



T-1171-97

Entre :

**BRITISH COLUMBIA HYDRO and
POWER AUTHORITY,**

intimée
(requérante),

- et -

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA et
LE MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS,**

appelants
(intimés).

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

Appel d'une décision du protonotaire
de ne pas instruire un contrôle judiciaire comme une action

[Motifs prononcés à l'audience à Vancouver (C.-B.),
le mercredi 1^{er} octobre 1997 et révisés]

LE JUGE ROTHSTEIN

Il s'agit d'un appel interjeté par les intimés de la décision du protonotaire Hargrave en date du 25 juillet 1997, dans laquelle il a refusé la demande des intimés déposée en vertu du paragraphe 18.4(2)¹ de la *Loi sur la Cour fédérale* pour que cette procédure de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Dans un appel interjeté à l'encontre d'une décision discrétionnaire du protonotaire, la Cour doit d'abord s'assurer : (1) que la décision était «entachée d'une erreur flagrante» en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits; ou (2) que le protonotaire a exercé à tort son pouvoir discrétionnaire au sujet d'une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal (voir

¹ 18.4(2) La Section de première instance peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425, p. 463). Ce n'est qu'en présence de l'une de ces deux situations que la Cour peut entendre l'affaire *de novo* et substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du protonotaire. Autrement, la Cour doit rejeter sommairement l'appel sans réexaminer le fond de la cause.

La présente procédure de contrôle judiciaire concerne une ordonnance rendue le 2 mai 1997 par le directeur général intérimaire, Région du Pacifique, ministère des Pêches et Océans, au nom du ministre des Pêches et Océans (le ministre), dans laquelle il enjoignait à l'intimée d'ouvrir les vannes du barrage de Daisy Lake (situé sur la rivière Cheakamus). Le barrage a été construit et il est exploité par la requérante. L'ordonnance, désignée par l'expression ordonnance relative au débit minimal, renferme un calendrier précis pour l'apport d'eau. Selon cette décision, l'apport d'eau est nécessaire pour la protection du poisson dans la rivière Cheakamus en aval du barrage de Daisy Lake.

La requérante a contesté la validité de l'ordonnance pour plusieurs motifs, mais celui qui est important pour les fins du présent appel allègue que le ministre ne pouvait rendre l'ordonnance de 1997 relative au débit minimal. En gros, la requérante fait valoir que, quand le barrage de Daisy Lake a été construit dans les années 1950, le gouvernement du Canada avait déclaré qu'aucune ordonnance relative au débit minimal ne serait rendue et que c'est sur la foi de cette déclaration qu'elle a accepté de construire le barrage.

La requérante prétend que l'ordonnance relative au débit minimal aura des effets défavorables sur l'exploitation du barrage en réduisant considérablement la quantité d'électricité que la requérante peut produire pendant les mois d'hiver, alors que la demande est à son plus haut, et que l'apport d'eau est généralement à son plus bas. Elle prétend que l'ordonnance relative au débit minimal la forcera à produire plus d'électricité pendant la période de fonte des neiges au printemps et à l'été, lorsque la demande d'électricité est relativement faible.

C'est surtout pour ce qui a trait à la question de l'irrecevabilité (et certains arguments *ultra vires* qui ont maintenant été retirés) que les intimés ont demandé que cette procédure de contrôle judiciaire soit instruite comme une action. Les intimés prétendent que, dans son refus de convertir la procédure de contrôle judiciaire en action, le protonotaire a commis une erreur en ne reconnaissant pas que la requérante est tenue de prouver le préjudice, qui constitue un élément essentiel de son argument d'irrecevabilité, que, si la requérante veut invoquer le principe d'équité de l'irrecevabilité, elle doit être elle-même sans reproche et que cette affaire est tellement controversée et complexe, notamment sur les questions de crédibilité, que l'affaire devrait être instruite comme une action.

Le protonotaire a rédigé une décision exhaustive de dix-neuf pages. La décision analyse les arrêts de principe ayant trait à l'instruction d'une procédure de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'une action en vertu du paragraphe 18.4(2) (*Vancouver Island Peace Society c. Canada* (1992), 53 F.T.R. 300, *Prince Edward Island Potato Board c. Canada* (1992) 56 F.T.R. 150 et *MacInnis c. Canada* (1994), 166 N.R. 57 (C.A.F.)). Les extraits tirés de ces causes énoncent les principes pertinents concernant la conversion. Après avoir cité ces décisions, le protonotaire a donné son interprétation du critère primordial qui s'en dégage :

[TRADUCTION]

La question n'est pas de savoir si la preuve déposée au cours de l'instruction d'une action pourrait être de qualité supérieure, mais de déterminer si la preuve par affidavit entendue au cours du contrôle judiciaire ne serait pas appropriée.

