objet d'un appel. Ces décisions sont interreliées de telle façon qu'il est difficile de les séparer. La découverte d'un nouvel effet défavorable, qui donne lieu à l'obligation de consultation à propos de la Politique, doit également donner lieu à l'obligation de consultation à propos de l'octroi du permis. Dans la mesure où la Cour a conclu que l'évolution des connaissances scientifiques

authorization to release untested fish, which is the operational result of the PRV policy. In both cases, the risk of harm to the native salmon stocks may be greater than the Minister previously contemplated, thus the finding of a novel adverse impact (see Decision, at paragraph 332). In my view, the Federal Court, while deciding the PRV Policy application, reached a conclusion that is determinative of this appeal, as can be seen at paragraph 330 of the Decision, quoted at paragraph 31 above. Specifically, when the Court found that there had been a breach of the duty to consult about the PRV Policy, it should also have found that there was a breach of the duty to consult with respect to the Licence. It would offend common sense to hold otherwise.

[39] This puts this Court in an awkward position. We cannot examine the record and determine for ourselves if there was a novel adverse impact because that could undermine a decision that was not appealed. We cannot dispose of this appeal by finding that the PRV Policy decision was wrongly decided. That would amount to a collateral attack on a decision that has not been appealed: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at pages 599–600, (1983), 4 D.L.R. (4th) 567. It is important to note that this is not a case of a trial level decision arising in an unrelated appeal in which case a court of appeal has an undoubted right to find that a point of law was wrongly decided in the trial decision. This is a case of two applications by the same party decided on the same evidence, one of which was appealed, one of which was not.

[40] As a result, I would allow the appeal.

entourant le RVP et l'IMSC constituait un nouvel effet défavorable en ce qui a trait à la Politique concernant le RVP (voir la décision, au paragraphe 330), cette même évolution des connaissances scientifiques a potentiellement créé un nouvel effet défavorable en ce qui a trait à l'autorisation de libérer des poissons sans faire de test de dépistage, ce qui constitue le résultat opérationnel de la Politique concernant le RVP. Dans les deux cas, le risque d'effet préjudiciable pour les stocks de saumons sauvages pourrait être plus grand que ce qu'a précédemment envisagé le ministre, donnant ainsi naissance à un nouvel effet défavorable (voir la décision, au paragraphe 332). À mon avis, la Cour fédérale, dans son examen lié à la demande relative à la Politique concernant le RVP, a tiré une conclusion déterminante pour le présent appel, comme on peut le lire au paragraphe 330 de la décision, cité au paragraphe 31 ci-dessus. Plus précisément, quand la Cour a conclu que le ministère avait manqué à son obligation de consulter en lien avec la Politique concernant le RVP, elle aurait également dû conclure qu'il avait manqué à son obligation de consulter relativement à l'octroi du permis. Ce serait contraire au bon sens que de conclure autrement.

[39] Cela met notre Cour dans une position difficile. Nous ne pouvons examiner le dossier et déterminer pour nous-mêmes s'il existait un nouvel effet défavorable, parce que cela pourrait miner une décision qui n'a pas fait l'objet d'un appel. Nous ne pouvons trancher le présent appel en concluant que la décision relative à la Politique concernant le RVP est erronée. Cela équivaudrait à attaquer indirectement une décision qui n'a pas fait l'objet d'un appel : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, aux pages 599 et 600. Il est important de souligner qu'il ne s'agit pas d'un litige touchant une décision rendue en première instance et examinée dans le cadre d'un appel non lié; dans un tel cas, une cour d'appel jouit d'un droit incontesté de conclure que la décision en première instance contient une erreur concernant un point de droit. Il s'agit ici d'un litige où deux demandes présentées par la même partie ont été tranchées en fonction des mêmes éléments de preuve; l'une des décisions a fait l'objet d'un appel, mais pas l'autre.

[40] Par conséquent, j'accueillerais l'appel.

## Remedies

[41] Judicial review is a discretionary remedy: see *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 41; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, (1995), 122 D.L.R. (4th) 129, at paragraph 30. It is discretionary in that the Court can decide if an application will proceed where there is an alternate remedy. Even if the application proceeds and the applicant is successful on the merits, the Court has a discretion to decline to provide a remedy: see *Vavilov*, at paragraph 139; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at paragraph 52; *Canada (Attorney General) v. Philips*, 2019 FCA 240, at paragraph 40; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, at page 490, 1999 CanLII 9338 (C.A.).