Il a ensuite fait référence à la décision *Vancouver Island Peace Society* qui, selon lui, appuie la proposition généralement acceptée que ce n'est pas le rôle de la Cour, dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire, de décider si la décision contestée est juste ou erronée, mais plutôt de déterminer si la décision a été prise en conformité avec le droit. Le protonotaire Hargrave a ensuite établi la distinction avec la décision *Del Zotto c. Le ministre du Revenu national et al.*

(1995), 104 F.T.R. 150, parce que, dans cette affaire, des questions relatives à la Charte avaient été soulevées. Finalement, il a fait référence à *Drapeau c. Canada* (1995), 179 N.R. 398, (CAF), pour faire observer que le paragraphe 18.4(2) n'impose pas de limite aux éléments qui peuvent être pris en compte pour décider si une procédure de contrôle judiciaire doit être instruite comme une action. Il a expressément indiqué que l'intérêt de faciliter l'accès à la justice et d'éviter des frais et des retards inutiles n'étaient que deux des facteurs à prendre en considération.

Les intimés ne contestent pas sérieusement l'analyse du protonotaire portant sur le droit pertinent à la question d'instruire une procédure de contrôle judiciaire comme une action et je ne vois pas d'erreur sur ce point. Toutefois, malgré que le protonotaire ait adopté la bonne méthode pour examiner la question dont il était saisie en vertu du paragraphe 18.4(2), les intimés prétendent que, pour ce qui a trait à l'argument d'irrecevabilité soulevé par la requérante, le protonotaire n'a pas tenu compte du fait que celle-ci est tenue de démontrer qu'elle a subi un préjudice du fait qu'elle s'est fiée à la présumée déclaration du gouvernement du Canada. Les motifs du protonotaire ne traitent pas du préjudice. Il déclare ceci :

[TRADUCTION]

À mon avis, les seules questions relatives à l'argument d'irrecevabilité sont de savoir si le MPO a fait les déclarations présumées et, dans l'affirmative, si BC Electric, qui était le prédécesseur de B.C. Hydro, s'est raisonnablement fiée à ces déclarations. Toute question quant à l'économie du projet n'est pas pertinente.

Devant moi, les parties ont débattu longuement de la question de savoir si, dans le cas de l'irrecevabilité fondée sur une promesse que la requérante qualifie maintenant d'argument d'irrecevabilité, la preuve du préjudice est essentielle (voir, par exemple, Spencer, Bower et Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, troisième édition, pages 391 à 393, *Maracle c. Traveller's Indemnity Company of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, page 57 et *Engineered Homes Ltd. c. John Mason*, [1983] 1 R.C.S. 641, à la page 646.

L'obligation de prouver le préjudice, si tant est qu'il y en a un en l'espèce, a été expliquée de façon plus précise dans *Grundt et al. v. The Great Boulder Proprietary Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641, à la page 674, par le juge Dixon :

[TRADUCTION]

Une condition semble toujours indispensable, savoir qu'une personne doit avoir agi ou s'être abstenu d'agir parce qu'elle était d'avis que, dans la situation supposée, elle subirait un préjudice si la partie adverse était ultérieurement autorisée à faire valoir des droits contre elle qui sont incompatibles avec l'hypothèse de base. En énonçant cette condition essentielle, particulièrement lorsque l'irrecevabilité est fondée sur des déclarations qui ont été faites, on dit souvent simplement que la partie qui fait valoir l'irrecevabilité doit avoir été amenée à agir à son détriment. Bien qu'un tel énoncé soit essentiellement correct et ne prête aucunement à une erreur d'interprétation, il ne fait pas clairement ressortir le but fondamental de la doctrine. La doctrine a pour but d'éviter ou de prévenir que la partie qui invoque l'irrecevabilité subisse un préjudice en obligeant la partie adverse à adhérer à l'hypothèse à partir de laquelle la première a agi ou s'est abstenue d'agir. Cela signifie que le véritable préjudice que le droit entend protéger est celui qui découlerait du changement de position si l'hypothèse qui en est à l'origine était abandonnée. Tant et aussi longtemps qu'on s'en tient à l'hypothèse, la partie qui a modifié sa situation en se fiant à cette hypothèse ne peut se plaindre. Elle ne pourra se plaindre qu'ultérieurement, quand l'autre partie aura énoncé, comme fondement d'un droit qu'elle entend faire valoir contre elle, une situation différente de celle visée dans l'hypothèse initiale; alors, si l'autre partie est autorisée à agir de la sorte, le fait que la première partie ait changé de position lui aura causé un préjudice.