[42] In the exercise of my discretion, I would decline to grant a remedy in this case for two reasons. The first is the reason given by the Federal Court: there is no utility in quashing a licence that has expired. That amounts to quashing a nullity.

[43] The second reason is more substantial. *Morton 2015* decided that section 56 of the Regulations prohibited 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”. It also decided that the question of what is harmful does not require scientific certainty nor a consensus that a disease agent, such as PRV, is the cause of a disease, such as HSMI. ‘Namgis understood this to be the effect of *Morton 2015*, writing to the Minister’s officials 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”: see Decision, at paragraph 306, bullet point beginning “In January 2018”.

## Mesures de redressement

[41] Le contrôle judiciaire constitue un recours intrinsèquement discrétionnaire : voir *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 41; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 30. Il est discrétionnaire en ce sens que la Cour peut décider si une demande sera entendue alors qu’il existe un autre recours. Même si la demande est entendue et que le demandeur obtient gain de cause, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder une réparation : voir l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 139; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, au paragraphe 228; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 52; *Canada (Procureur général) c. Philips*, 2019 CAF 240, au paragraphe 40; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476, à la page 490, 1999 CanLII 9338 (C.A.).

[42] Dans l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je refuserais d’accorder réparation en l’espèce, pour deux raisons. La première est la même raison que celle invoquée par la Cour fédérale : il ne sert à rien d’annuler un permis qui a expiré. Cela équivaut à annuler une nullité.

[43] La seconde raison est plus substantielle. Dans la décision *Morton 2015*, la Cour a conclu que l’article 56 du Règlement interdisait au ministre de délivrer un permis de transfert en présence de maladies ou d’agents pathogènes « qui pourraient nuire à la protection et à la conservation des espèces ». La Cour a aussi conclu que l’expression « pourraient nuire » n’exigeait pas une certitude scientifique ni même un consensus selon lequel un agent pathogène (comme le RVP) est la cause d’une maladie (comme l’IMSC). La PNN a compris que c’était là l’effet de la décision *Morton 2015*, et a indiqué aux représentants du ministre que [TRADUCTION] « [...] 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 » : voir la décision, au paragraphe 306, au point qui commence par « En janvier 2018 ».

[44] In the circumstances, 'Namgis had an adequate alternative to this application for judicial review. Having been advised of the Minister's intention to issue the Licence, it could have brought a timely application for an injunction to prevent the Minister from issuing the Licence in contravention of section 56 and *Morton 2015*: see *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)*, 2018 FC 334, at paragraphs 102 and 108.

[45] Since 'Namgis failed to take advantage of the tools which it had to prevent the issuance of the Licence, I am not inclined to grant them a remedy for a failure to consult which would have been superfluous, given the decision in *Morton 2015* and the consultations which are already taking place in respect of the PRV Policy.

[46] In the result, I am not persuaded that the Court should exercise its discretion to grant 'Namgis the remedy it seeks.

#### Conclusion

[47] I would therefore allow the appeal with costs to the appellant and I would set aside the decision of the Federal Court.

GAUTHIER J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

[44] Dans les circonstances, la PNN disposait d'un recours approprié pouvant remplacer la présente demande de contrôle judiciaire. Après avoir été informée de l'intention du ministre de délivrer le permis, elle aurait pu déposer en temps opportun une requête en injonction en vue d'empêcher le ministre de délivrer le permis et de contrevenir à l'article 56 et à la décision *Morton 2015* : voir la décision *Première nation de Namgis c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière)*, 2018 CF 334, aux paragraphes 102 et 108.

[45] Comme la PNN s'est abstenue de profiter des outils à sa disposition pour empêcher l'octroi du permis, je ne suis pas prêt à lui accorder réparation pour un manquement à l'obligation de consultation, laquelle aurait été superflue, étant donné la décision rendue dans le jugement *Morton 2015* et les consultations menées en lien avec la Politique concernant le RVP.

[46] Par conséquent, je ne suis pas convaincu que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder à la PNN la mesure de réparation qu'elle sollicite.

#### Conclusion

[47] J'accueillerais l'appel avec dépens en faveur de l'appelante et j'annulerais la décision de la Cour fédérale.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.