[non souligné dans l'original]

Je vais paraphraser cette obligation de préjudice en indiquant qu'il s'agit d'une obligation de prouver un dommage qui découlerait du changement de position et qui serait attribuable au fait que les intimés ont agi de façon non compatible avec leurs déclarations initiales. En l'espèce, il faudrait prouver le dommage qui découlerait de l'ordonnance relative au débit minimal qui, d'après la requérante, est contraire aux déclarations qui lui ont été faites et sur lesquelles elle s'est fiée pour modifier sa position en construisant le barrage de Daisy Lake.

Si l'on comprend bien le préjudice qui doit être prouvé, on s'aperçoit rapidement que l'argument des intimés, c'est-à-dire que la preuve du préjudice exige une analyse exhaustive de l'économie du barrage et de sa rentabilité depuis le début de son exploitation en 1958, est faux. C'est le changement de position qui mène à l'argument d'irrecevabilité qui donne lieu au préjudice à prouver. Sous cet éclairage, il est manifeste qu'une enquête à grande échelle portant sur l'économie du barrage et sa rentabilité n'est pas pertinente. C'est la conclusion à

laquelle est parvenu le protonotaire en refusant d'instruire la procédure de contrôle judiciaire comme une action et, à cet égard, il a eu raison.

Le protonotaire a ensuite examiné les arguments des intimés selon lesquels il était nécessaire d'entendre des témoignages concernant les déclarations et l'autorité qui a été accordée à celles-ci. Toutefois, il a conclu que les intimés ne l'avaient pas convaincu de l'existence, et encore moins de la valeur, des témoignages portant sur quelque chose qui s'est produit il y a plus de quarante ans. Le protonotaire a reconnu qu'une procédure de contrôle judiciaire n'est peut-être pas idéale, mais il a conclu que les arguments en faveur d'instruire la procédure de contrôle judiciaire comme une action n'établissaient pas les circonstances les plus favorables pour prendre une telle décision. Pour en venir à cette conclusion, il a appliqué les critères de la conversion tels qu'ils ont été énoncés dans les arrêts cités. Aucun des éléments ayant trait à l'argument d'irrecevabilité, notamment la question du préjudice, même une fois qu'il est bien compris, ne permet de conclure que la décision du protonotaire de ne pas instruire la procédure de contrôle judiciaire comme une action était «entachée d'une erreur flagrante» ou qu'elle se fondait sur une mauvaise appréciation des faits.

Les intimés prétendent également que la requérante cherche à invoquer le principe d'équité relatif à l'irrecevabilité et que pour pouvoir agir ainsi sa position devant la Cour doit être sans reproche. Ils prétendent que la requérante a utilisé l'eau en quantités beaucoup plus grandes que ce qui était prévu au permis. La requérante prétend qu'elle a payé pour la totalité de l'eau qu'elle a utilisée. Le protonotaire a conclu qu'il y avait peut-être eu des abus au niveau du permis, mais que cela n'avait aucun effet sur les déclarations qui pouvaient avoir été faites et auxquelles la requérante s'est fiée de nombreuses années auparavant. Les intimés prétendent que le protonotaire a commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que l'utilisation excessive d'eau était liée à l'argument d'irrecevabilité soulevé par la requérante en ce sens que les déclarations présumées du gouvernement du

Canada ont été faites en supposant que la requérante n'utiliserait pas une quantité d'eau excessive et que le revenu tiré de cette utilisation excessive d'eau est un facteur qui se rapporte au préjudice. Pour répondre brièvement à cette question, le protonotaire n'a pas accepté le lien qui, selon les intimés, semble exister, et il n'a pas mal apprécié les faits. Il n'a pas été prouvé que l'utilisation excessive d'eau était liée aux déclarations présumées, au fait que la requérante s'y était fiée ou au préjudice découlant de l'ordonnance relative au débit minimal. En outre, comme je l'ai déjà indiqué, le revenu tiré de cette utilisation excessive d'eau n'est pas un facteur dont il faut tenir compte au niveau du préjudice.

Ensuite, les intimés font valoir que la requérante a déclaré au gouvernement du Canada que la construction du barrage était urgente en raison d'une pénurie d'électricité présumée dans les basses terres continentales. Ils prétendent que si ces déclarations étaient inexactes, la requérante n'a pas le droit d'invoquer l'irrecevabilité. En supposant que les déclarations concernant l'urgence qui ont été faites par la requérante sont pertinentes, les intimés n'ont fourni aucune justification pour faire valoir que ces déclarations n'ont pas été correctement étayées. Ils semblent vouloir décider *ex-post facto* s'il y avait ou s'il y aurait pu y avoir une pénurie d'électricité, mais cela n'est pas la question en cause. Si la requérante a fait des déclarations au gouvernement du Canada et que celles-ci n'ont pas été faites honnêtement et en toute bonne foi, cela peut être pertinent. Toutefois, il n'y a aucune raison d'instruire le contrôle judiciaire comme une action ou de permettre aux intimés de procéder à un interrogatoire à l'aveuglette quand il n'y a pas de fondement pour appuyer la préoccupation qu'ils expriment. Je conclus que le protonotaire n'a commis aucune erreur sur ce point.

Finalement, les intimés prétendent que le protonotaire a pris une décision qui a une influence déterminante sur l'issue de la présente demande de contrôle judiciaire, y compris des décisions sur les points suivants :

- a) les éléments de l'irrecevabilité ne portaient que sur les déclarations et l'autorité qui y a été accordée;
- b) l'économie de la production d'électricité n'est pas pertinente;
- c) il n'y a pas de lien avec l'utilisation excessive d'eau, non autorisée par le permis, dans l'argument d'irrecevabilité;
- d) le lien entre les déclarations faites par B.C. Electric concernant la pénurie d'électricité dans les années 1950 et l'argument d'irrecevabilité de BC Hydro n'a pas été examiné; et
- e) les témoignages d'experts n'auront pas un rôle important dans cette procédure de contrôle judiciaire.

On semble avoir oublié que le protonotaire cherchait simplement à déterminer s'il y avait lieu d'instruire le contrôle judiciaire comme une action. En exerçant son pouvoir discrétionnaire de ne pas le faire en l'espèce, il est parvenu à des conclusions concernant la non-pertinence de l'économie de la production d'électricité et aux autres conclusions citées par les intimés. Toutefois, toute conclusion accessoire qu'il a faite ne lie pas le juge qui sera saisi du contrôle judiciaire et, par conséquent, elle ne constitue pas une décision ayant une influence déterminante sur l'issue du contrôle judiciaire.

L'argument des intimés veut qu'il soit nécessaire que cette cause soit instruite comme une action, de façon à ce qu'ils puissent avoir des droits très étendus au niveau de l'interrogatoire préalable et le droit de faire déposer des témoins à l'audience sur des questions portant sur les déclarations, l'autorité qui y a été accordée et le préjudice. Le protonotaire a été d'avis que les témoignages concernant des déclarations faites il y a plus de quarante ans et une enquête à grande échelle portant sur l'économie du barrage de Daisy Lake étaient inutiles et en exerçant son pouvoir discrétionnaire de façon défavorable à la position des intimés, il n'a pas fondé sa décision sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits, et il n'a pas non plus soulevé une question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause.

L'appel est rejeté.

Marshall Rothstein

J U G E

OTTAWA (ONTARIO)
LE 10 OCTOBRE 1997

Traduction certifiée conforme

F. Blais, LL.L.

COUR FÉDÉRALE DU CANADA
SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

AVOCATS ET PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

N° DU GREFFE : T-1171-97

INTITULÉ DE LA CAUSE : BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER
AUTHORITY
c.
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA et
al.

LIEU DE L'AUDIENCE : VANCOUVER (C.-B.)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 29 SEPTEMBRE 1997

MOTIFS DU JUGEMENT DU JUGE ROTHSTEIN

DATE : LE 10 OCTOBRE 1997

ONT COMPARU :

LEONARD DAOUST POUR LA REQUÉRANTE

HARRY WRUCK POUR LES INTIMÉS

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER :

MCCARTHY, TÉTRAULT POUR LA REQUÉRANTE
VANCOUVER (C.-B.)

GEORGE THOMSON POUR LES INTIMÉS
SOUS-PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA