

2010 FC 1233  
T-1552-08

2010 CF 1233  
T-1552-08

**Georgia Strait Alliance, Sierra Club of Canada, David Suzuki Foundation, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, International Fund for Animal Welfare, Raincoast Conservation Society, and Western Canada Wilderness Committee** (*Applicants*)

**La Georgia Strait Alliance, le Sierra Club du Canada, la Fondation David Suzuki, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, le Fonds international pour la protection des animaux, la Raincoast Conservation Society, et le Western Canada Wilderness Committee** (*demandeurs*)

v.

c.

**Minister of Fisheries and Oceans** (*Respondent*)

**Le ministre des Pêches et des Océans** (*défendeur*)

T-541-09

T-541-09

**David Suzuki Foundation, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, International Fund for Animal Welfare, Raincoast Conservation Society, Sierra Club of Canada, and Western Canada Wilderness Committee** (*Applicants*)

**La Fondation David Suzuki, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, le Fonds international pour la protection des animaux, la Raincoast Conservation Society, le Sierra Club du Canada, et le Western Canada Wilderness Committee** (*demandeurs*)

v.

c.

**Minister of Fisheries and Oceans, Minister of the Environment** (*Respondents*)

**Le ministre des Pêches et des Océans, le ministre de l'Environnement** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: DAVID SUZUKI FOUNDATION v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)**

**RÉPERTORIÉ : FONDATION DAVID SUZUKI c. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)**

Federal Court, Russell J.—Vancouver, June 14; Ottawa, December 7, 2010.

Cour fédérale, juge Russell—Vancouver, 14 juin; Ottawa, 7 décembre 2010.

\* Editor's Note: This decision has been reversed in part on appeal (A-2-11, 2012 FCA 40). The reasons for judgment, handed down February 9, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

\* Note de l'arrêtiste : La présente décision a été infirmée en partie en appel (A-2-11, 2012 CAF 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9 février 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Environment — Judicial reviews of decisions concerning respondents' obligations under Species at Risk Act (SARA), s. 8 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales — First application challenging Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued*

*Environnement — Contrôles judiciaires de décisions ayant trait aux obligations que l'art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) imposent aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards — La première demande conteste la déclaration du ministre des Pêches et des Océans, intitulée Épaulards (Orcinus orca) résidents du nord et du sud du Canada :*

*pursuant to SARA, s. 58(5)(b) — Second application challenging protection order made jointly by Minister of Fisheries and Oceans, Minister of the Environment (ministers or respondents) limiting scope of Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order (Protection Order) made pursuant to SARA, s. 58(5)(a) — Northern and southern resident killer whales considered at risk — Minister of Fisheries and Oceans erring in law in issuing protection statement relying on policy, other non-statutory instruments, prospective laws, ministerial discretion to provide legal protection for critical habit — Protection against destruction of critical habitat provided by SARA, s. 58(1) applying only where competent minister issuing protection order under s. 58(4) — Competent minister having no discretion to rely on provision of other federal law unless law providing equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through SARA, ss. 58(1), (4) — Provisions cited in Protection Statement not legally protecting critical habitat from destruction since discretionary protection neither mandatory nor enforceable — Protection Statement in present case unlawful because legally protecting only certain components of critical habitat, failing to prevent most significant threats thereto — As for Protection Order, ministers acting unlawfully in limiting its application to geophysical areas rather than protecting all components of critical habit — Therefore, Protection Order also incorrect, unlawful because ministers failing to respond to duty assigned thereto by SARA — Applications allowed.*

*Construction of Statutes — Respondents having obligation under Species at Risk Act (SARA), s. 58 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales — Meaning of protection statement as described in SARA, s. 58(5)(b) examined, interpreted — In s. 58(5)(a), use of word “legally” to modify “protected” together with reference to “provision in or measures under” an “Act of Parliament” confirming that provision(s) cited in protection statement should be law or regulation — Protection statement also intended to cite provisions of or under federal law, not provisions of provincial or municipal laws — Must set out how critical habitat or portions thereof “are” legally protected, not how critical habitat could be or will be legally protected.*

*Énoncé sur la protection de l’habitat critique (l’Énoncé sur la protection), qui a été publiée conformément à l’art. 58(5)(b) de la LEP — La seconde demande conteste l’arrêté de protection pris conjointement par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l’Environnement (les ministres ou les défenseurs), en vue de limiter la portée de l’Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l’épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est (l’Arrêté de protection) pris en vertu de l’art. 58(5)(a) de la LEP — Les épaulards résidents du nord et du sud sont considérés comme étant en péril — Le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en établissant une déclaration de protection fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels afin de protéger légalement l’habitat essentiel — La protection relative à la destruction de l’habitat essentiel que prévoit l’art. 58(1) de la LEP ne s’applique que dans le cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu de l’art. 58(4) — Un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des art. 58(1) et (4) de la LEP — Les dispositions citées dans l’Énoncé sur la protection ne protègent pas légalement l’habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n’est ni impérative, ni exécutoire — L’Énoncé sur la protection est illégal en l’espèce, car il ne protégeait légalement que certains éléments de l’habitat essentiel et ne permettait pas d’éviter les menaces les plus sérieuses pour celui-ci — En ce qui a trait à l’Arrêté de protection, les ministres ont agi de manière illégale en limitant son application à des zones géophysiques, plutôt que de protéger tous les éléments de l’habitat essentiel — Par conséquent, l’Arrêté de protection est inexact et illégal, parce que les défenseurs ont omis de répondre à une obligation que leur imposait la LEP — Demandes accueillies.*

*Interprétation des lois — L’article 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) impose aux demandeurs une obligation de protéger légalement l’habitat de deux populations d’épaulards — Le sens d’arrêté de protection, tel que décrit l’art. 58(5)(b) de la LEP a été examiné et interprété — L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’art. 58(5)(a), de pair avec la référence faite aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme que les dispositions citées dans une déclaration de protection doivent être des dispositions légales ou réglementaires — Une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, et non les dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux — Une déclaration de protection doit énoncer de quelle*

*Practice — Mootness — Applicant challenging Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued pursuant to Species at Risk Act (SARA), s. 58(5)(b) — Protection Statement subsequently replaced with Protection Order — While Protection Statement application herein moot, applicants establishing that Federal Court should nevertheless hear, decide fundamental issues of disagreement between parties concerning what can lawfully be relied upon in protection statement, whether Protection Statement herein illegal for failing to provide protections SARA stating ministers owing to resident killer whales.*

These were two consolidated applications for judicial review of decisions concerning the respondents' obligations under section 58 of the *Species at Risk Act* (SARA) to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales.

The first application (Protection Statement application) challenged the Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) that was issued pursuant to paragraph 58(5)(b) of SARA in September 2008. It specifically challenged the Minister's decision to issue the Protection Statement. The second application (Protection Order application) challenged a protection order made by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment (ministers or respondents) in February 2009 to limit the scope of the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order* (Protection Order) made pursuant to paragraph 58(5)(a) of SARA. It specifically challenged the ministers' decision to limit the scope of the Protection Order such that it applies only to geospatial areas or geophysical attributes of critical habitat and not the biological elements thereof.

Two distinct populations of killer whales are considered at risk: the northern residents and the southern residents (jointly resident killer whales). The southern resident killer whale is an "endangered species" as defined in subsection 2(1) of

*façon l'habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés, et non la façon dont l'habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé.*

*Pratique — Caractère théorique — Demandeur contestant la déclaration du ministre des Pêches et des Océans intitulée Épaulards (Orcinus orca) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'art. 58(5)b) de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) — L'Énoncé sur la protection a subséquemment été remplacé par l'Arrêté de protection — Bien que la demande relative à l'Énoncé sur la protection en question soit théorique, les demandeurs ont établi que la Cour fédérale doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l'espèce, l'Énoncé sur la protection était illégal parce qu'il omettait de fournir les mesures de protection que, d'après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l'égard des épaulards résidents.*

Il s'agissait de deux demandes de contrôle judiciaire jointes qui avaient trait aux obligations qu'impose l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards.

La première demande (la demande relative à la déclaration de protection) contestait une déclaration (appelée parfois aussi « énoncé ») du ministre des Pêches et des Océans intitulée Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la LEP en septembre 2008. Plus précisément, elle contestait la décision du ministre de publier l'Énoncé sur la protection. La seconde demande (la demande relative à l'arrêté de protection) contestait un arrêté pris en février 2009 par le ministre des Pêches et des Océans et par le ministre de l'Environnement (les ministres ou les défendeurs) en vue de limiter la portée de l'*Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est* (l'Arrêté de protection) pris en vertu de l'alinéa 58(5)a) de la LEP. Plus précisément, elle contestait la décision qu'ont prise les ministres de limiter la portée de l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il ne s'applique qu'à des zones géospatiales ou à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel, et non aux éléments biologiques de cet habitat.

Deux populations distinctes d'épaulards, soit celle des résidents du nord et celle des résidents du sud, sont considérées comme étant en péril (appelées conjointement les épaulards résidents). L'épaulard résident du sud est une « espèce en voie

SARA whereas the northern resident killer whale is a “threatened species” as defined in subsection 2(1) of SARA. The Department of Fisheries and Oceans (DFO) issued the Protection Statement (which offers indirect protection under other federal laws), which allegedly distinguished between DFO’s duty to provide legal protection for the geophysical attributes of critical habitat and its discretion to “manage and mitigate” threats to biological and other ecosystem features. DFO later reversed its position and replaced the Protection Statement with a protection order (which offers direct protection under SARA). The respondents filed a motion to have the Protection Statement application dismissed on the ground of mootness but it was denied.

The main issues were whether the Federal Court should hear the moot Protection Statement application; whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a protection statement that relies on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for the resident killer whales’ critical habit; and whether the ministers erred in limiting the application of the Protection Order to the geophysical area to the exclusion of the other components of critical habitat.

*Held*, the applications should be allowed.

While the Protection Statement application was moot, the applicants established that the Federal Court should nevertheless hear and decide the fundamental issues of disagreement between the parties concerning what can lawfully be relied upon in a protection statement and whether the Protection Statement in this case was illegal for failing to provide the protections that SARA states the ministers owe to the resident killer whales.

The Minister of Fisheries and Oceans erred in law in issuing a protection statement that relied on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for the critical habit of the resident killer whales. The protection against the destruction of critical habitat, provided by subsection 58(1) of SARA, applies only where a competent minister issues a protection order under subsection 58(4). Moreover, a competent minister has no discretion to rely on a provision of another federal law unless the law provides an equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through

de disparition », selon la définition prévue au paragraphe 2(1) de la LEP, alors que l’épaulard résident du nord est une « espèce menacée », selon la définition prévue au paragraphe 2(1) de la LEP. Le ministère des Pêches et des Océans (le MPO) a publié l’Énoncé sur la protection (qui assure une protection indirecte en vertu d’autres lois fédérales), qui aurait effectué une distinction entre l’obligation qu’a le MPO de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l’habitat essentiel et le pouvoir discrétionnaire qu’a le MPO de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les menaces qui pèsent sur les caractéristiques biologiques et les autres éléments écosystémiques. Le MPO s’est par la suite ravisé et a remplacé l’Énoncé sur la protection par un arrêté de protection (qui assure une protection directe sous le régime de la LEP). Les défendeurs ont déposé une requête en vue d’obtenir que la demande relative à l’Énoncé sur la protection soit rejetée du fait de son caractère théorique, mais la requête a été rejetée.

Les questions principales étaient de savoir si la Cour fédérale devait entendre la demande relative à la déclaration de protection qui est de nature théorique; si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur des politiques et d’autres textes non réglementaires, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale à l’habitat essentiel des épaulards, et si les ministres ont commis une erreur en limitant l’application de l’Arrêté de protection à la zone géophysique, à l’exclusion des autres éléments de l’habitat essentiel.

*Jugement* : les demandes doivent être accueillies.

Bien que la demande relative à la déclaration de protection soit théorique, les demandeurs ont établi que la Cour fédérale doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l’espèce, l’Énoncé sur la protection était illégal parce qu’il omettait de fournir les mesures de protection que, d’après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l’égard des épaulards résidents.

Le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en établissant une déclaration de protection qui était fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels afin de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents. La protection relative à la destruction de l’habitat essentiel, que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP, ne s’applique que dans le cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4). Par ailleurs, un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition

subsections 58(1) and (4). If a provision cited in a protection statement does not legally protect critical habitat to a degree equalling the protection under subsection 58(1) and other SARA provisions, then the minister must issue a protection order. Under subsection 58(5) of SARA, the minister is obliged to ensure, either through a protection order or a protection statement, that critical habitat is “legally protected”.

In paragraph 58(5)(b), the use of the word “legally” to modify “protected” taken in conjunction with the reference to “a provision in or measures under” an “Act of Parliament” in paragraph 58(5)(a) confirm that a provision cited in a protection statement should be a law or regulation as opposed to a policy or guideline. It is also clear that a protection statement is supposed to cite provisions of or under a federal law, as opposed to provisions of provincial or municipal laws. A protection statement must also set out how the critical habitat or portions thereof “are” legally protected, not how critical habitat could be or will be legally protected. Within the SARA scheme, a protection statement acts as a substitute for a protection order. The provisions cited in a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as that provided by a protection order. The Protection Statement in this application cited non-statutory instruments, which are policies, not laws that legally protect critical habitat from destruction. Furthermore, a protection statement cannot cite and rely upon prospective laws or those that require some subsequent step to engage or trigger legal protection. The Protection Statement in the present case unlawfully relied on speculative or future regulatory action to protect critical habitat. Provisions cited in the Protection Statement granted a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including those that would destroy critical habitat. Such discretion does not legally protect critical habitat from destruction because discretionary protection is neither mandatory nor enforceable.

While the *Fisheries Act* and regulations were cited in the Protection Statement purportedly to protect the resident killer whales’ critical habitat from numerous threats, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* affords far more discretion than SARA. Absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* scheme cannot lawfully substitute

d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des paragraphes 58(1) et (4). Si une disposition citée dans une déclaration de protection ne protège pas légalement l’habitat essentiel jusqu’à un point qui équivaut à la protection que prévoit le paragraphe 58(1) et d’autres dispositions de la LEP, cela signifie que le ministre doit prendre un arrêté de protection. Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, le ministre est tenu de s’assurer, soit au moyen d’un arrêté de protection, soit au moyen d’une déclaration de protection, que l’habitat essentiel est « légalement protégé ».

L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’alinéa 58(5)b), de pair avec la référence faite dans l’alinéa 58(5)a) aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme qu’une disposition citée dans une déclaration de protection doit être une disposition légale ou réglementaire, par opposition à une politique ou à une directive. Il est clair aussi qu’une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, par opposition aux dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux. Une déclaration de protection doit énoncer de quelle façon l’habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés — et non la façon dont l’habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé. Sous le régime de la LEP, une déclaration de protection tient lieu de substitut à un arrêté de protection. Les dispositions que l’on cite dans une déclaration de protection visent à assurer, pour l’habitat essentiel, la même protection que celle qu’assure un arrêté de protection. L’Énoncé sur la protection dont il est question dans la présente demande citait des textes non réglementaires, lesquels sont des politiques, et non pas des lois qui protègent légalement l’habitat essentiel de sa destruction. De plus, une déclaration de protection ne peut citer et invoquer des lois prospectives ou celles qui exigent la prise d’une mesure ultérieure pour engager ou déclencher une protection légale. En l’espèce, l’Énoncé sur la protection se fondait de manière illégale sur des mesures réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l’habitat essentiel. Les dispositions citées dans l’Énoncé sur la protection conféraient un pouvoir discrétionnaire, vaste et non structuré, d’autoriser à mener des activités préjudiciables, dont celles qui détruiraient l’habitat essentiel. Ce pouvoir discrétionnaire ne protège pas légalement l’habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n’est ni impérative, ni exécutoire.

Bien que la *Loi sur les pêches* et ses règlements aient été cités dans l’Énoncé sur la protection, censément pour protéger l’habitat essentiel des épaulards contre de nombreuses menaces, le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* accorde nettement plus de pouvoirs discrétionnaires que la LEP. À défaut d’un règlement précis qui protégerait

for an order under subsection 58(4) of SARA. As well, provincial laws do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA and it was unlawful for the Minister to have cited provincial laws in the Protection Statement. The Protection Statement was moreover unlawful because it was intended to provide legal protection for only certain components of critical habitat and failed to prevent the most significant threats to critical habitat such as reduction in prey availability and toxic contamination.

The applicants' statement of the law and their conclusions regarding the Protection Order and its application to all components of critical habitat were correct. Notwithstanding DFO's subsequent changes of position since the Protection Order originally issued, the ministers acted unlawfully in limiting the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA. The Protection Order was and is incorrect and unlawful because, in limiting its application to geophysical areas, the respondents failed to respond to a duty assigned to them by statute, in this case, SARA. The applicants' interpretation of the ministers' duty under SARA to protect all components of critical habitat for the resident killer whales was fully supported by the plain language of section 58 read in the full context of SARA, the bilingual version of the section and the Federal Court's decision in *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*.

l'habitat essentiel, le régime de la *Loi sur les pêches* ne peut remplacer légalement un arrêté pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. De plus, les lois provinciales ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre ait cité des lois provinciales dans l'Énoncé sur la protection. L'Énoncé sur la protection était de plus illégal, car il était destiné à ne protéger légalement que certains éléments de l'habitat essentiel et ne permettait pas d'éviter les menaces les plus sérieuses pour l'habitat essentiel, telles que la réduction de la disponibilité de proies et la contamination toxique.

L'énoncé du droit des demandeurs et leurs conclusions concernant l'Arrêté de protection et son application à tous les éléments de l'habitat essentiel étaient exacts. Malgré les changements de position du MPO depuis la prise initiale de l'Arrêté de protection, les ministres ont agi de manière illégale en limitant la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. L'Arrêté de protection était — et est — inexact et illégal parce que, en limitant son application à des zones géophysiques, les défendeurs ont omis de répondre à une obligation que leur imposait la loi, la LEP en l'occurrence. La manière dont les demandeurs interprètent l'obligation qu'impose la LEP aux ministres à l'égard de la protection de tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents était pleinement étayée par le libellé clair de l'article 58 lu dans le contexte entier de la LEP, par la version bilingue de cette disposition ainsi que par la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17.  
 Bill C-5, *An Act respecting the protection of wildlife species at risk in Canada*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (1st reading, February 2, 2001).  
*British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, SOR/96-137.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.  
*Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order*, SOR/2009-68.  
*Ecological Reserve Act*, R.S.B.C. 1996, c. 103.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est*, DORS/2009-68.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Ecological Reserve Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 103.  
*Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531 à 1544 (2006).  
*Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18(1)a) (mod. par

*Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531–1544 (2006).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(1)(a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), (3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)).  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 35, 36, 43 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 12).  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 22 (as am. by SOR/93-333, s. 4).  
*Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, ss. 31, 32, 35, 36.  
*Pacific Fishery Regulations, 1993*, SOR/93-54.  
*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, ss. 2(1) “COSEWIC”, “critical habitat”, “endangered species”, “threatened species”, 11, 41 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 21), 42, 56, 57, 58, 63, 73 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23), 74, 120.  
*Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 2(1) “regulation”.

L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), (3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, art. 2(1) « COSEPAC », « espèce en voie de disparition », « espèce menacée », « habitat essentiel », 11, 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 21), 42, 56, 57, 58, 63, 73 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23), 74, 120.  
*Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, art. 31, 32, 35, 36.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 35, 36, 43 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12).  
*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1) « règlement ».  
 Projet de loi C-5, *Loi concernant la protection des espèces sauvages en péril au Canada*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001 (1<sup>re</sup> lecture, 2 février 2001).  
*Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137.  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22 (mod. par DORS/93-333, art. 4).  
*Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/93-54.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97, 75 Sask. R. 82; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215, (1982), 134 D.L.R. (3d) 17, 41 N.R. 318; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577.

## CONSIDERED:

*Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161, 349 F.T.R. 225; *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1; *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878; *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1; *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009); *Carpenter*

F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009); *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548, (1997), 155 D.L.R. (4th) 572 (C.A.); *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, 235 D.L.R. (4th) 216, 180 C.C.C. (3d) 449; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 468, 128 F.T.R. 222 (F.C.T.D.); *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579, (1992), 89 D.L.R. (4th) 500, 10 M.P.L.R. (2d) 92; *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169, (1997), 149 D.L.R. (4th) 269, 3 Admin. L.R. (3d) 306 (C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1, [1985] 4 W.W.R. 385; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297, [1991] 6 W.W.R. 1; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, (1989), 61 D.L.R. (4th) 604, 97 N.R. 241; *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160.

## REFERRED TO:

*Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment)*, 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81, 45 C.E.L.R. (3d) 48, 349 F.T.R. 63; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91, 395 N.R. 223; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] 2 W.W.R. 193; *Glowinski v. Canada (Treasury Board)*, 2006 FC 78, 286 F.T.R. 217; *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, 292 D.L.R. (4th) 554, 69 Admin. L.R. (4th) 271; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, (1976), 71 D.L.R. (3d) 1, [1976] 6 W.W.R. 61; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641, 34 B.L.R. 251; *Gaudes v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 351; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. No. 4101 (Prov. Ct.) (QL).

## AUTHORS CITED

Boyd, David R. *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*. Vancouver: UBC Press, 2003.  
 Collins Robert French Dictionary, 7th ed. New York: HarperCollins, 2005, «élément».

*Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.); *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 347 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579; *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement)*, 2009 CF 710; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 300; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78; *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, 292 D.L.R. (4th) 554, 69 Admin. L.R. (4th) 271; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Gaudes c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 351; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. n° 4101 (C.P.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Boyd, David R. *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*. Vancouver : UBC Press, 2003.  
 Collins Robert French Dictionary, 7<sup>e</sup> éd. New York : HarperCollins, 2005, « élément ».



*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998, "component".

Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement, online: Species at Risk Public Registry, <[https://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/ch\\_killer\\_Whale\\_0908\\_e.pdf](https://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_Whale_0908_e.pdf)>.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002, "élément".

*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*, March 2008, online: <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/ec/En3-4-46-2007E.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007E.pdf)>.

*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada (Proposed)*, June 2007, online: <[http://www.sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/plans/rs\\_Resident\\_Killer\\_Whale%20\\_0607\\_e.pdf](http://www.sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/plans/rs_Resident_Killer_Whale%20_0607_e.pdf)>.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2009-68, *C. Gaz.* 2009.II.338.

*Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4th ed. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995, "élément".

*Species at Risk Act Policies: Policies and Guidelines Series: Draft*, online: <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2009/ec/En4-113-2009-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/ec/En4-113-2009-eng.pdf)>.

Walton, Janice H. *Blakes' Canadian Law of Endangered Species*. Toronto: Carswell, 2007.

APPLICATIONS for judicial review concerning the respondents' obligations under section 58 of the *Species at Risk Act* to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales. Applications allowed.

#### APPEARANCES

*Margot Venton* and *Keith Ferguson* for applicants.

*Donnaree Nygard* and *Lisa S. Riddle* for respondents.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Ecojustice Canada*, Vancouver, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

Épaulards (*Orcinus orca*) residents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique, en ligne : Registre public des espèces en péril, <[http://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/ch\\_killer\\_Whale\\_0908\\_f.pdf](http://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_Whale_0908_f.pdf)>

*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 1998, « *component* ».

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2002, « élément ».

*Politiques de la Loi sur les espèces en péril : Séries de politiques et de lignes directrices : Ébauche*, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2009/ec/En4-113-2009-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/ec/En4-113-2009-fra.pdf)>.

*Programme de rétablissement de l'épaulard (Orcinus orca), populations résidents du nord et du sud des eaux du Pacifique au Canada [Projet]*, juin 2007, en ligne : <[http://www.sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/plans/rs\\_Resident\\_Killer\\_Whale%20\\_0607\\_f.pdf](http://www.sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/plans/rs_Resident_Killer_Whale%20_0607_f.pdf)>.

*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*, mars 2008, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/ec/En3-4-46-2007F.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007F.pdf)>.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2009-68, *Gaz. C.* 2009.II.338.

*Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4<sup>e</sup> éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1995, « élément ».

Walton, Janice H. *Blakes' Canadian Law of Endangered Species*. Toronto : Carswell, 2007.

DEMANDES de contrôle judiciaire ayant trait à l'obligation qu'impose l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* aux demandeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards. Demandes accueillies.

#### ONT COMPARU

*Margot Venton* et *Keith Ferguson* pour les demandeurs.

*Donnaree Nygard* et *Lisa S. Riddle* pour les défendeurs.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ecojustice Canada*, Vancouver, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

## Table of Contents

## Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
Background . . . . .	3	Le contexte . . . . .	3
Procedural History and Parties . . . . .	3	L'historique des procédures judiciaires et les parties en cause . . . . .	3
Southern and Northern Resident Killer Whales . . . . .	9	Les épaulards résidents du nord et du sud Les plans d'inscription et de rétablissement concernant les épaulards résidents . . . . .	9
Listing and Recovery Planning for the Resident Killer Whales . . . . .	13	Le Programme de rétablissement désigne l'habitat essentiel . . . . .	13
Recovery Strategy Identifies Critical Habitat . . . . .	27	180 jours plus tard, le MPO est tenu de protéger l'habitat essentiel . . . . .	27
180 Days Later, DFO Must Protect Critical Habitat . . . . .	31	Les demandes de contrôle judiciaire . . . . .	31
Applications for Judicial Review . . . . .	37	La réunion des demandes . . . . .	37
Consolidation . . . . .	46	Les questions en litige . . . . .	46
Issues . . . . .	49	La norme de contrôle applicable . . . . .	49
Standard of Review . . . . .	51	Les arguments des demandeurs au sujet de la norme de contrôle applicable . . . . .	51
Applicants' Arguments on Standard of Review . . . . .	52	Les arguments des défendeurs au sujet de la norme de contrôle applicable . . . . .	52
Respondents' Arguments on Standard of Review . . . . .	57	La norme de contrôle applicable . . . . .	57
Appropriate Standard of Review . . . . .	58	Les arguments des parties . . . . .	58
Arguments . . . . .	61	Les demandeurs . . . . .	61
The Applicants . . . . .	61	La Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la pre- mière demande de nature théorique . . . . .	61
The Court Should Exercise its Discre- tion to Hear First Moot Application . . . . .	61	L'audition d'une demande de nature théorique . . . . .	64
Hearing a Moot Application . . . . .	64	L'obligation des ministres . . . . .	69
Minister's Duty . . . . .	69	Le Programme de rétablissement . . . . .	70
Recovery Strategy . . . . .	70	L'Énoncé sur la protection . . . . .	72
Protection Statement . . . . .	72	L'Énoncé sur la protection est illégal . . . . .	72
Protection Statement is Unlawful . . . . .	72	La <i>Loi sur les pêches</i> . . . . .	82
<i>Fisheries Act</i> . . . . .	82	La <i>Loi canadienne sur l'évaluation         environnementale</i> . . . . .	86
<i>Canadian Environmental Assess-         ment Act</i> . . . . .	86	Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales . . . . .	87
Provincial Laws Are Not Laws of Parliament . . . . .	87	L'Énoncé sur la protection ne protège pas tous les éléments . . . . .	88
Protection Statement Fails to Protect All Components . . . . .	88	L'Arrêté de protection . . . . .	91
Protection Order . . . . .	91	L'interprétation de l'article 58 . . . . .	93
Interpretation of Section 58 . . . . .	93		

Bilingual Interpretation . . . . .	93	L'interprétation bilingue . . . . .	93
The Case of <i>Environmental De-</i> <i>fence</i> . . . . .	102	La décision <i>Environmental De-</i> <i>fence</i> . . . . .	102
Unlawful Limitation of the Scope of the Protection Order . . . . .	105	La limitation illégale de la portée de l'Arrêté de protection . . . . .	105
The Respondents . . . . .	113	Les défendeurs . . . . .	113
Court Should Not Exercise its Juris-		La Cour ne devrait pas exercer sa	
diction . . . . .	114	compétence . . . . .	114
Protection Statement . . . . .	120	L'Énoncé sur la protection . . . . .	120
Protection Order Application is Mis-		La demande relative à l'arrêté de	
guided . . . . .	129	protection est mal fondée . . . . .	129
Future Intentions . . . . .	138	Les intentions futures . . . . .	138
Lack of Jurisdiction . . . . .	142	L'absence de compétence . . . . .	142
Improper Submissions . . . . .	145	Des observations irrégulières . . . . .	145
Applicants' Reply . . . . .	146	La réponse des demandeurs . . . . .	146
Analysis . . . . .	154	Analyse . . . . .	154
General Introduction . . . . .	154	Introduction générale . . . . .	154
Protection Order Application . . . . .	163	La demande relative à l'arrêté de	
		protection . . . . .	163
Respondents' Grounds . . . . .	166	Les motifs des défendeurs . . . . .	166
Application is Misguided . . . . .	167	La demande est mal fondée . . . . .	167
Order Cannot be Challenged . . . . .	171	L'Arrêté ne peut pas être contesté	171
Order Cannot be More than it is . . . . .	185	L'Arrêté ne peut pas être plus que	
		ce qu'il est . . . . .	185
Attempt to Review Speculated		Une tentative pour contrôler d'hypo-	
Future Intentions . . . . .	189	thétiques intentions futures . . . . .	189
Applicants Cannot Obtain the		Les demandeurs ne peuvent pas	
Declaration Sought . . . . .	203	obtenir le jugement déclaratoire	
		sollicité . . . . .	203
Protection Statement Application . . . . .	236	La demande relative à la déclaration	
		de protection . . . . .	236
Should the Court Hear it? . . . . .	236	La Cour devrait-elle l'instruire? . . . . .	236
Adversarial Context . . . . .	241	Le contexte contradictoire . . . . .	241
Judicial Economy . . . . .	246	L'économie des ressources judi-	
		ciaires . . . . .	246
Merits of Protection Statement		Le bien-fondé de la demande rela-	
Application . . . . .	253	tive à la déclaration de protection	253
Protection Statement . . . . .	254	L'Énoncé sur la protection . . . . .	254
Disagreement Between the Parties	258	Le désaccord entre les parties . . . . .	258
Legal Requirements of a Protection		Les exigences légales d'une déclara-	
Statement . . . . .	291	tion de protection . . . . .	291
Plain Language Interpretation of		L'interprétation fondée sur le sens	
Paragraph 58(5)(b) . . . . .	293	ordinaire de l'alinéa 58(5)b) . . . . .	293

Role of a Protection Statement Within the SARA Scheme . . . . .	296	Le rôle d'une déclaration de protection sous le régime de la LEP . . . . .	296
Intention of Parliament—Habitat Protection Must be Mandatory and Meaningful . . . . .	299	L'intention du Parlement — la protection de l'habitat doit être impérative et sérieuse . . . . .	299
Protection Statement Unlawfully Includes Non-Statutory Instruments . . .	300	L'Énoncé sur la protection inclut de manière illégale des textes non réglementaires . . . . .	300
Protection Statement Unlawfully Cites Possible Future Provisions . . . . .	305	L'Énoncé sur la protection cite de manière illégale d'éventuelles dispositions futures . . . . .	305
Protection Statement Unlawfully Relies on Ministerial Discretion . . . .	312	L'Énoncé sur la protection se fonde illégalement sur le pouvoir discrétionnaire ministériel . . . . .	312
The <i>Fisheries Act</i> and Regulations . .	315	La <i>Loi sur les pêches</i> et ses règlements . . . . .	315
<i>Canadian Environmental Assessment Act</i> . . . . .	334	La <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale</i> . . . . .	334
Provincial Laws Are Not Laws of Parliament . . . . .	335	Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales . . . . .	335
Protection Statement Fails to Set Out How All Components of Critical Habitat Are Legally Protected . . . . .	337	L'Énoncé sur la protection ne dit pas de quelle façon tous les éléments de l'habitat essentiel sont légalement protégés . . . . .	337
Conclusions . . . . .	340	Conclusions . . . . .	340

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

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

[1] RUSSELL J.: At issue are two consolidated applications for judicial review to challenge related decisions. The first application (Protection Statement application) challenges the Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement), which was issued pursuant to paragraph 58(5)(b) of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (SARA or the Act) on September 10, 2008.

[1] LE JUGE RUSSELL : Sont en litige deux demandes de contrôle judiciaire jointes, qui visent à contester des décisions connexes. La première de ces demandes (la demande relative à la déclaration de protection) conteste une déclaration (appelée parfois « énoncé ») du ministre des Pêches et des Océans intitulé Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la LEP ou la Loi), le 10 septembre 2008.

[2] The second application (Protection Order application) challenges a protection order made in February 2009 by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment (ministers) to limit the

[2] La seconde demande (la demande relative à l'arrêté de protection) conteste un arrêté pris en février 2009 par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l'Environnement (les ministres) en vue de limiter la

scope of the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (*Orcinus orca*) Order* [SOR/2009-68] (Protection Order), made pursuant to paragraph 58(5)(a) of SARA.

portée de l'Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (*Orcinus orca*) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est [DORS/2009-68] (l'Arrêté de protection) pris en vertu de l'alinéa 58(5)a) de la LEP.

## BACKGROUND

### Procedural History and Parties

[3] These two consolidated applications for judicial review are concerned with the respondents' obligations under section 58 of SARA to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales.

[4] The first application challenges the September 10, 2008 decision of the Minister of Fisheries and Oceans to issue the Protection Statement pursuant to paragraph 58(5)(b) of SARA.

[5] The second application challenges the February 2009 decision made jointly by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment to issue the Protection Order under subsections 58(4) and (5) of SARA. Specifically, it challenges the respondents' decision to limit the scope of the Protection Order such that it applies only to geospatial areas or geophysical attributes of critical habitat.

[6] The nine applicants are non-profit environmental organizations from across Canada. They each have a genuine interest in the survival and recovery of the resident killer whales and in the interpretation and application of SARA. The respondents do not contest the applicants' public interest standing before this Court.

[7] The respondent Minister of Fisheries and Oceans is charged with the duty to protect the critical habitat of any aquatic species, including the resident killer whales.

## LE CONTEXTE

### L'historique des procédures judiciaires et les parties en cause

[3] Les deux demandes de contrôle judiciaire jointes dont il est question en l'espèce ont trait aux obligations qu'impose l'article 58 de la LEP aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards.

[4] La première demande conteste la décision du ministre des Pêches et des Océans, prise en date du 10 septembre 2008, de publier l'Énoncé sur la protection en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la LEP.

[5] La seconde demande conteste la décision, datée de février 2009 et prise conjointement par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l'Environnement, de prendre l'Arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la LEP. Plus précisément, elle conteste la décision qu'ont prise les défendeurs de limiter la portée de l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il ne s'applique qu'à des zones géospatiales ou à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

[6] Les neuf demandeurs sont des organismes à vocation environnementale et à but non lucratif d'un peu partout au Canada. Ils ont chacun un intérêt vérifiable à l'égard de la survie et du rétablissement des épaulards résidents, ainsi que de l'interprétation et de l'application de la LEP. Les défendeurs ne contestent pas la qualité qu'ont les demandeurs pour agir dans l'intérêt public devant la Cour.

[7] Le premier des défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans, est tenue de protéger l'habitat essentiel de n'importe quelle espèce aquatique, dont l'épaulard résident.

[8] The respondent Minister of the Environment, as the Minister responsible for the Parks Canada Agency, is charged with the duty to protect critical habitat on federal lands administered by Parks Canada, tiny portions of which overlap with the resident killer whales' critical habitat at issue in this proceeding.

#### Southern and Northern Resident Killer Whales

[9] Two distinct populations of killer whales, known as the northern residents and the southern residents (and herein jointly referred to as the resident killer whales) occupy the waters off the west coast of British Columbia.

[10] The southern resident killer whale is an endangered species. Subsection 2(1) of SARA defines an "endangered species" as "a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction."

[11] The northern resident killer whale is a threatened species. Subsection 2(1) of SARA defines a "threatened species" as "a wildlife species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction."

[12] The resident killer whale populations are considered at risk because of their small population size and low reproductive rate as well as their exposure to a variety of human-caused threats to both the whales and their habitat. These threats have the potential to prevent their recovery or to cause further declines in population. Principal among these anthropogenic threats are reductions in the availability of salmon prey (i.e. food), environmental contamination and physical and acoustic disturbance.

[8] Le second défendeur, le ministre de l'Environnement, en sa qualité de ministre chargé de l'Agence Parcs Canada, est tenu de protéger les habitats essentiels sur les terres fédérales qu'administre Parcs Canada, dont de petites parties chevauchent l'habitat essentiel des épaulards résidents qui est en litige en l'espèce.

#### Les épaulards résidents du nord et du sud

[9] Deux populations distinctes d'épaulards, les résidents du nord et les résidents du sud (appelés conjointement dans la présente les « épaulards résidents »), occupent les eaux situées au large de la Colombie-Britannique.

[10] L'épaulard résident du sud est une espèce en voie de disparition. Le paragraphe 2(1) de la LEP définit une « espèce en voie de disparition » comme étant une « Espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète. »

[11] L'épaulard résident du nord est une espèce menacée. Le paragraphe 2(1) de la LEP définit une « espèce menacée » comme étant une « Espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n'est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître. »

[12] Les populations d'épaulards résidents sont considérées comme étant en péril à cause de la faiblesse de leur nombre et de leur taux de reproduction, ainsi que de leur exposition à diverses menaces d'origine humaine (ou anthropiques), tant pour les épaulards que pour leur habitat. Ces menaces risquent de faire obstacle à leur rétablissement ou d'aggraver la réduction de leur population. Au nombre de ces menaces anthropiques figurent principalement la réduction de la disponibilité du saumon-proie (c.-à-d. leur nourriture), la contamination de l'environnement et les perturbations physiques et acoustiques.

Listing and Recovery Planning for the Resident Killer Whales

[13] SARA prescribes a process whereby species at risk are listed and given legal protections, with the objective of ensuring recovery of the species back to healthy population levels. To achieve this objective, a recovery strategy is developed and implemented for each species listed as endangered or threatened. Central to the recovery process is the identification and protection of the species' critical habitat.

[14] Pursuant to the mandatory timelines under subsection 42(2) of SARA, the Department of Fisheries and Oceans (DFO) was required to include a proposed recovery strategy for the resident killer whales on the public registry by June 5, 2006. The SARA public registry is established under section 120 for the purpose of facilitating access to documents relating to matters under the Act.

[15] In 2004, DFO convened the Resident Killer Whale Recovery Team (Recovery Team). The Recovery Team, made up of leading independent and governmental experts, was tasked with creating a recovery strategy for the resident killer whales in accordance with SARA.

[16] Over the next year, the Recovery Team met periodically to develop the recovery strategy. The Recovery Team was instructed to identify the critical habitat of the resident killer whales as well as examples of activities likely to destroy critical habitat.

[17] At meetings and in electronic communications, the Recovery Team discussed the biological or ecosystem features of critical habitat. The discussion of biological features of critical habitat focused on the association between salmon abundance and the use of

Les plans d'inscription et de rétablissement concernant les épaulards résidents

[13] La LEP prescrit un processus dans le cadre duquel les espèces en péril sont inscrites et jouissent d'une protection juridique, l'objectif étant d'assurer le rétablissement de ces espèces jusqu'à ce qu'elles atteignent un niveau de population sain. Pour atteindre cet objectif, un programme de rétablissement est établi et mis en œuvre pour chaque espèce inscrite en tant qu'espèce en voie de disparition ou menacée. Un élément fondamental du processus de rétablissement est la désignation et la protection de l'habitat essentiel de l'espèce.

[14] Conformément aux délais impératifs que prévoit le paragraphe 42(2) de la LEP, le ministère des Pêches et des Océans (le MPO) était tenu d'inclure dans le registre un projet de programme de rétablissement concernant les épaulards résidents au plus tard le 5 juin 2006. Le registre de la LEP est établi en vertu de l'article 120 en vue de faciliter l'accès aux documents traitant de questions régies par la Loi.

[15] En 2004, le MPO a mis sur pied l'Équipe de rétablissement des épaulards résidents (l'Équipe de rétablissement). Cette Équipe, formée d'éminents experts, à titre indépendant ou représentant le gouvernement, a été chargée de créer un programme de rétablissement pour les épaulards résidents, en application de la LEP.

[16] Au cours de l'année qui a suivi, les membres de l'Équipe de rétablissement se sont rencontrés à intervalles périodiques pour mettre au point le programme de rétablissement. L'Équipe a été chargée de déterminer l'habitat essentiel des épaulards résidents, ainsi que de trouver des exemples d'activités susceptibles de détruire cet habitat.

[17] Lors de réunions et dans le cadre de communications électroniques, l'Équipe de rétablissement a discuté des caractéristiques biologiques et écosystémiques de l'habitat essentiel. Les discussions portant sur les caractéristiques biologiques de cet habitat ont été

an area by resident killer whales, as well as the acoustic and environmental quality of critical habitat.

[18] The first draft of the recovery strategy was completed on March 15, 2005. It identified critical habitat as well as threats to both the “abiotic” (i.e. geophysical) and “biotic” (i.e. biological) features of critical habitat.

[19] Following extensive review and comment, a final draft recovery strategy was completed for submission to the Minister of Fisheries and Oceans on May 15, 2006 (May 2006 draft recovery strategy). The May 2006 draft recovery strategy identified critical habitat as a set of physical and biological features occurring at a specific geospatial location. It also identified threats to those features.

[20] The May 2006 draft recovery strategy was never delivered to the Minister. Instead, in August 2006, the Recovery Team was informed that the May 2006 draft recovery strategy had been edited and that information identifying critical habitat had been removed pursuant to DFO policy.

[21] A lengthy dispute followed between members of the Recovery Team and DFO bureaucrats. In March 2007, the critical habitat section of the May 2006 draft recovery strategy was reinstated.

[22] In May 2007, the now-restored document was again sent out for review by government agencies. During the course of that review another attempt was made, this time by the Department of National Defence, to edit the critical habitat section. The proposed revisions related to the acoustic features of critical habitat and to threats to critical habitat caused by underwater noise. Members of the Recovery Team successfully objected to many of the proposed editorial changes.

axées sur l’association entre l’abondance du saumon et l’utilisation que font les épaulards résidents d’une zone, de même que sur les qualités acoustiques et environnementales de l’habitat essentiel.

[18] La première ébauche du programme de rétablissement a été terminée le 15 mars 2005. L’habitat essentiel y était décrit, tout comme les menaces pour les caractéristiques « abiotiques » (c.-à-d. géophysiques) et « biotiques » (c.-à-d. biologiques).

[19] À la suite d’un long processus d’examen et de rétroaction, l’ébauche finale d’un programme de rétablissement a été établie en vue d’être présentée au ministre des Pêches et des Océans de l’époque, le 15 mai 2006 (l’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006). Cette ébauche désignait l’habitat essentiel comme étant un ensemble de caractéristiques physiques et biologiques survenant à un emplacement géospatial déterminé. Elle désignait également les éléments qui menaçaient ces caractéristiques.

[20] L’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006 n’a jamais été présentée au ministre. Au lieu de cela, en août 2006, l’Équipe de rétablissement a été informée que cette ébauche avait été révisée et que des renseignements désignant l’habitat essentiel avaient été retirés conformément à la politique du MPO.

[21] Cela été suivi d’un long litige entre les membres de l’Équipe de rétablissement et les bureaucrates du MPO. En mars 2007, la section de l’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006 qui portait sur l’habitat essentiel a été rétablie.

[22] En mai 2007, le document maintenant rétabli a été de nouveau envoyé en vue d’être examiné par divers organismes gouvernementaux. Lors de cet examen, une autre tentative a été faite, cette fois-ci par le ministère de la Défense nationale, pour réviser la section portant sur l’habitat essentiel. Les révisions proposées avaient trait aux caractéristiques acoustiques de l’habitat essentiel ainsi qu’aux menaces causées à ce dernier par des bruits sous-marins. Les membres de l’Équipe de rétablissement se sont opposés avec succès à un grand nombre des remaniements de texte proposés.



[23] On June 21, 2007, pursuant to subsection 42(1) of SARA, DFO posted the *Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada (Proposed)* to the public registry (Proposed Recovery Strategy). It was similar but not identical to the May 2006 draft recovery strategy.

[24] Posting of the Proposed Recovery Strategy was followed by a public comment period that ended in August 2007. According to the mandatory timelines under SARA, the final recovery strategy for the northern and southern killer whales should have been finalized 30 days later, by September 19, 2007. Instead, it was delayed as DFO bureaucrats once again attempted to make edits.

[25] During the fall of 2007, DFO officials heavily edited the critical habitat section of the Proposed Recovery Strategy. DFO removed all reference to two threats to critical habitat: acoustic degradation and reduction in the availability of salmon prey. Additionally, future scientific studies regarding these threats were removed from the proposed “schedule of studies to identify critical habitat” required under paragraph 41(1)(c.1).

[26] Members of the Recovery Team strongly objected to these editorial changes and sought to resolve their concerns with DFO. At some point before March 14, 2008, DFO reinstated most of the excised portions identifying noise and reduced availability of salmon prey as threats to critical habitat. On March 14, 2008, DFO posted the Recovery Strategy to the public registry [*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*].

[23] Le 21 juin 2007, en application du paragraphe 42(1) de la LEP, le MPO a affiché dans le registre le *Programme de rétablissement de l'épaulard (Orcinus orca), populations résidentes du nord et du sud des eaux du Pacifique au Canada [Projet]* (le Projet du programme de rétablissement). Ce dernier était semblable — mais non identique — à l'ébauche du programme de rétablissement de mai 2006.

[24] L'affichage du Projet du programme de rétablissement a été suivi d'une période de commentaires publics qui a pris fin en août 2007. Selon les délais impératifs que prescrit la LEP, le programme de rétablissement définitif concernant les épaulards du nord et du sud aurait dû être terminé 30 jours plus tard, soit le 19 septembre 2007. Au lieu de cela, il a été retardé, les bureaucrates du MPO ayant tenté une fois de plus d'y apporter des révisions.

[25] Au cours de l'automne de 2007, les fonctionnaires du MPO ont apporté d'importantes révisions à la section du Projet du programme de rétablissement qui portait sur l'habitat essentiel. Le MPO a supprimé toutes les références faites à deux menaces pour l'habitat essentiel : la dégradation acoustique et la réduction de la disponibilité du saumon-proie. De plus, des études scientifiques ultérieures sur ces menaces ont été supprimées du projet de « calendrier des études visant à désigner l'habitat essentiel » qu'exige l'alinéa 41(1)c.1).

[26] Les membres de l'Équipe de rétablissement se sont vivement opposés à ces remaniements et ont tenté de régler leurs préoccupations avec le MPO. À un certain moment avant le 14 mars 2008, le MPO a rétabli la plupart des passages retirés où il était affirmé que le bruit et la disponibilité réduite du saumon-proie constituaient une menace pour l'habitat essentiel. Le 14 mars 2008, le MPO a mis le Programme de rétablissement dans le registre [*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*].

## Recovery Strategy Identifies Critical Habitat

[27] As required by paragraph 41(1)(c) of SARA, section 3 of the Recovery Strategy identified critical habitat for the resident killer whales, the components of the critical habitat and threats to critical habitat.

[28] The geospatial location of critical habitat of the resident killer whales is identified on maps in Figures 4 and 5, and in the marine coordinates in Appendix B of the Recovery Strategy.

[29] The components of critical habitat clearly include the presence and availability of salmon prey for the resident killer whales.

[30] Threats to critical habitat (in section 3.2) include diminished prey availability, chemical and biological contamination and acoustic degradation.

## 180 Days Later, DFO Must Protect Critical Habitat

[31] Section 58 of SARA required that, by September 10, 2008, the critical habitat identified in the Recovery Strategy be legally protected from destruction under subsection 58(5). Legal protection of critical habitat can take one of two forms: direct protection under SARA or indirect protection under other Acts of Parliament.

[32] Direct protection under SARA is engaged through the issuance of a protection order under subsection 58(4). A protection order applies the prohibition against destruction of critical habitat in subsection 58(1) to the critical habitat areas and components set out in the Protection Order. If critical habitat is not already protected, then a competent minister must issue a protection order.

## Le Programme de rétablissement désigne l'habitat essentiel

[27] Comme l'exige l'alinéa 41(1)c) de la LEP, la section 3 du Programme de rétablissement désignait l'habitat essentiel des épaulards résidents, les éléments de cet habitat essentiel ainsi que les menaces pour ce dernier.

[28] L'emplacement géospatial de l'habitat essentiel des épaulards résidents est situé sur les cartes des figures 4 et 5, et les coordonnées marines se trouvent à l'annexe B du Programme de rétablissement.

[29] Les éléments de l'habitat essentiel comprennent manifestement la présence et la disponibilité de saumon-proie pour les épaulards résidents.

[30] Les menaces qui pèsent sur l'habitat essentiel (voir la section 3.2) comprennent la disponibilité réduite de proies, la contamination chimique et biologique de même que la dégradation acoustique.

## 180 jours plus tard, le MPO est tenu de protéger l'habitat essentiel

[31] L'article 58 de la LEP exigeait que, au plus tard le 10 septembre 2008, l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement soit légalement protégé contre toute destruction en vertu du paragraphe 58(5). La protection légale de l'habitat essentiel peut revêtir l'une des deux formes suivantes : une protection directe sous le régime de la LEP ou une protection indirecte sous le régime d'autres lois fédérales.

[32] La protection directe qu'assure la LEP est enclenchée par la prise d'un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4). Cet arrêté applique l'interdiction de destruction de l'habitat essentiel dont il est question au paragraphe 58(1) aux zones et aux éléments de l'habitat essentiel qui y sont mentionnés. Si l'habitat essentiel n'est pas déjà protégé, un ministre compétent est alors tenu de prendre un arrêté de protection.

[33] Indirect protection under other federal laws is confirmed through a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA. A protection statement describes how critical habitat is already protected from destruction by provisions in or measures under other Acts of Parliament. A protection statement cites the other federal legislative provisions that already legally protect critical habitat from destruction.

[34] On September 10, 2008, DFO bureaucrats delivered to the Deputy Minister of Fisheries and Oceans a memorandum explaining their recommendation for protection of critical habitat of the resident killer whales (protection statement memo). This memorandum recommended issuing a protection statement. It attached a table containing a proposed list of tools available to protect critical habitat, as well as a draft protection statement for approval by the Minister's delegate.

[35] The applicants posit that the protection statement memo and accompanying attachments described the section 58 legal duty to protect critical habitat as being limited to the protection of the "geophysical attributes" of the critical habitat. The applicants say that the protection statement memo and attachments consistently make a policy distinction, which is challenged here by the applicants. The distinction made is between DFO's duty to legally protect geophysical attributes of critical habitat, on one hand, and DFO's discretion to "manage and mitigate" the biological, chemical and acoustic components of critical habitat on the other.

[36] On September 10, 2008, the final Protection Statement was posted to the SARA public registry. The applicants say that the Protection Statement maintains the distinction between the duty to provide legal protection for the geophysical attributes of critical habitat and the discretion to "manage and mitigate" threats to biological and other ecosystem features.

[33] La protection indirecte qui est assurée en vertu d'autres lois fédérales est confirmée par une déclaration de protection établie en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la LEP. Cette déclaration décrit la façon dont un habitat essentiel est déjà protégé contre sa destruction par des dispositions établies ou des mesures prises en vertu d'autres lois fédérales. Une déclaration de protection cite les autres dispositions légales fédérales qui protègent déjà légalement l'habitat essentiel contre sa destruction.

[34] Le 10 septembre 2008, les bureaucrates du MPO ont transmis au sous-ministre des Pêches et des Océans une note de service expliquant leur recommandation concernant la protection de l'habitat essentiel des épaulards résidents (la note de service sur la déclaration de protection). Cette note de service recommandait que l'on établisse une déclaration de protection. Y était joint un tableau contenant une liste des outils disponibles devant servir à protéger l'habitat essentiel, de même qu'une ébauche de déclaration de protection à faire approuver par le délégué du nouveau ministre.

[35] Les demandeurs affirment que la note de service sur la déclaration de protection, ainsi que les pièces qui y étaient jointes, limitaient l'obligation légale, imposée par l'article 58, de protéger l'habitat essentiel à la protection des [TRADUCTION] « caractéristiques géophysiques » de l'habitat essentiel. Ils ajoutent que la note de service sur la déclaration de protection et les pièces qui étaient jointes font systématiquement une distinction de principe, que les demandeurs contestent en l'espèce. Cette distinction est faite entre, d'une part, l'obligation qu'a le MPO de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et, d'autre part, le pouvoir discrétionnaire qu'a le MPO de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les éléments biologiques, chimiques et acoustiques de l'habitat essentiel.

[36] Le 10 septembre 2008, la version finale de l'Énoncé sur la protection a été affichée dans le registre de la LEP. Selon les demandeurs, cette déclaration conserve la distinction faite entre l'obligation de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et le pouvoir discrétionnaire de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les menaces qui

## Applications for Judicial Review

[37] On October 8, 2008, a judicial review application was commenced challenging the lawfulness of the Protection Statement. In application T-1552-08, the applicants alleged that DFO erred in law and jurisdiction in issuing a protection statement that relies on non-binding policy, prospective legislation and ministerial discretion—none of which legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA. The notice of application was amended on January 23, 2009.

[38] By February 9, 2009, DFO had reversed itself, recommending that its Minister replace the Protection Statement with a protection order under SARA.

[39] On February 13, 2009, DFO sought the cooperation of the Minister of the Environment, as the Minister responsible for Parks Canada, to issue a joint order under subsections 58(4) and (5) of SARA. Alan Latourelle, CEO of Parks Canada made recommendations to the Minister regarding the proposed protection order in a February 13, 2009 memorandum (Latourelle memo). Paraphrased, this memorandum explains that:

1. DFO is currently facing a legal challenge in Federal Court regarding the Protection Statement. DFO is encouraging Parks Canada to issue a joint order quickly before DFO has to proceed any further with the existing lawsuit;
2. A new protection statement from Parks Canada would be open to challenge on the same grounds as the Protection Statement issued by DFO;
3. DFO's proposed protection order does not define which activities are prohibited as destructive of critical

pèsent sur les caractéristiques biologiques et autres éléments écosystémiques.

## Les demandes de contrôle judiciaire

[37] Le 8 octobre 2008, une demande de contrôle judiciaire contestant la légalité de l'Énoncé sur la protection a été déposée. Dans la demande T-1552-08, les demandeurs ont allégué que le MPO avait commis une erreur de droit et de compétence en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur une politique non exécutoire, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels — des éléments dont aucun ne protège légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP. L'avis de demande a été modifié le 23 janvier 2009.

[38] Au 9 février 2009, le MPO s'était ravisé, recommandant que son ministre remplace l'Énoncé sur la protection par un arrêté de protection sous le régime de la LEP.

[39] Le 13 février 2009, le MPO a sollicité la collaboration du ministre de l'Environnement, en tant que ministre chargé de Parcs Canada, en vue de prendre un arrêté conjoint en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la LEP. Alan Latourelle, directeur général de Parcs Canada, a fait des recommandations au ministre sur l'arrêté de protection envisagé, dans une note de service datée du 13 février 2009 (la note de service de Latourelle). Paraphrasée, cette note de service explique ce qui suit :

1. le MPO fait actuellement l'objet d'une contestation judiciaire devant la Cour fédérale au sujet de l'Énoncé sur la protection. Le MPO encourage Parcs Canada à prendre rapidement un arrêté conjoint avant que le MPO donne suite de quelque manière à la poursuite existante;
2. une nouvelle déclaration de protection de Parcs Canada risquerait d'être contestée pour les mêmes motifs que l'Énoncé sur la protection que le MPO a établi;
3. l'arrêté de protection que propose le MPO ne définit pas quelles activités sont interdites parce qu'elles ont

habitat. Enforcement of DFO's proposed order might thus prove difficult.

[40] Issuing a protection order under subsection 58(4) of SARA usually involves pre-publication in the *Canada Gazette*, Part I, to allow 30 days for public comment. However, on the recommendation of DFO officials, the ministers agreed to forego public consultation on the Protection Order. Thus, the applicants say they were denied any opportunity to comment on the Protection Order before it was finalized.

[41] On March 4, 2009, the Protection Order was published in the *Canada Gazette*, Part II [SOR/2009-68]. The Protection Order states that the prohibition against destruction of critical habitat in subsection 58(1) of SARA applies to the critical habitat of the resident killer whales described in Schedule I. Schedule I is a list of marine co-ordinates for the geospatial location of critical habitat.

[42] The Protection Order was published with an accompanying Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 2009.II.338]. The applicants take the position that the RIAS, quoted below, continues to reflect DFO's distinction between its duties towards geophysical areas and its discretion to manage and mitigate the biological features of critical habitat [at page 340]:

The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations concentrate. In addition DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of the Northern and Southern Resident Killer Whales.

[43] On March 6, 2009, the applicants wrote to DFO advising that they had serious concerns that the Protection Order may not legally protect the biological elements of critical habitat. The applicants also sought clarification on other matters, including whether DFO

un effet destructeur sur l'habitat essentiel. Il pourrait donc être difficile de faire appliquer l'arrêté que propose le MPO.

[40] La prise d'un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP comporte habituellement sa publication préalable dans la Partie I de la *Gazette du Canada*, afin d'allouer un délai de 30 jours pour obtenir des commentaires du public. Cependant, à la recommandation des fonctionnaires du MPO, les ministres ont convenu de renoncer à la tenue d'une consultation publique sur l'Arrêté de protection. Les demandeurs disent donc qu'on les a privés de toute occasion de faire des commentaires sur l'Arrêté de protection avant que l'on y mette la dernière main.

[41] Le 4 mars 2009, l'Arrêté de protection a été publié dans la Partie II de la *Gazette du Canada* [DORS/2009-68]. Cet Arrêté établit que l'interdiction de destruction de l'habitat essentiel dont il est question au paragraphe 58(1) de la LEP s'applique à l'habitat essentiel des épaulards résidents décrits à l'annexe I. Cette annexe est une liste de coordonnées marines désignant l'emplacement géospatial de l'habitat essentiel.

[42] L'Arrêté de protection a été publié avec un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le REIR) [*Gaz. C.* 2009.II.338]. Les demandeurs sont d'avis que le REIR, dont un passage est cité ci-dessous, continue de refléter la distinction que fait le MPO entre ses obligations à l'égard des zones géophysiques et le pouvoir discrétionnaire qu'il a de gérer et d'atténuer les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel [à la page 340] :

Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d'autres caractéristiques de cet écosystème, comme l'existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l'environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[43] Le 6 mars 2009, les demandeurs ont écrit au MPO pour faire savoir qu'ils s'inquiétaient sérieusement du fait que l'Arrêté de protection ne protégeait peut-être pas légalement les éléments biologiques de l'habitat essentiel. Ils ont également demandé des éclaircissements

had abandoned its position that the laws and policies set out in the Protection Statement “legally protected” the critical habitat of resident killer whales.

[44] On March 10, 2009, the Government of Canada responded, through counsel. As paraphrased by the applicants, the response stated that:

1. DFO characterizes the Protection Order as an “optional alternative” to the Protection Statement, rather than a required alternative given the unlawfulness of the Protection Statement;

2. DFO refuses to disavow reliance on policy and discretionary tools that do not legally protect critical habitat in protection statements; and

3. DFO refuses to confirm that the Protection Order protects the biological features of critical habitat from destruction.

[45] On April 3, 2009, the applicants filed the second judicial review application against DFO and the Minister of the Environment. The Protection Order application challenges DFO’s practice of limiting the application and scope of section 58 of SARA to protect only geo-spatial areas and/or geophysical elements of critical habitat, and it challenges the application of this practice or policy to the Protection Order.

#### Consolidation

[46] On March 18, 2009, the respondents filed a motion to have the Protection Statement application in file No. T-1552-08 dismissed on the ground of mootness.

[47] On April 9, 2009, the applicants filed a motion seeking to have the two applications for judicial review consolidated.

sur d’autres questions, dont celle de savoir si le MPO avait abandonné sa position selon laquelle les lois et les politiques énoncées dans l’Énoncé sur la protection [TRADUCTION] « protégeaient légalement » l’habitat essentiel des épaulards résidents.

[44] Le 10 mars 2009, le gouvernement du Canada a répondu par l’entremise de ses avocats. Comme l’ont paraphrasé les demandeurs, la réponse a été :

1. le MPO qualifie l’Arrêté de protection de [TRADUCTION] « solution de rechange facultative » à l’Énoncé sur la protection, plutôt que de solution de rechange requise en vue de l’illégalité de l’Énoncé sur la protection;

2. le MPO refuse de désavouer son recours à des outils discrétionnaires et de politique générale qui ne protégeraient pas légalement l’habitat essentiel dans les déclarations de protection;

3. le MPO refuse de confirmer que l’Arrêté de protection protège contre toute destruction les caractéristiques biologiques de l’habitat essentiel.

[45] Le 3 avril 2009, les demandeurs ont déposé la seconde demande de contrôle judiciaire à l’encontre du MPO et du ministre de l’Environnement. La demande relative à l’arrêté de protection conteste la pratique qu’a le MPO de limiter l’application et la portée de l’article 58 de la LEP à la protection des zones géospatiales ou des éléments géophysiques de l’habitat essentiel, et elle conteste l’application de cette pratique ou de cette politique à l’Arrêté de protection.

#### La réunion des demandes

[46] Le 18 mars 2009, les défendeurs ont déposé une requête en vue d’obtenir que la demande relative à la déclaration de protection, dans le dossier n° T-1552-08, soit rejetée du fait de son caractère théorique.

[47] Le 9 avril 2009, les demandeurs ont déposé une requête visant à faire joindre les deux demandes de contrôle judiciaire.

[48] By the order of Justice O'Reilly, the respondents' motion to dismiss the Protection Statement application on the ground of mootness was denied. The applicants' motion to consolidate the two applications into one proceeding was granted. While Justice O'Reilly held that the Protection Statement application in file No. T-1552-08 was technically moot, he refused to strike the application so as to preserve this Court's discretion to issue the relief sought in the Protection Statement application for judicial review.

## ISSUES

[49] The issues on the application can be summarized as follows:

1. Whether the Court ought to exercise its discretion to hear the moot Protection Statement application;
2. Whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a Protection Statement that relies on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for critical habitat;
3. Whether there is a justiciable issue for review in the Protection Order application;
4. Whether the ministers erred in limiting the application of the Protection Order to the geophysical area to the exclusion of the other components of critical habitat.

[50] The following provisions of the Act are applicable in these proceedings [subsection 41(4) (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 21)]:

Definitions      2. (1) The definitions in this subsection apply in this Act.

...

[48] Par l'ordonnance du juge O'Reilly, la requête des défendeurs en vue de faire rejeter la demande relative à la déclaration de protection du fait de son caractère théorique a été rejetée. La requête des demandeurs en vue de faire joindre les deux demandes en une seule instance a été accordée. Le juge O'Reilly a conclu que la demande relative à la déclaration de protection présentée dans le dossier n° T-1552-08 était techniquement de nature théorique, mais il a refusé de radier la demande de façon à préserver le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder la réparation sollicitée dans la demande relative à la déclaration de protection.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[49] Les questions que comporte la demande peuvent être résumées comme suit :

1. si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande relative à la déclaration de protection qui est de nature théorique;
2. si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur des politiques et d'autres textes non réglementaires, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale à l'habitat essentiel;
3. s'il existe une question justiciable à soumettre à un contrôle dans la demande relative à l'arrêté de protection;
4. si les ministres ont commis une erreur en limitant l'application de l'Arrêté de protection à la zone géophysique, à l'exclusion des autres éléments de l'habitat essentiel.

[50] Les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent en l'espèce [le paragraphe 41(4) (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 21)] :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi. Définitions

[...]

“COSEWIC” « COSEPAC »	“COSEWIC” means the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada established by section 14.	« COSEPAC » Le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, constitué en application de l’article 14.	« COSEPAC » “COSEWIC”
	...	[...]	
Contents if recovery feasible	<b>41.</b> (1) If the competent minister determines that the recovery of the listed wildlife species is feasible, the recovery strategy must address the threats to the survival of the species identified by COSEWIC, including any loss of habitat, and must include	<b>41.</b> (1) Si le ministre compétent conclut que le rétablissement de l’espèce sauvage inscrite est réalisable, le programme de rétablissement doit traiter des menaces à la survie de l’espèce — notamment de toute perte de son habitat — précisées par le COSEPAC et doit comporter notamment :	Rétablis- sement réalis- able
	(a) a description of the species and its needs that is consistent with information provided by COSEWIC;	a) une description de l’espèce et de ses besoins qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC;	
	(b) an identification of the threats to the survival of the species and threats to its habitat that is consistent with information provided by COSEWIC and a description of the broad strategy to be taken to address those threats;	b) une désignation des menaces à la survie de l’espèce et des menaces à son habitat qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC, et des grandes lignes du plan à suivre pour y faire face;	
	(c) an identification of the species’ critical habitat, to the extent possible, based on the best available information, including the information provided by COSEWIC, and examples of activities that are likely to result in its destruction;	c) la désignation de l’habitat essentiel de l’espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible, notamment les informations fournies par le COSEPAC, et des exemples d’activités susceptibles d’entraîner sa destruction;	
	(c.1) a schedule of studies to identify critical habitat, where available information is inadequate;	c.1) un calendrier des études visant à désigner l’habitat essentiel lorsque l’information accessible est insuffisante;	
	(d) a statement of the population and distribution objectives that will assist the recovery and survival of the species, and a general description of the research and management activities needed to meet those objectives;	d) un énoncé des objectifs en matière de population et de dissémination visant à favoriser la survie et le rétablissement de l’espèce, ainsi qu’une description générale des activités de recherche et de gestion nécessaires à l’atteinte de ces objectifs;	
	(e) any other matters that are prescribed by the regulations;	e) tout autre élément prévu par règlement;	
	(f) a statement about whether additional information is required about the species; and	f) un énoncé sur l’opportunité de fournir des renseignements supplémentaires concernant l’espèce;	
	(g) a statement of when one or more action plans in relation to the recovery strategy will be completed.	g) un exposé de l’échéancier prévu pour l’élaboration d’un ou de plusieurs plans d’action relatifs au programme de rétablissement.	



Contents if recovery not feasible	(2) If the competent minister determines that the recovery of the listed wildlife species is not feasible, the recovery strategy must include a description of the species and its needs, an identification of the species' critical habitat to the extent possible, and the reasons why its recovery is not feasible.	(2) Si le ministre compétent conclut que le rétablissement de l'espèce sauvage inscrite est irréalisable, le programme de rétablissement doit comporter une description de l'espèce et de ses besoins, dans la mesure du possible, et la désignation de son habitat essentiel, ainsi que les motifs de la conclusion.	Rétablissement irréalisable
Multi-species or ecosystem approach permissible	(3) The competent minister may adopt a multi-species or an ecosystem approach when preparing the recovery strategy if he or she considers it appropriate to do so.	(3) Pour l'élaboration du programme de rétablissement, le ministre compétent peut, s'il l'estime indiqué, traiter de plusieurs espèces simultanément ou de tout un écosystème.	Plusieurs espèces ou écosystème
Regulations	(4) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister after consultation with the Minister responsible for the Parks Canada Agency and the Minister of Fisheries and Oceans, make regulations for the purpose of paragraph (1)(e) prescribing matters to be included in a recovery strategy.	(4) Sur recommandation faite par le ministre après consultation du ministre responsable de l'Agence Parcs Canada et du ministre des Pêches et des Océans, le gouverneur en conseil peut prévoir par règlement, pour l'application de l'alinéa (1)e), les éléments additionnels à inclure dans un programme de rétablissement.	Règlement
Proposed recovery strategy	<b>42.</b> (1) Subject to subsection (2), the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within one year after the wildlife species is listed, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within two years after the species is listed, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	<b>42.</b> (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans l'année suivant l'inscription de l'espèce sauvage comme espèce en voie de disparition ou dans les deux ans suivant l'inscription de telle espèce comme espèce menacée ou disparue du pays.	Projet de programme de rétablissement
First listed wildlife species	(2) With respect to wildlife species that are set out in Schedule 1 on the day section 27 comes into force, the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within three years after that day, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within four years after that day, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	(2) En ce qui concerne les espèces sauvages inscrites à l'annexe 1 à l'entrée en vigueur de l'article 27, le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans les trois ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou dans les quatre ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce menacée ou disparue du pays.	Liste des espèces en péril originale
Destruction of critical habitat	<b>58.</b> (1) Subject to this section, no person shall destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species — or of any listed extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada — if	<b>58.</b> (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de détruire un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ou comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada :	Destruction de l'habitat essentiel

	<p>(a) the critical habitat is on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada;</p> <p>(b) the listed species is an aquatic species; or</p> <p>(c) the listed species is a species of migratory birds protected by the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i>.</p>	<p>a) si l'habitat essentiel se trouve soit sur le territoire domanial, soit dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada;</p> <p>b) si l'espèce inscrite est une espèce aquatique;</p> <p>c) si l'espèce inscrite est une espèce d'oiseau migrateur protégée par la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i>.</p>	
Protected areas	<p>(2) If the critical habitat or a portion of the critical habitat is in a national park of Canada named and described in Schedule 1 to the <i>Canada National Parks Act</i>, a marine protected area under the <i>Oceans Act</i>, a migratory bird sanctuary under the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i> or a national wildlife area under the <i>Canada Wildlife Act</i>, the competent Minister must, within 90 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, publish in the <i>Canada Gazette</i> a description of the critical habitat or portion that is in that park, area or sanctuary.</p>	<p>(2) Si l'habitat essentiel ou une partie de celui-ci se trouve dans un parc national du Canada dénommé et décrit à l'annexe 1 de la <i>Loi sur les parcs nationaux du Canada</i>, une zone de protection marine sous le régime de la <i>Loi sur les océans</i>, un refuge d'oiseaux migrateurs sous le régime de la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i> ou une réserve nationale de la faune sous le régime de la <i>Loi sur les espèces sauvages du Canada</i>, le ministre compétent est tenu, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, de publier dans la <i>Gazette du Canada</i> une description de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui se trouve dans le parc, la zone, le refuge ou la réserve.</p>	Zone de protection
Application	<p>(3) If subsection (2) applies, subsection (1) applies to the critical habitat or the portion of the critical habitat described in the <i>Canada Gazette</i> under subsection (2) 90 days after the description is published in the <i>Canada Gazette</i>.</p>	<p>(3) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci visés au paragraphe (2) après les quatre-vingt-dix jours suivant la publication de sa description dans la <i>Gazette du Canada</i> en application de ce paragraphe.</p>	Application
Application	<p>(4) If all of the critical habitat or any portion of the critical habitat is not in a place referred to in subsection (2), subsection (1) applies in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat, as the case may be, specified in an order made by the competent minister.</p>	<p>(4) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2), selon ce que précise un arrêté pris par le ministre compétent.</p>	Application
Obligation to make order or statement	<p>(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, after consultation with every other competent minister, with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2),</p>	<p>(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, à l'égard de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) :</p>	Obligation : arrêté ou déclaration

(a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.

a) de prendre l'arrêté visé au paragraphe (4), si l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l'article 11;

b) s'il ne prend pas l'arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement.

## STANDARD OF REVIEW

[51] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to the particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

### Applicants' Arguments on Standard of Review

[52] The applicants submit that DFO's decision to rely on non-statutory instruments such as policies and ministerial discretion to provide legal protection in the Protection Statement is reviewable on a standard of correctness. Similarly, the applicants contend that the ministers' decision to limit the Protection Order to protect only geophysical parts of critical habitat requires review on a standard of correctness, since it is an error of interpretation. See, for instance, *Dunsmuir*, above, at paragraphs 124 and 128.

## LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[51] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada conclut qu'il n'est pas nécessaire de procéder systématiquement à une analyse relative à la norme de contrôle applicable. Si la jurisprudence établit bien la norme de contrôle qui s'applique à la question particulière dont le tribunal de contrôle est saisi, c'est cette norme-là que ce dernier peut adopter. Ce n'est que dans les cas où cette recherche est vaine que le tribunal de contrôle doit entreprendre un examen des quatre facteurs que comporte l'analyse relative à la norme de contrôle.

### Les arguments des demandeurs au sujet de la norme de contrôle applicable

[52] Les demandeurs soutiennent que la décision du MPO de se fonder sur des instruments non réglementaires, tels que des politiques et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale, dans l'Énoncé sur la protection est susceptible de contrôle selon la décision correcte. Dans le même ordre d'idées, ils sont d'avis que la décision prise par les ministres de limiter l'Arrêté de protection aux éléments géophysiques de l'habitat essentiel doit être contrôlée selon la décision correcte, car il s'agit d'une erreur d'interprétation. Voir, par exemple, l'arrêt *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 124 et 128.

[53] The applicants offer the following analysis to determine the appropriate standard of review based on the factors enumerated in *Dunsmuir*, above. First, the Act contains no privative clause, which demonstrates that Parliament did not intend to insulate decisions made under the Act from judicial review.

[54] Second, the purpose of the Act is to prevent at-risk species from becoming extinct and to facilitate their survival, and section 58 of the Act is integral to achieving the Act's objectives.

[55] Third, the questions at issue involve statutory interpretation. As such, they are clearly more within the expertise of the Court than that of government bureaucrats. The Act is not a home statute to the respondents. Moreover, DFO did not consult its Recovery Team experts about either the Protection Statement or the Protection Order. As such, the applicants submit that it would be absurd to award deference to either decision on the basis of expertise.

[56] Finally, this question involves issues of law and jurisdiction. Accordingly, a standard of correctness ought to apply. In recent judicial review applications under the Act, the nature of the question has been a heavily weighed factor in determining the appropriate standard of review. See, for example, *Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment)*, 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81 (*Alberta Wilderness Association*), at paragraphs 40–46; and *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161 (*Environmental Defence*), at paragraphs 31 and 44. Based on the above factors, the applicants contend that correctness is the appropriate standard of review.

[53] Les demandeurs offrent l'analyse suivante pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer, d'après les facteurs énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité. Premièrement, la Loi ne comporte aucune clause privative, ce qui montre que le législateur n'entendait pas soustraire au contrôle judiciaire les décisions prises en vertu de la Loi.

[54] Deuxièmement, la Loi a pour objet d'éviter que les espèces en péril disparaissent et de faciliter leur survie, et l'article 58 de la Loi est essentiel à la réalisation des objectifs de cette dernière.

[55] Troisièmement, les questions en litige mettent en cause l'interprétation de textes légaux. Cela étant, ces questions relèvent nettement plus de l'expertise de la Cour que de celle de bureaucrates gouvernementaux. La Loi n'est pas une loi constitutive pour les défendeurs. En outre, le MPO n'a pas consulté les experts de son Équipe de rétablissement à propos de l'Énoncé sur la protection ou de l'Arrêté de protection. Les demandeurs font donc valoir qu'il serait absurde de faire preuve de retenue à l'égard de l'une ou l'autre de ces décisions en se fondant sur le facteur de l'expertise.

[56] Enfin, cette question concerne des questions de droit et de compétence. C'est donc la décision correcte qu'il convient d'appliquer comme norme. Dans des demandes de contrôle judiciaire récemment présentées sous le régime de la Loi, la nature de la question en litige a été un facteur qui a eu un poids considérable pour ce qui est de déterminer la norme de contrôle appropriée. Voir, par exemple, *Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement)*, 2009 CF 710 (*Alberta Wilderness Association*), aux paragraphes 40 à 46; ainsi qu'*Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 (*Environmental Defence*), aux paragraphes 31 et 44. Les demandeurs soutiennent qu'au vu des facteurs qui précèdent, la norme de contrôle appropriée est la décision correcte.

## Respondents' Arguments on Standard of Review

[57] The respondents submit that there is no justiciable issue for the Court to review in this case and, as such, the issue of standard of review does not arise. However, following the oral hearing of this matter in Vancouver on June 14, 2010, the Court directed the respondents to address the merits of the applicants' Protection Statement application. As part of their subsequent supplemental submissions, the respondents argue that the standard of review should be reasonableness.

## Appropriate Standard of Review

[58] I believe that the applicants are correct with regard to the appropriate standards of review for issues 2 and 4.

[59] Considering whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a protection statement that relies on policy and other non-statutory instruments is, essentially, an issue of statutory interpretation. More simply put, if the Court chooses to exercise its jurisdiction to consider the first moot application, the Court must consider whether such non-statutory instruments fulfil the requirements to provide legal protection for critical habitat, pursuant to subsection 58(5) of the Act. This is an issue of statutory interpretation that should be reviewed on a standard of correctness. See *Dunsmuir*, above.

[60] I believe that statutory interpretation is also the crux of issue 4. Consequently, correctness is also the appropriate standard for review in determining whether the ministers adhered to statutory requirements in issuing the Protection Order made pursuant to subsection 58(5) of the Act.

## Les arguments des défendeurs au sujet de la norme de contrôle applicable

[57] Les défendeurs soutiennent que, en l'espèce, il n'y a aucune question susceptible de recours judiciaire à soumettre au contrôle de la Cour et que, dans ce contexte, la question de la norme de contrôle ne se pose pas. Cependant, à la suite de l'audition de l'affaire à Vancouver, le 14 juin 2010, la Cour a ordonné aux défendeurs de traiter du bien-fondé de la demande des demandeurs relative à la déclaration de protection. Dans le cadre de leurs observations supplémentaires ultérieures, les défendeurs soutiennent que la norme de contrôle devrait être la raisonnablement.

## La norme de contrôle applicable

[58] Je crois que les demandeurs ont raison en ce qui concerne la norme de contrôle qui s'applique aux questions n<sup>os</sup> 2 et 4.

[59] La question de savoir si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en publiant une déclaration de protection qui repose sur des politiques et d'autres instruments non réglementaires est, essentiellement, une affaire d'interprétation de la Loi. Pour dire les choses plus simplement, si la Cour décide d'exercer sa compétence pour examiner la première demande, de nature théorique, elle se doit d'examiner si ces instruments non réglementaires répondent à l'obligation de protéger légalement l'habitat essentiel, aux termes du paragraphe 58(5) de la Loi. Il s'agit là d'une question d'interprétation de la Loi qu'il convient de contrôler selon la décision correcte. Voir l'arrêt *Dunsmuir*, précité.

[60] Je crois que l'interprétation est également le nœud de la question n<sup>o</sup> 4. La décision correcte est donc aussi la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer pour déterminer si les ministres se sont conformés aux exigences légales en prenant l'Arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(5) de la Loi.

## ARGUMENTS

## The Applicants

The Court should exercise its discretion to hear first moot application

[61] The applicants submit that the Court should hear and resolve all of the legal issues before it, since judicial clarification of the respondents' duty to provide legal protection for critical habitat will have significant effects on the survival of all aquatic species at risk.

[62] The first application before the Court raises an issue of statutory interpretation: whether policies, prospective laws, discretionary laws and provincial laws can be said to provide legal protection for critical habitat pursuant to section 58 of the Act. This issue was not resolved by the subsequent Protection Order issued by the respondents. The applicants contend that this issue must be decided, and declaratory relief be given to guard against future violations of section 58 of SARA.

[63] DFO's incorrect belief that section 58 protects only geospatial areas of critical habitat arises in both applications and continues to limit the scope of the Protection Order. Similar facts and legal issues are raised in both applications. Accordingly, judicial resources will be well spent in resolving the two applications simultaneously.

## Hearing a moot application

[64] *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 353 sets out a two-step test to determine if the Court should exercise its discretion to hear a moot case:

## LES ARGUMENTS DES PARTIES

## Les demandeurs

La Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la première demande de nature théorique

[61] Les demandeurs sont d'avis que la Cour devrait entendre et trancher toutes les questions de droit qui lui sont soumises, car la clarification judiciaire de l'obligation qu'ont les défendeurs de protéger légalement l'habitat essentiel aura des effets importants pour la survie de toutes les espèces aquatiques en péril.

[62] La première demande soumise à la Cour soulève une question d'interprétation de la Loi : il s'agit de savoir si l'on peut dire que des politiques et des textes de loi prospectifs, d'application facultative ou provinciaux protègent légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la Loi. Cette question n'a pas été tranchée par l'Arrêté de protection que les défendeurs ont pris par la suite. Les demandeurs soutiennent qu'il est nécessaire de trancher cette question et de rendre ensuite un jugement déclaratoire pour se prémunir contre les violations futures de l'article 58 de la LEP.

[63] La conviction inexacte du MPO selon laquelle l'article 58 ne protège que les zones géospatiales de l'habitat essentiel est présente dans les deux demandes et continue de limiter la portée de l'Arrêté de protection. Des faits et des questions de droit semblables sont soulevées dans les deux demandes. Le fait de régler simultanément les deux demandes constituera de ce fait une bonne utilisation des ressources judiciaires.

## L'audition d'une demande de nature théorique

[64] L'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), énonce, à la page 353 du recueil, un critère en deux volets qui permet de déterminer s'il convient que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour instruire une affaire de nature théorique :

1. First, has the required tangible dispute disappeared and have the issues become academic (the live controversy test)?

2. Second, if the answer to 1 is yes, should the Court exercise its discretion to hear the case even though it may have become moot?

To make its decision, the Court must consider the presence of an adversarial context, the concern for judicial economy, and the need for the Court to be sensitive to its role. See *Borowski*, above, at pages 353, 358–363.

[65] In this instance, the applicants say that the adversarial context remains present because the parties still dispute the nature and the scope of the respondents' duty under section 58 of the Act. It is important for the Court to exercise its discretion to resolve this issue because the issue might otherwise evade review. While the respondents also attempted to strike the applicants' application in *Environmental Defence*, above, the Court held in paragraph 2 of that case that "a review of the Minister's decision-making under *SARA* applied to the Nooksack Dace provides ample proof that the bringing of the present Application was absolutely necessary."

[66] In the case at hand, any legal uncertainty will have environmental costs. Failure to address fully this consolidated proceeding would risk providing less than full protection of critical habitat for vulnerable species. Moreover, this test case will have implications for all aquatic species. Endangered species do not have time to wait for DFO to "get it right". Furthermore, not every protection statement issued can be challenged in court. As such, other unlawful protection statements could easily evade judicial review.

1. Premièrement, le différend concret et tangible a-t-il disparu et les questions en litige sont-elles devenues purement théoriques (le critère du litige actuel)?

2. Deuxièmement, si la réponse à la première question est affirmative, la Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire même si celle-ci est devenue théorique?

Pour rendre sa décision, la Cour doit prendre en considération l'existence d'un débat contradictoire, le souci d'économie des ressources judiciaires et sa propre fonction véritable. Voir l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 353 et 358 à 363.

[65] En l'espèce, les demandeurs disent que le débat contradictoire est toujours présent car les parties contestent encore la nature et la portée de l'obligation que l'article 58 de la Loi impose aux défendeurs. Il est important que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour trancher cette question parce que, sans cela, cette dernière échapperait au contrôle judiciaire. Les défendeurs ont également tenté de faire radier la demande des demandeurs dans la décision *Environmental Defence*, précitée, mais dans cette dernière, au paragraphe 2, la Cour a conclu qu'« un examen du processus décisionnel du ministre dans le cadre de la LEP mis en application pour le naseux de Nooksack démontre amplement qu'il était absolument nécessaire de saisir la Cour de la présente demande ».

[66] Dans la présente affaire, toute incertitude juridique aura un prix sur le plan environnemental. Le fait de ne pas examiner en détail la présente instance, qui résulte d'une jonction d'instances, risque d'assurer moins qu'une protection complète de l'habitat essentiel d'es-pèces vulnérables. En outre, la présente cause aura, comme cause type, des répercussions pour toutes les espèces aquatiques. Les espèces en voie de disparition n'ont pas le temps d'attendre que le MPO [TRADUCTION] « fasse bien les choses ». De plus, ce ne sont pas toutes les déclarations de protection qui peuvent être contestées devant un tribunal et, dans ce contexte, d'autres déclarations de protection illégales pourraient facilement échapper à un contrôle judiciaire.

[67] Although the dispute in the Protection Statement application is technically moot, the remaining issue is squarely within the Court's function. Because the Protection Statement application raises facts and issues that overlap with the Protection Order application, it is efficient to resolve both applications together.

[68] If the Protection Statement application is not resolved, it may immunize from judicial scrutiny DFO's approach to protection statements. Furthermore, if the issue remains unresolved, the respondents will continue to rely on non-binding policies, prospective laws and discretionary laws that do not legally protect critical habitat. Clearly, the public interest will be served by providing judicial guidance on the nature and scope of the respondents' duty under section 58 of the Act.

#### Minister's duty

[69] The applicants submit that section 58 imposes on both respondent ministers a duty to provide legal protection against destruction for all components of a species' critical habitat. Justice Campbell in paragraphs 4, 45–46 and 58 of *Environmental Defence*, above, determined that critical habitat encompasses not only a defined geographic area but also a set of essential components. The applicants contend that, in the context of the Act, the destruction of critical habitat includes the destruction of the features and components of that habitat.

#### Recovery Strategy

[70] The Federal Court has held that it is mandatory to identify critical habitat in a recovery strategy; it is the Minister's duty to identify both the location and components of critical habitat. See *Alberta Wilderness Association*, above, at paragraphs 24–25 and *Environmental Defence*, above, at paragraph 61.

[67] Même si le différend dont il est question dans la demande relative à la déclaration de protection est techniquement théorique, la question qui subsiste relève clairement de la fonction de la Cour. Comme cette demande fait état de faits et de questions qui recourent ceux dont il est question dans la demande relative à l'arrêté de protection, il est économique de régler les deux demandes ensemble.

[68] Si la demande relative à la déclaration de protection n'est pas réglée, cela pourrait mettre à l'abri de tout contrôle judiciaire l'approche que suit le MPO à l'égard des déclarations de protection. En outre, si la question demeure non réglée, les défendeurs continueront de se fonder sur des politiques et des textes de loi prospectifs et d'application facultatives qui ne protègent pas légalement l'habitat essentiel. On servira manifestement l'intérêt public en formulant des directives judiciaires sur la nature et la portée de l'obligation qu'impose l'article 58 de la Loi aux défendeurs.

#### L'obligation des ministres

[69] Selon les demandeurs, l'article 58 impose aux deux ministres défendeurs l'obligation d'assurer une protection légale contre la destruction de tout élément de l'habitat essentiel d'une espèce. Aux paragraphes 4, 45, 46 et 58 de la décision *Environmental Defence*, précitée, le juge Campbell a décidé que l'habitat essentiel englobe non seulement une zone géographique définie, mais aussi une série d'éléments essentiels. Les demandeurs soutiennent que, dans le contexte de la Loi, la destruction de l'habitat essentiel inclut la destruction des caractéristiques et des éléments de cet habitat.

#### Le Programme de rétablissement

[70] La Cour fédérale a conclu qu'il est obligatoire de désigner l'habitat essentiel dans un programme de rétablissement; il incombe au ministre de désigner à la fois l'emplacement et les éléments de l'habitat essentiel. Voir la décision *Alberta Wilderness Association*, précitée, aux paragraphes 24 et 25, ainsi que la décision *Environmental Defence*, précitée, au paragraphe 61.



[71] In the instant case, the Recovery Strategy identifies critical habitat as including areas in coastal waters where the resident killer whales concentrate to feed on salmon. The presence and availability of salmon is a feature of this critical habitat. The Recovery Strategy also identifies key threats to components of the critical habitat, including reduced availability of prey, environmental contaminants, and physical and acoustic disturbance. It is important that any measure taken under the Act fully and adequately addresses each of these components.

#### Protection Statement

Protection Statement is unlawful

[72] The applicants submit that the Protection Statement made by the Minister of Fisheries and Oceans is unlawful because it relies on non-statutory instruments, provincial laws, prospective laws and discretionary laws to protect critical habitat.

[73] The applicants contend that a provision contained in a protection statement issued under paragraph 58(5)(b) must meet the following criteria:

- a. It must be a legal provision;
- b. It must be a federal law (with the exception of section 11 conservation agreements);
- c. The legal protection relied on must be in force at the time the protection statement is issued;
- d. Because the legal protection acts as a substitute for the prohibition in subsection 58(1) of SARA, it must be a mandatory and enforceable prohibition;
- e. The legal provisions must protect all components of the critical habitat.

[71] En l'espèce, le Programme de rétablissement précise que l'habitat essentiel englobe les zones situées dans les eaux côtières où se concentrent les épaulards résidents pour se nourrir de saumon. La présence et la disponibilité du saumon sont une caractéristique de cet habitat essentiel. Le Programme de rétablissement énonce également les principales menaces aux éléments de l'habitat essentiel, dont la disponibilité réduite des proies, les contaminants environnementaux ainsi que les perturbations physiques et acoustiques. Il est important que toute mesure prise en vertu de la Loi traite intégralement et convenablement de chacun de ces éléments.

#### L'Énoncé sur la protection

L'Énoncé sur la protection est illégal

[72] Les demandeurs soutiennent que l'Énoncé sur la protection que le ministre des Pêches et des Océans a établi est illégal parce qu'il repose sur des instruments non réglementaires, des lois provinciales, des lois de nature prospective et des lois d'application facultative pour protéger l'habitat essentiel.

[73] Les demandeurs sont d'avis qu'une disposition contenue dans une déclaration de protection publiée en vertu de l'alinéa 58(5)b) doit répondre aux critères suivants :

- a. il doit s'agir d'une disposition d'une loi;
- b. il doit s'agir d'une loi fédérale (à l'exception des accords de conservation visés à l'article 11);
- c. la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est publiée;
- d. comme la protection légale tient lieu de substitut à l'interdiction mentionnée au paragraphe 58(1) de la LEP, il doit s'agir d'une interdiction impérative et exécutoire;
- e. les dispositions légales doivent protéger tous les éléments de l'habitat essentiel.

[74] Within the statutory scheme of the Act, a protection statement can act as a substitute for a protection order. As such, the provisions cited within a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as would the provisions of a protection order.

[75] Parliament clearly intended that habitat protection be mandatory and meaningful and did not leave it to ministers to choose whether or not to protect critical habitat. In the first reading of Bill C-5, section 58 was weaker and offered more discretion: see Bill C-5, *An Act respecting the protection of wildlife species at risk in Canada*, 1st session, 37th Parliament (1st reading, 2 February 2001). However, some Parliamentarians objected to this discretion and pushed for mandatory protection of critical habitat. Consequently, amendments were proposed to strengthen protection for critical habitat, and these are reflected in section 58 in its current form.

[76] For a protection statement to act as a substitute for the mandatory enforceable legal protection of a protection order, the legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable. However, the Protection Statement issued by the Minister in the present case cites numerous non-statutory instruments, including:

- a. code of conduct and outreach initiatives;
- b. whale-watching guidelines;
- c. statement of practice regarding the mitigation of seismic sound in the marine environment;
- d. sensitive benthic areas policy;
- e. wild salmon policy;
- f. integrated fisheries management plans; and

[74] Au sein du régime de la Loi, une déclaration de protection peut tenir lieu de substitut à un arrêté de protection. Cela étant, les dispositions qui sont citées dans une déclaration de protection visent à procurer à un habitat essentiel la même protection que le feraient les dispositions d'un arrêté de protection.

[75] Le Parlement a clairement envisagé que la protection de l'habitat soit une question impérative et sérieuse et n'a pas laissé aux ministres le soin de décider s'il convient de protéger ou non les habitats essentiels. À la première lecture du projet de loi C-5, l'article 58 était d'une portée plus faible et laissait plus de place au pouvoir discrétionnaire : voir le projet de loi C-5, intitulé *Loi concernant la protection des espèces sauvages en péril au Canada*, 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (1<sup>re</sup> lecture, 2 février 2001). Cependant, un certain nombre de parlementaires se sont opposés à ce pouvoir discrétionnaire et ont fait pression pour que la protection de l'habitat essentiel soit impérative. Des amendements ont donc été proposés en vue d'affermir la protection de l'habitat essentiel, et ils se reflètent dans la version actuellement en vigueur de l'article 58.

[76] Pour qu'une déclaration de protection tienne lieu de substitut à la protection légale impérative et exécutoire d'un arrêté de protection, il faut que les dispositions légales qui y sont citées soient elles aussi impératives et exécutoires. Cependant, l'Énoncé sur la protection que le ministre a publié en l'espèce cite de nombreux instruments non réglementaires, dont les suivants :

- a. des initiatives en matière de code de conduite et de sensibilisation;
- b. des lignes directrices sur l'observation des baleines;
- c. un énoncé des pratiques d'atténuation des ondes sismiques en milieu marin;
- d. une politique concernant les zones benthiques vulnérables;
- e. une politique concernant le saumon sauvage;
- f. des plans de gestion intégrée des pêches;

g. military sonar protocols.

These instruments are not laws that legally protect critical habitat from destruction; rather, they are policies, which cannot bind the Minister and do not compel behaviour. See *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1 (*Ahousaht Indian Band*), at paragraph 752; and *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91 (*Arsenault*), at paragraphs 33, 38, 43, leave to appeal to the S.C.C. requested.

[77] In a few rare cases a guideline or a policy has been given legal effect by a court. However, in these instances the enabling statute mandated the issuance of the policy, making it a mandatory policy. Furthermore, a prohibition attaches for failure to follow such a policy. See, for example, *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 (*Oldman River*), at pages 33, 35–36; and *Glowinski v. Canada (Treasury Board)*, 2006 FC 78, 286 F.T.R. 217 (*Glowinski*), at paragraphs 40 and 43. This is not the case with the policies listed in the Protection Statement under review in this application. At the time the Protection Statement was issued, some of the policies it cited were not yet finalized or implemented. Moreover, some of the policies are simply not applicable to the resident killer whales' critical habitat.

[78] The applicants submit that a protection statement also cannot cite prospective laws, since provisions that rely on the prospective exercise of legislative authority cannot, and do not, legally protect until that authority is exercised. This finding has been upheld by the U.S. Federal Court in *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009) (*Greater Yellowstone Coalition*), at page 1116 in which the Court held that “[p]romises of future, speculative action are not existing regulatory mechanisms.” In the present case, the Protection Statement erroneously relies on speculative or future regulatory action to protect critical habitat under subsection 58(5) of SARA.

g. des protocoles concernant les sonars militaires.

Ces instruments ne sont pas des lois qui protègent légalement l'habitat essentiel contre sa destruction; il s'agit plutôt de politiques, qui ne peuvent pas lier le ministre et qui n'obligent pas à se comporter d'une certaine façon. Voir *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1 (*Ahousaht Indian Band*), au paragraphe 752; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 300 (*Arsenault*), aux paragraphes 33, 38 et 43, autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. demandée.

[77] Dans de rares cas, un tribunal donne force de loi à une ligne directrice ou à une politique. Cependant, dans ces cas, c'est la loi habilitante qui prescrit l'établissement de la politique, ce qui en fait une politique impérative. Par ailleurs, il y a une interdiction qui prend effet si l'on ne se conforme pas à cette politique. Voir, par exemple, l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 (*Oldman River*), aux pages 33, 35 et 37; ainsi que la décision *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78 (*Glowinski*), aux paragraphes 40 et 43. Cela n'est pas le cas des politiques énumérées dans l'Énoncé sur la protection qui fait l'objet d'un contrôle en l'espèce. Au moment où l'Énoncé sur la protection a été fait, certaines des politiques qu'il citait n'avaient pas encore été mises au point ou mises en œuvre. De plus, certaines d'entre elles ne s'appliquent tout simplement pas à l'habitat essentiel des épaulards résidents.

[78] Au dire des demandeurs, une déclaration de protection ne peut pas non plus citer des lois de nature prospective, car les dispositions qui se fondent sur l'exercice prospectif de pouvoirs législatifs ne peuvent pas assurer une protection légale avant que ces pouvoirs eux-mêmes soient exercés. Il s'agit là d'une conclusion qu'a confirmée la Cour fédérale des États-Unis dans la décision *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009) (*Greater Yellowstone Coalition*), à la page 1116, et dans laquelle il a été conclu que [TRADUCTION] « [I]es promesses d'une intervention hypothétique future ne sont pas des mécanismes réglementaires existants. » En

[79] The legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable. While the prohibition in subsection 58(1) is engaged by a protection order, so too are sections 73 [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23] and 74, which limit the Minister's ability to issue any permit that will affect critical habitat. Indeed, the Act provides that no permits can be issued that could jeopardize the survival and recovery of the species.

[80] Furthermore, the provisions cited in the Protection Statement grant a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including those that would destroy critical habitat. Discretionary protection does not legally protect critical habitat from destruction, since it is neither mandatory nor enforceable.

[81] The Protection Statement also listed the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA) and provincial laws as providing protection to the population in question. Each of these are addressed as follows, by the applicants.

#### *Fisheries Act*

[82] The applicants say that a proper evaluation of whether the Protection Statement meets the legal standard required pursuant to section 58 of SARA demands a comparison between the legal provisions that the Statement cites and the protection provided by SARA. The applicants submit that there is a clear difference between the legal protection afforded critical habitat under subsection 58(1) of SARA and the broad discretion under the *Fisheries Act*.

l'espèce, la déclaration de protection se fonde à tort sur des interventions réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l'habitat essentiel en vertu du paragraphe 58(5) de la LEP.

[79] Les dispositions légales citées dans une déclaration de protection doivent être impératives et exécutoires. Même si l'interdiction prononcée au paragraphe 58(1) est déclenchée par un arrêté de protection, c'est le cas aussi des articles 73 [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23] et 74, qui restreignent la capacité qu'a le ministre de délivrer un permis touchant un habitat essentiel. En fait, la Loi dispose qu'aucun permis ne peut être délivré qui mettrait en péril la survie et le rétablissement de l'espèce.

[80] De plus, les dispositions citées dans l'Énoncé sur la protection confèrent le pouvoir discrétionnaire vaste et non structuré d'autoriser des activités dommageables, y compris celles qui détruiraient l'habitat essentiel. Une protection discrétionnaire ne protège pas légalement l'habitat essentiel contre sa destruction, car elle n'est ni impérative ni exécutoire.

[81] L'Énoncé sur la protection énumérait également la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE) de même que diverses lois provinciales, qui protègent la population en question. Chacune de ces lois sont analysées comme suit, par les demandeurs.

#### *La Loi sur les pêches*

[82] Selon les demandeurs, une évaluation appropriée de la question de savoir si l'Énoncé sur la protection satisfait à la norme juridique requise en vertu de l'article 58 de la LEP oblige à faire une comparaison entre les dispositions légales que cite l'Énoncé et la protection qu'assure la LEP. Il y a une nette différence, ajoutent-ils, entre la protection juridique que le paragraphe 58(1) de la LEP confère à l'habitat essentiel et le vaste pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les pêches*.

[83] While the *Fisheries Act* and its associated regulations are designed to protect critical habitat, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* is highly discretionary. Furthermore, this discretion is not limited by policy or plans. See, for example, *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.) (*Carpenter Fishing Corp.*), at paragraphs 35 and 37 and *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752.

[84] The applicants draw particular attention to sections 35 and 36 of the *Fisheries Act*, which allow DFO a much broader discretion to authorize habitat destruction than is allowed under SARA. See, for example, Janice Walton, *Blakes' Canadian Law of Endangered Species* (Toronto: Carswell, 2007), at pages 2-31 to 2-33. Indeed, sections 35 and 36 of the *Fisheries Act* prohibit only unauthorized destruction of fish habitat, while SARA prohibits any destruction of critical habitat. According to the applicants:

SARA's permitting provisions limit activities that could affect critical habitat and preclude authorization of any activity that could jeopardize survival and recovery of the species. The s. 58(1) prohibition against destruction of critical habitat applies to all critical habitat and against any activity that might destroy it.

[85] While it is possible to use the *Fisheries Act* to provide legal protection for critical habitat, the applicants contend that no such action has been taken. As such, the applicants contend that, absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* cannot lawfully substitute for an order under SARA.

*Canadian Environmental Assessment Act*

[86] The Protection Statement also relies on the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA) to

[83] La *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application sont conçus pour protéger l'habitat essentiel, mais le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* est de nature hautement discrétionnaire. En outre, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas restreint par des politiques ou par des plans. Voir, par exemple, l'arrêt *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.) (*Carpenter Fishing Corp.*), aux paragraphes 35 et 37, et la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752.

[84] Les demandeurs attirent l'attention sur les articles 35 et 36 de la *Loi sur les pêches*, qui confèrent au MPO, pour ce qui est d'autoriser la destruction d'un habitat, un pouvoir discrétionnaire nettement plus vaste que ce que permet la LEP. Voir, par exemple, Janice Walton, *Blakes' Canadian Law of Endangered Species* (Toronto : Carswell, 2007), aux pages 2-31 à 2-33. En fait, ces deux articles de la *Loi sur les pêches* n'interdisent que la destruction non autorisée de l'habitat du poisson, tandis que la LEP interdit toute destruction de l'habitat essentiel. Selon les demandeurs :

[TRADUCTION] Les dispositions en matière de délivrance de permis de la LEP limitent les activités qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'habitat essentiel et empêchent d'autoriser toute activité qui pourrait mettre en péril la survie et le rétablissement de l'espèce. L'interdiction du paragraphe 58(1) relative à la destruction de l'habitat essentiel s'applique à tous les habitats essentiels et vise n'importe quelle activité qui pourrait les détruire.

[85] Les demandeurs soutiennent que, même s'il est possible de recourir à la *Loi sur les pêches* pour protéger légalement l'habitat essentiel, aucune mesure de ce genre n'a été prise. Les demandeurs soutiennent donc qu'à défaut d'une disposition réglementaire précise qui protège l'habitat essentiel, la *Loi sur les pêches* ne peut se substituer légalement à un arrêté pris en vertu de la LEP.

*La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

[86] L'Énoncé sur la protection se fonde également sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

provide legal protection for critical habitat. However, the CEAA is largely a procedural statute that sets out a series of steps to be taken before projects may proceed at the discretion of the Minister. Consequently, the CEAA does not prohibit approval of environmentally destructive projects.

Provincial laws are not laws of Parliament

[87] Section 58 of the Act requires that critical habitat be protected under an “Act of Parliament”, or, in the alternative, under a section 11 conservation agreement. As such, provincial laws and municipal laws should not be cited in a protection statement.

Protection Statement fails to protect all components

[88] The Protection Statement is unlawful because it provides legal protection for only certain elements or components of critical habitat. In so doing, it fails to address the most significant threats to critical habitat, including reduction in the availability of prey, toxic contamination, and physical and acoustic disturbance.

[89] The first part of the Protection Statement purports to protect the “geospatial and geophysical attributes” of the critical habitat against threats from industrial activity, destructive fishing gear and vessel anchors. According to the Recovery Strategy, these threats are not the most significant to critical habitat, and yet they are the only activities for which the Protection Statement cites the legislation, regulations and/or policies to be used to protect the critical habitat.

[90] The second part of the Protection Statement addresses degradation of the acoustic environment, degradation of marine environmental quality and declining availability of prey. It attempts to address these

(LCEE) pour protéger légalement l’habitat essentiel. Cependant, la LCEE est essentiellement une loi de nature procédurale qui énonce une série de mesures à prendre avant qu’un projet puisse être mis à exécution à la discrétion du ministre. De ce fait, elle n’interdit pas d’approuver les projets destructeurs sur le plan environnemental.

Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales

[87] L’article 58 de la Loi exige que l’habitat essentiel soit protégé par les dispositions d’une « loi fédérale » ou, subsidiairement, par un accord de conservation visé à l’article 11. Cela étant, il ne convient pas de citer des lois provinciales et des règlements municipaux dans une déclaration de protection.

L’Énoncé sur la protection ne protège pas tous les éléments

[88] L’Énoncé sur la protection est illégal parce qu’il ne protège légalement que certains éléments de l’habitat essentiel. Ce faisant, il omet de traiter des menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel, dont la disponibilité réduite de proies, la contamination toxique et les perturbations physiques et acoustiques.

[89] La première partie de l’Énoncé sur la protection vise à protéger les « attributs géospatiaux et géophysiques » de l’habitat essentiel (appelé « habitat critique » dans l’Énoncé) contre les menaces que représentent les activités industrielles, les engins de pêche destructeurs et les ancres des navires. Selon le Programme de rétablissement, ces menaces ne sont pas les plus sérieuses pour l’habitat essentiel et, pourtant, il s’agit des seules activités pour lesquelles la déclaration de protection cite les lois, les règlements ou les politiques à appliquer en vue de protéger l’habitat essentiel.

[90] La seconde partie de l’Énoncé sur la protection traite de la dégradation de l’environnement acoustique, de la dégradation de la qualité de l’environnement marin et de la disponibilité réduite de proies. Elle tente de

issues by listing tools that are, according to the Protection Statement, “available to manage and mitigate threats to [ecosystem] functions”. The applicants submit that the division between the first and second parts of the Protection Statement reflects the unlawful policy distinction, which recognizes DFO’s duty to protect geophysical components but ignores its duty to protect biological components of critical habitat.

#### Protection Order

[91] The applicants say that in creating a limited protection order that includes geophysical areas of critical habitat but excludes identified components of the critical habitat, the respondent ministers have implemented an unlawful policy and thereby have failed to respond to a duty assigned them by statute. See, for example, *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735.

[92] The Federal Court determined in *Environmental Defence*, above, that such policies are unlawful. Accordingly, the Court ought to confirm that section 58 of the Act requires legal protection of all components of critical habitat.

#### Interpretation of Section 58

##### Bilingual interpretation

[93] The applicants contend that the proper interpretation of section 58 of the Act obliges the respondents to ensure legal protection of all of the components of critical habitat. This interpretation is supported by numerous grounds, including a plain language examination of that section as well as the French version of section 58 and the case of *Environmental Defence*, above.

[94] The creation of a protection order under subsections 58(4) and (5) triggers the subsection 58(1)

régler ces problèmes en énumérant des instruments qui, selon le texte de la déclaration, sont « [disponibles] pour gérer et atténuer les menace[s] aux diverses fonctions [écosystémiques] ». Les demandeurs soutiennent que la division entre la première et la seconde partie de l’Énoncé sur la protection reflète la distinction de principe illégale, qui reconnaît l’obligation qu’a le MPO de protéger les éléments géophysiques de l’habitat essentiel mais fait abstraction de celle d’en protéger les éléments biologiques.

#### L’Arrêté de protection

[91] Les demandeurs disent qu’en créant un arrêté de protection restreint, qui inclut les aires géophysiques de l’habitat essentiel mais exclut les éléments désignés de cet habitat, les ministres défendeurs ont mis en œuvre une politique illégale et ne s’acquittent donc pas d’une obligation que leur impose la loi. Voir, par exemple, *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[92] La Cour fédérale a établi, dans la décision *Environmental Defence*, précitée, que les politiques de cette nature sont illégales. De ce fait, la Cour devrait confirmer que l’article 58 de la Loi exige que tous les éléments de l’habitat essentiel soient protégés légalement.

#### L’interprétation de l’article 58

##### L’interprétation bilingue

[93] Les demandeurs sont d’avis que l’interprétation appropriée de l’article 58 de la Loi oblige les défendeurs à protéger légalement tous les éléments de l’habitat essentiel. Cette interprétation est étayée par de nombreux motifs, dont un examen du simple libellé de cette disposition, la version française de l’article 58 et la décision *Environmental Defence*, précitée.

[94] La création d’un arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(4) et (5) déclenche l’interdiction

prohibition against the destruction of critical habitat. The applicants contend that the proper construction of the phrase “any part of the critical habitat” in subsection 58(1) includes any *component* of the critical habitat, since it is the combination of each component that makes up the critical habitat as a whole.

[95] In this case, the resident killer whales’ critical habitat consists of prey availability, unpolluted water and a quiet environment. Indeed, the Recovery Strategy and other government publications note that these habitat components are necessary for the survival of the species.

[96] The term “part” in subsection 58(1) may be interpreted to mean “component”. See, for example, *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 10th ed., s.v. “component” [Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998]. Moreover, section 58 uses the word “part” differently from the way it uses the word “portion.” According to the applicants, where Parliament intends to refer to a geospatial portion of critical habitat—so as to denote a sub-area—it refers to a “portion of the critical habitat”: see subsections 58(2) to (4). However, Parliament uses the word “part” in subsection 58(1) to refer to a constituent element or component.

[97] Furthermore, the French version of section 58 of the Act requires legal protection of all *components* of critical habitat. Accordingly, a bilingual interpretation of section 58 demonstrates that the respondents’ duty includes the protection of all components of the habitat. According to the Supreme Court of Canada in *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraph 28:

We must determine whether there is an ambiguity, that is, whether one of both versions of the statute are “reasonably capable of more than one meaning”.... If there is an ambiguity in one version but not the other, the two versions must be reconciled, that is, we must look for the meaning that is

de détruire l’habitat essentiel prescrite par le paragraphe 58(1). Les demandeurs soutiennent que l’interprétation appropriée des mots « *any part of the critical habitat* », dans la version anglaise du paragraphe 58(1), englobe n’importe quel *component* de l’habitat essentiel, puisque c’est la combinaison de chaque *component* qui forme l’habitat essentiel dans son ensemble.

[95] En l’espèce, l’habitat essentiel des épaulards résidents se compose de la disponibilité de proies, d’eaux non polluées et d’un environnement tranquille. En fait, le Programme de rétablissement et d’autres publications gouvernementales signalent que ces *components* de l’habitat sont nécessaires à la survie de l’espèce.

[96] Le mot « *part* », dans la version anglaise du paragraphe 58(1), peut être interprété comme signifiant « *component* » (ou « élément », comme dans la version française de cette disposition). Voir, par exemple, le *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 10<sup>e</sup> éd., s.v. « *component* » [Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 1998]. En outre, l’article 58 utilise le mot « *part* » différemment de la façon dont il emploie le mot « *portion* » (en français : « partie »). Au dire des demandeurs, lorsque le législateur entend désigner une partie géospatiale de l’habitat essentiel — de façon à dénoter une sous-zone — il mentionne une « *portion of the critical habitat* » (en français : « partie de [l’habitat essentiel] ») : voir les paragraphes 58(2) à (4). Cependant, le législateur emploie le mot « *part* » au paragraphe 58(1) pour désigner un élément constitutif.

[97] De plus, la version française de l’article 58 de la Loi exige que l’on protège légalement tous les éléments de l’habitat essentiel. De ce fait, une interprétation bilingue de l’article 58 montre que l’obligation des défendeurs englobe la protection de tous les éléments de l’habitat. Selon la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, au paragraphe 28 :

Il faut vérifier s’il y a ambiguïté, c’est-à-dire si une ou les deux versions de la loi sont « raisonnablement susceptible[s] de donner lieu à plus d’une interprétation » [...] S’il y a ambiguïté dans une version de la disposition et pas dans l’autre, il faut tenter de concilier les deux versions, c’est-à-dire chercher



common to both versions.... The common meaning is the version that is plain and not ambiguous.... [Citations omitted.]

[98] When this approach is applied to the interpretation of subsection 58(1) of SARA it becomes clear that the common meaning between both versions is a prohibition against the destruction of the *components* of critical habitat. While the English version of the Act states that no person shall destroy any part of the critical habitat, the French version states that “*il est interdit de détruire un élément de l’habitat essentiel*”. “*Élément*” is defined in *Le Nouveau Petit Robert*, 2002 [Paris: Dictionnaires Le Robert] as “*Partie constitutive d’une chose. 1 ♦ Chacune des choses dont la combinaison, la réunion forme une autre chose.*” Furthermore, in a leading French-English dictionary, “*élément*” is translated to mean “component.” See *Le Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4th ed. [Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995], and *Collins Robert French Dictionary*, 7th ed., s.v. “*élément*” [New York: HarperCollins, 2005].

[99] Although “part” may be capable of being construed in more than one way within subsection 58(1), “*élément*” is not; rather, “*un élément*” refers to one of the number of constituent parts or components that, in combination, form a whole.

[100] This interpretation is further supported by the broad structure of section 58. The French version of section 58 of the Act uses the term “*partie*” rather than “*élément*” to make reference to a sub-area or portion of critical habitat. In subsections 58(2) to (4), the word “*partie*” is consistently used as the French counterpart to the English word “portion”.

[101] It becomes clear in applying bilingual interpretation principles that the common meaning of “any part” and “*un élément*” includes all integral components of a species’ critical habitat.

le sens qui est commun aux deux versions [...] Le sens commun favorisera la version qui n’est pas ambiguë, la version qui est claire [...] [Citations omises.]

[98] Si l’on applique cette approche à l’interprétation du paragraphe 58(1) de la LEP, il devient évident que le sens qu’ont en commun les deux versions est une interdiction de détruire les *components* de l’habitat essentiel. La version anglaise de la Loi dit : « *no person shall destroy any part of the critical habitat* », mais la version française dit ceci : « il est interdit de détruire un élément de l’habitat essentiel ». Le mot « élément » est défini dans l’édition 2002 de *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert] comme suit : « Partie constitutive d’une chose. 1 ♦ Chacune des choses dont la combinaison, la réunion forme une autre chose. » En outre, dans un important dictionnaire français-anglais, le mot « élément » est traduit par le mot « *component* ». Voir *Le Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4<sup>e</sup> éd. [Paris : Dictionnaires Le Robert, 1995], et le *Collins Robert French Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd., s.v. « élément » [New York : HarperCollins, 2005].

[99] Même si le mot anglais « *part* » peut être interprété de plus d’une façon au sein du paragraphe 58(1), ce n’est pas le cas du mot français « élément »; « un élément » désigne plutôt l’une des diverses parties constitutives qui, en combinaison, forment un tout.

[100] Cette interprétation est de plus étayée par la structure générale de l’article 58, dont la version française emploie le mot « *partie* » plutôt qu’« élément » pour faire référence à une sous-zone ou une portion de l’habitat essentiel. Aux paragraphes 58(2) à (4), le mot « *partie* » est systématiquement utilisé comme équivalent français du mot anglais « *portion* ».

[101] Il devient évident, quand on applique les principes de l’interprétation bilingue, que le sens ordinaire des mots « *any part* » et « un élément » inclut tous les « *components* » intégrants de l’habitat essentiel d’une espèce.

The case of *Environmental Defence*

[102] The applicants submit that section 58 of the Act must be given a purposive interpretation that ensures meaningful legal protection, as occurred with paragraph 41(1)(c) of SARA in *Environmental Defence*, above. Justice Campbell held in *Environmental Defence* that critical habitat is not just a geospatial area. Rather, Justice Campbell determined at paragraphs 57–66 that when identifying a species' critical habitat, the Minister must identify both the location of the habitat as well as its essential attributes or features. Identification of the components of critical habitat is undertaken to ensure that these components are later legally protected under the Act.

[103] At paragraph 53 of *Environmental Defence*, Justice Campbell examined the relationship between the identified components of critical habitat and its geospatial coordinates:

Except perhaps by nuclear Armageddon, one cannot destroy a place in its entirety. Nor can one destroy a set of geospatial co-ordinates. Rather, the destruction of critical habitat involves destruction of the *components* of that habitat. Put concretely, to destroy a spotted owl's habitat involves clear-cutting the old-growth forest it relies on for food and protection from predators. To destroy an endangered frog's habitat may involve filling and paving a wetland and placing a shopping mall atop it. To destroy the Nooksack Dace's habitat could involve removal of riparian vegetation, which the dace rely on to regulate temperature, erosion, and pollution; or removing water from the streambed. Clear-cutting trees, filling wetlands and draining streams does not destroy the location; rather, it destroys the *features* and *components* that were relied on by endangered species.

[104] Moreover, in making his decision, Justice Campbell considered the *Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24 (entered into force 29 December 1993) and determined that critical habitat should be interpreted to include both its physical and biological features so as not to put Canada

La décision *Environmental Defence*

[102] Les demandeurs soutiennent qu'il convient d'interpréter l'article 58 de la Loi d'une manière téléologique qui assure une protection légale sérieuse, comme c'est le cas avec l'alinéa 41(1)c) de la LEP, dans la décision *Environmental Defence*, précitée. Le juge Campbell a conclu, dans cette décision-là, que l'habitat essentiel n'est pas seulement une zone géospatiale. Il a plutôt décidé, aux paragraphes 57 à 66, que, lorsqu'il est question de désigner l'habitat essentiel d'une espèce, le ministre doit désigner à la fois l'emplacement de l'habitat et ses caractéristiques ou attributs essentiels. La désignation des éléments constitutifs de l'habitat essentiel (« *its components* ») a pour but de garantir que ces éléments sont plus tard légalement protégés en vertu de la Loi.

[103] Au paragraphe 53 de la décision *Environmental Defence*, le juge Campbell examine la relation qui existe entre les éléments constitutifs désignés de l'habitat essentiel et ses coordonnées géospatiales :

Si ce n'est peut-être d'un cataclysme nucléaire, il est impossible de détruire un lieu dans son entièreté. Tout comme il est impossible de détruire un ensemble de coordonnées géospatiales. La destruction d'un habitat essentiel est plutôt le résultat de la destruction de ses *éléments constitutifs*. Ainsi, la destruction de l'habitat de la chouette tachetée implique la coupe rase de la forêt ancienne dont elle dépend pour son alimentation et pour la protection contre les prédateurs. La destruction de l'habitat d'une grenouille peut être causée par l'assèchement et le remblayage d'une zone humide afin d'y ériger un centre commercial. Dans le même ordre d'idées, une façon de détruire l'habitat du naseux de Nooksack consisterait à éliminer la végétation rivulaire qui régule la température et prévient l'érosion et la pollution du milieu dont le naseux dépend ou encore à assécher le lit de ses ruisseaux. La coupe rase d'arbres, le remblayage des zones humides et l'assèchement des ruisseaux ne détruisent pas le lieu : ces pratiques détruisent plutôt les *caractéristiques* et les *éléments constitutifs* dont dépendait une espèce en voie de disparition.

[104] De plus, pour rendre sa décision, le juge Campbell a pris en considération la *Convention sur la diversité biologique*, datée du 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993) et a conclu qu'il convient de considérer que l'habitat essentiel englobe à la fois ses caractéristiques physiques et ses

in breach of its international treaty obligations (paragraphs 38–39, 55, 62). Because the Act was created in part to implement Canada’s commitments under the *Convention on Biological Diversity*, the Act should be interpreted in harmony with the treaty’s values and principles.

caractéristiques biologiques, de façon à éviter que le Canada manque à ses obligations en matière de traités internationaux (paragraphe 38 et 39, 55, 62). Comme la Loi a été créée en partie pour mettre en œuvre les engagements pris par le Canada dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique*, la Loi devrait être interprétée en harmonie avec les valeurs et les principes de ce traité.

Unlawful limitation of the scope of the Protection Order

La limitation illégale de la portée de l’Arrêté de protection

[105] The applicants contend that the evidence before the Court, including the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) in both official languages and DFO’s conduct and positions before and after the issuance of the Protection Order, demonstrates that the respondents have unlawfully limited the scope of the Protection Order.

[105] Les demandeurs soutiennent que les éléments de preuve soumis à la Cour, dont le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) dans les deux langues officielles et la conduite et les positions du MPO avant et après la prise de l’Arrêté de protection, montrent que les défendeurs ont restreint de manière illégale la portée de l’Arrêté de protection.

[106] The RIAS demonstrates the respondents’ decision to limit the Protection Order to protect only “geophysical area” of critical habitat [at page 340]:

[106] Il ressort du REIR que les défendeurs ont pris la décision de limiter l’Arrêté de protection de manière à ne protéger que la « zone géophysique » de l’habitat essentiel [à la page 340] :

Critical habitat for the Northern and Southern Resident Killer Whales was identified in the Final Recovery Strategy posted on March 14, 2008 on the SARA Public Registry. The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations concentrate. In addition, ... DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of Northern and Southern Resident Killer Whales.

Les habitats essentiels des épaulards résidents du nord et du sud étaient identifiés dans le programme de rétablissement final qu’on a affiché le 14 mars 2008 sur le registre public des espèces en péril. Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d’autres caractéristiques de cet écosystème, comme l’existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l’environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[107] This passage of the RIAS demonstrates both an error of law and an error of fact.

[107] Cet extrait du REIR illustre à la fois une erreur de droit et une erreur de fait.

[108] While the respondents characterize their legal obligation as extending only as far as protecting “geophysical areas”, they acknowledge that there are biological, acoustic and chemical components of critical habitat. However, despite recognizing component features, the respondents do not extend legal protection to these features. This is an error of law.

[108] Bien que les défendeurs disent que leur obligation légale ne consiste qu’à protéger les « zones géophysiques », ils reconnaissent que l’habitat essentiel comporte des éléments biologiques, acoustiques et chimiques. Cependant, même s’ils reconnaissent l’existence de caractéristiques constitutives, les défendeurs ne les protègent pas légalement. Il s’agit là d’une erreur de droit.

[109] Also, the respondents do not properly understand the Recovery Strategy. One cannot argue that the Recovery Strategy, as a whole, identifies critical habitat as only an area. This is an error of fact.

[110] A comparison of the French and English versions of the RIAS demonstrates that the respondents have misconstrued section 58 of SARA and, consequently, have misunderstood their duty under this section.

[111] Furthermore, prior to the publication of the Protection Order DFO exerted bureaucratic pressure to weaken the legal protection of critical habitat and remove references to ecosystem features of critical habitat.

[112] The respondents' position that critical habitat is only a geospatial location did not change after the Protection Order was published, a position that DFO maintained in *Environmental Defence*, above. This reflects DFO's legally incorrect understanding of the scope of its duty under section 58 as well as the respondents' intention to limit the Protection Order so as not to cover all physical and biological components of the critical habitat.

#### The Respondents

[113] The respondents contend that the Protection Order provides the resident killer whales with the protection they require. No greater protection will be provided if the Court considers the moot Protection Statement, and there is nothing for the Court to review with regard to the Protection Order.

Court should not exercise its jurisdiction

[109] En outre, les défendeurs ne comprennent pas comme il faut le Programme de rétablissement. On ne peut pas faire valoir que ce Programme, dans son ensemble, désigne l'habitat essentiel comme étant uniquement comme une zone. Il s'agit là d'une erreur de fait.

[110] Il ressort d'une comparaison de la version française et de la version anglaise du REIR que les défendeurs ont mal interprété l'article 58 de la LEP et, partant, qu'ils ont mal saisi l'obligation que leur impose cette disposition.

[111] En outre, avant la publication de l'Arrêté de protection, le MPO a exercé des pressions sur le plan bureaucratique pour affaiblir la protection légale de l'habitat essentiel et faire disparaître les références faites aux caractéristiques écosystémiques de cet habitat.

[112] La position des défendeurs selon laquelle l'habitat essentiel n'est qu'un emplacement géospatial n'a pas changé après la publication de l'Arrêté de protection, et il s'agit là d'une position que le MPO maintenait dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée. Ce fait reflète la compréhension légalement incorrecte qu'a le MPO de la portée de l'obligation que lui impose l'article 58, de même que l'intention des défendeurs de limiter l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il n'englobe pas tous les éléments physiques et biologiques de l'habitat essentiel.

#### Les défendeurs

[113] Les défendeurs soutiennent que l'Arrêté de protection procure aux épaulards résidents la protection dont cette espèce a besoin. On n'assurera pas plus de protection si la Cour prend en considération l'Énoncé sur la protection, qui n'a plus de raison d'être, et il n'y a rien que la Cour puisse soumettre à un contrôle en rapport avec l'Arrêté de protection.

La Cour ne devrait pas exercer sa compétence

[114] Because Justice O'Reilly determined that the Protection Statement is moot, the Court must now decide whether the first application made by the applicants is so exceptional that it justifies a departure from the general practice of striking moot cases. It is the applicant's burden to demonstrate that this is the case. See *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, at paragraph 32.

[115] The respondents submit that the adversarial context required by *Borowski*, above, does not exist in this case. There is no longer any live issue with respect to the Protection Statement since it has been replaced by the Protection Order. The fact that the applicants believe that they have an adversarial relationship with the Minister of Fisheries and Oceans is not an adequate reason for the Court to hear a moot case; rather, there must be consequences arising from the moot proceeding that justify hearing the matter. As stated by Justice Rothstein [as he then was] in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 468 (F.C.T.D.), at paragraph 15:

... the continuing adversarial relationship does not simply mean that the parties are competitors or that they do not like each other or that there is other litigation pending between them. The adversarial relationship that must prevail must have some logical nexus to the proceedings that have become moot.

In this instance, there is no logical nexus between any adversarial relationship that the applicants believe exists and the Protection Statement application, which has been deemed to be moot.

[116] There are no special circumstances in this case to justify the investment of further judicial resources. Because the Protection Order contains a prohibition against the destruction of critical habitat, the Court's decision on the Protection Statement application will have no practical effect on the rights or obligations of the parties. The Protection Order is broad, and

[114] Comme le juge O'Reilly a décidé que l'Énoncé sur la protection est de nature théorique, la Cour se doit maintenant de décider si la première demande que les demandeurs ont déposée est à ce point exceptionnelle qu'elle justifie que l'on s'écarte de la pratique générale qui consiste à radier les affaires de nature théorique. Le demandeur a le fardeau de prouver que c'est bien le cas. Voir l'arrêt *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, au paragraphe 32.

[115] Les défendeurs soutiennent que le contexte contradictoire qu'exige l'arrêt *Borowski*, précité, n'existe pas en l'espèce. Il n'existe plus de litige réel en rapport avec l'Énoncé sur la protection puisque celui-ci a été remplacé par l'Arrêté de protection. Le fait que les demandeurs croient avoir une relation de nature contradictoire avec le ministre des Pêches et des Océans n'est pas une raison suffisante pour que la Cour instruisse une affaire de nature théorique; il faut plutôt que cette dernière aient des conséquences qui font qu'il est justifié de l'instruire. Comme l'a déclaré le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême du Canada] dans la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 347 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 15 :

[...] la relation contradictoire continue ne signifie pas simplement que les parties sont des concurrents, qu'elles ne s'aiment pas ou qu'un autre litige en instance les oppose. La relation contradictoire qui doit exister doit avoir un certain lien logique avec l'instance qui est devenue théorique.

En l'espèce, il n'y a pas de lien logique entre une relation contradictoire dont les demandeurs affirment l'existence et la demande relative à la déclaration de protection, qui a été considérée comme devenue théorique.

[116] Il n'existe en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifie que l'on investisse des ressources judiciaires additionnelles. Étant donné que l'Arrêté de protection contient une interdiction relative à la destruction de l'habitat essentiel, la décision de la Cour au sujet de la demande relative à la déclaration de protection

declarations with regard to the tools outlined in the Protection Statement will not impact the protection provided by the Protection Order.

[117] The circumstances leading to the Protection Statement application are unique and fact-specific. Likewise, each future protection statement made pursuant to SARA will be unique to the species at issue.

[118] Moreover, the Protection Statement application is not one that is recurring in nature and evasive of the Court's review. As the Court in *Borowski*, above, determined at pages 360–361, the mere fact that a case raising the same point may recur is not by itself sufficient reason to hear an appeal that is moot. Rather, it must be demonstrated that the “circumstances suggests that the dispute will have always disappeared before it is ultimately resolved.”

[119] Finally, abstract pronouncements of rights or obligations are not in the public interest since they do not promote judicial economy or orderly and incremental development of the law. There is no public interest in resolving issues with regard to the Protection Statement when it has already been replaced by the Protection Order.

#### Protection Statement

[120] In their initial materials the respondents did not provide the Court with evidence or argument dealing with the merits of the applicants' position on the unlawful nature of the Protection Statement. Following the hearing, the Court decided that it was impossible to address the respondents' mootness and jurisdiction arguments without a full debate on the merits of the Protection Statement application. The Court directed the respondents to provide written submissions and the applicants to provide any reply in writing. The respondents'

n'aura aucun effet pratique sur les droits ou les obligations des parties. L'Arrêté de protection est de nature générale, et les déclarations faites au sujet des instruments mentionnés dans la déclaration de protection n'auront pas d'effet sur la protection qu'assure l'Arrêté de protection.

[117] Les circonstances qui ont mené à la demande relative à la déclaration de protection sont uniques et découlent de faits particuliers. Dans le même ordre d'idées, chaque déclaration de protection dorénavant établie sous le régime de la LEP ne visera que l'espèce en question.

[118] En outre, la demande relative à la déclaration de protection n'est pas de nature récurrente, et elle ne risque pas non plus d'échapper au contrôle de la Cour. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 360 et 361, le simple fait qu'une affaire soulevant la même question puisse se présenter de nouveau ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. En fait, il faut qu'« il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu ».

[119] Enfin, les énoncés abstraits de droits ou d'obligations ne sont pas conformes à l'intérêt public car ils ne favorisent pas l'économie judiciaire ou l'évolution ordonnée et progressive du droit. Il n'y a pas d'intérêt public à trancher des questions liées à l'Énoncé sur la protection si ce dernier a déjà été remplacé par l'Arrêté de protection.

#### L'Énoncé sur la protection

[120] Dans leurs documents initiaux, les défendeurs n'ont pas soumis à la Cour d'éléments de preuve ou d'arguments portant sur le bien-fondé de la position des demandeurs quant à la nature illégale de l'Énoncé sur la protection. À la suite de l'audience, la Cour a décidé qu'il était impossible de traiter des arguments des défendeurs à propos du caractère théorique et de la compétence sans débattre pleinement du bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection. La Cour a donc ordonné aux défendeurs de fournir des observations

submissions on the merits as contained in their supplemental written submissions are set out below.

[121] The respondents say that the instruments relied upon in the Protection Statement provide “legal protection” as that term is intended to be interpreted under SARA.

[122] Under subsection 58(5) of SARA, Parliament has given the Minister the option of issuing a protection order, which prohibits the destruction of critical habitat, or a protection statement, which enumerates other statutory and non-statutory instruments that prohibit such destruction. Parliament’s purpose in so doing was to provide flexibility with respect to the manner in which critical habitat protection is achieved. Although the “provisions in, and measures under” other Acts of Parliament, which are enumerated in a protection statement, may provide protection in a manner different from that of a protection order, this violates no requirement under SARA. The protection is equally effective unless proven otherwise.

[123] The applicants’ argument that such “provisions” and “measures” must be “legal provisions” or “federal laws” that provide protection in the form of a “mandatory, enforceable prohibition against destruction” renders meaningless the flexibility Parliament so clearly intended to provide the Minister under paragraph 58(5)(b). That this intention has meaning is confirmed by the notable absence of such flexibility in other SARA provisions.

[124] The respondents argue that non-statutory instruments can also function as “provisions in, or measures under” other Acts of Parliament within the meaning of subsection 58(5). For example, sections 57 and 58 of SARA include section 11 agreements as an example of instruments that can be used to protect critical habitat. Section 11 agreements, as non-statutory instruments, are not “federal laws”, as the applicants suggest

écrites, et aux demandeurs d’y répondre, le cas échéant, par écrit. Les observations des défendeurs sur le bien-fondé de la position des demandeurs figurent dans leurs observations écrites supplémentaires et sont exposées ci-dessous.

[121] Les défendeurs disent que les textes sur lesquels on se fonde dans la déclaration de protection assurent une « protection juridique », au sens où cette expression est censée être interprétée sous le régime de la LEP.

[122] Suivant le paragraphe 58(5) de la LEP, le législateur donne au ministre le choix de prendre un arrêté de protection, qui frappe d’interdiction la destruction de l’habitat essentiel, ou de publier une déclaration de protection, qui énumère d’autres instruments réglementaires et non réglementaires qui interdisent cette destruction. Le but visé par le législateur était d’offrir une certaine souplesse quant à la façon de protéger l’habitat essentiel. Même si les « dispositions » d’autres lois fédérales ou « mesure[s] prise[s] sous leur régime » qui sont énumérées dans une déclaration de protection peuvent assurer une protection d’une manière différente de celle que peut offrir un arrêté de protection, cela ne viole aucune exigence de la LEP. La protection est tout aussi efficace jusqu’à preuve du contraire.

[123] L’argument des demandeurs selon lequel ces « dispositions » et « mesure[s] » doivent être des « dispositions légales » ou d’une « loi fédérale » qui assurent une protection sous la forme d’une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire » fait perdre tout son sens à la souplesse que le législateur envisageait si clairement de procurer au ministre dans le cadre de l’alinéa 58(5)b). Le fait que cette intention ait un sens est confirmé par l’absence notable de cette souplesse dans les autres dispositions de la LEP.

[124] Les défendeurs sont d’avis que des instruments non réglementaires peuvent également tenir lieu de « dispositions » d’autres lois fédérales ou « mesure[s] prise[s] sous leur régime », au sens du paragraphe 58(5). Par exemple, les articles 57 et 58 de la LEP renvoient aux accords conclus au titre de l’article 11 en tant qu’exemples de textes qui peuvent être utilisés pour protéger l’habitat essentiel. Ces accords, en tant

all instruments included in a protection statement must be. Their inclusion as examples in sections 57 and 58 evidences Parliament's intention that the "provisions" and "measures" relied upon in a protection statement can take a different form than the protection provided by the prohibition against destruction that would be contained in a protection order. That Parliament includes these non-statutory instruments among the "provisions" and "measures" that may be relied upon indicates a flexible approach.

[125] In addition, section 56 provides that codes of practice, national standards or guidelines may also be used to protect critical habitat. The applicants' assertion that such instruments cannot be relied upon because they do not "legally protect" critical habitat assumes that legal protection is available only through a "mandatory, enforceable prohibition against destruction". However, the above examples taken from SARA indicate, first, that such instruments need not take the form of a "mandatory, enforceable prohibition against destruction"; and, second that lack of enforceability is not relevant to a determination as to whether such instruments legally protect critical habitat.

[126] Moreover, the respondents argue, the possibility that such "provisions" and "measures" may be altered in future does not affect the validity of the Protection Statement. Section 35 of the *Fisheries Act* protects the critical habitat of killer whales. The fact that the Minister has discretion under subsection 35(2) of that statute to authorize activities that destroy critical habitat does not negate the fact that, until such authorization occurs, section 35 provides protection and that this protection can be relied upon in a protection statement. There is no evidence that such authorization has occurred. Similar logic applies to the protection set out in section 36 of the *Fisheries Act*.

qu'instruments non réglementaires, ne sont pas des « loi[s] fédérale[s] », comme doivent l'être, ainsi que le donnent à penser les demandeurs, tous les instruments inclus dans une déclaration de protection. Leur inclusion à titre d'exemple aux articles 57 et 58 témoignent de l'intention du législateur selon laquelle les « dispositions » et « mesure[s] » sur lesquelles on se fonde dans une déclaration de protection peuvent revêtir une forme différente de celle de la protection qu'offre l'interdiction de destruction qui figurerait dans un arrêté de protection. Le fait que le législateur inclue ces instruments non réglementaires dans la liste des « dispositions » et « mesure[s] » sur lesquelles il est possible de se fonder est le signe d'une approche souple.

[125] De plus, l'article 56 prévoit que l'on peut aussi se servir de codes de pratique, de normes ou directives nationales pour protéger l'habitat essentiel. L'affirmation des demandeurs selon laquelle on ne peut se fonder sur de tels instruments parce qu'ils ne « protègent pas légalement » l'habitat essentiel suppose que la protection légale n'est disponible qu'au moyen d'une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire ». Cependant, les exemples qui précèdent, tirés de la LEP, donnent à penser, en premier lieu, qu'il n'est pas nécessaire que de tels instruments revêtent la forme d'une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire » et, en second lieu, que l'absence de caractère exécutoire n'est pas pertinente quant à savoir si de tels instruments protègent légalement l'habitat essentiel.

[126] Par ailleurs, soutiennent les défendeurs, la possibilité que ces « dispositions » et « mesure[s] » puissent être modifiées ultérieurement n'a pas d'incidence sur la validité de l'Énoncé sur la protection. L'article 35 de la *Loi sur les pêches* protège l'habitat essentiel des épaulards. Le fait que le ministre, en vertu du paragraphe 35(2) de cette loi, ait le pouvoir discrétionnaire d'autoriser des activités qui détruisent l'habitat essentiel n'exclut pas le fait que, tant qu'une telle autorisation n'a pas été donnée, l'article 35 assure une protection et que l'on peut se fonder sur cette dernière dans une déclaration de protection. Rien ne prouve qu'une telle autorisation a été donnée. Une logique



[127] The *Fisheries Act* and regulations respecting fisheries activity protect killer whale prey and geophysical habitat. The issuance of licences and the opening and closing of fisheries are “measures under” an Act of Parliament. A protection statement relying upon these measures would fail to satisfy the requirements of paragraph 58(5)(b) only if the Minister exercised his or her discretion not to limit fishing, resulting in the destruction of available killer whale prey. There is no evidence that the Minister’s discretion has been exercised in such a way.

[128] Finally, the respondents argue that the question of whether the instruments relied upon in a protection statement provide the protection required under section 58 of SARA is one of mixed fact and law and therefore attracts a reasonableness standard.

#### Protection Order Application is Misguided

[129] The respondents say that it is unclear in the Protection Order application what exactly the applicants seek to have judicially reviewed. Because the majority of the applicants’ arguments concern the Protection Statement application, it appears that the second Protection Order application is simply an attempt to keep moot issues before the Court.

[130] While the applicants appear to be seeking judicial review of the Protection Order, they do not seek to quash it or set it aside. Instead, the applicants are seeking declarations to prevent the Protection Order from being applied in a particular manner. Such declarations are inappropriate and beyond the jurisdiction of the Court.

semblable s’applique à la protection décrite à l’article 36 de la *Loi sur les pêches*.

[127] La *Loi sur les pêches* et les règlements régissant les activités de pêche protègent les proies et l’habitat géophysique des épaulards. L’octroi de permis et l’ouverture et la clôture des activités de pêche sont des « mesure[s] prise[s] » sous le régime d’une loi fédérale. Une déclaration de protection fondée sur ces mesures ne satisferait pas aux exigences de l’alinéa 58(5)b) que si le ministre exerçait son pouvoir discrétionnaire de ne pas limiter la pêche, ce qui mènerait à la destruction des proies disponibles des épaulards. Rien ne prouve que le pouvoir discrétionnaire du ministre a été exercé d’une telle façon.

[128] Enfin, les défendeurs soutiennent que la question de savoir si les instruments sur lesquels on se fonde dans une déclaration de protection assurent la protection que requiert l’article 58 de la LEP est une question mixte de faits et de droit et qu’elle est donc soumise à la raisonnablement comme norme de contrôle.

#### La demande relative à l’arrêté de protection est mal fondée

[129] Les défendeurs disent que la demande relative à l’arrêté de protection n’est pas claire quant à ce que les demandeurs cherchent exactement à soumettre à un contrôle judiciaire. Comme la majorité des arguments de ces derniers concernent la demande relative à la déclaration de protection, il semble que la seconde demande, celle qui concerne l’arrêté de protection, soit simplement une tentative pour que la Cour demeure saisie de questions de nature théorique.

[130] Les demandeurs semblent vouloir soumettre l’Arrêté de protection à un contrôle judiciaire, mais ils ne demandent pas à le faire annuler ou infirmer. En fait, ils sollicitent un jugement déclaratoire visant à éviter qu’on applique l’arrêté de protection d’une manière particulière. Un tel jugement déclaratoire est inapproprié et dépasse la compétence de la Cour.

[131] The Protection Order is a regulation within the meaning of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22. Subsection 2(1) of that Act states [in the definition of “regulation”] that all orders “made in the exercise of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament” are regulations. Accordingly, the Protection Order made under subsections 58(4) and (5) of the Act is a regulation.

[132] The content of regulations is legislative in nature when it embodies a rule of conduct, has the force of law and affects an undetermined number of persons, or where the regulation is a component of a series of instruments which do so. See *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579 (*Sinclair*), at page 587.

[133] In this case, the Protection Order completes the statutory scheme by creating a prohibition against the destruction of any part of the critical habitat, pursuant to subsection 58(1) of SARA. Because the content of this regulation is intimately connected to the legislation, it is legislative in nature. See, for example, *Sinclair*, above, at pages 587–589.

[134] Because the Protection Order is a regulation and its content is legislative in nature, the Court is limited to considering whether it was within the authority of the ministers to make the order and whether it offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter): see *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.), at paragraph 17.

[135] The applicants do not allege that the Protection Order was *ultra vires* or that it offends the Charter. Rather, they seek declarations that the ministers are acting unlawfully in limiting the application and the scope of the Protection Order. However, the Court cannot review the content of the Protection Order beyond the issues of *vires* and Charter compliance without infringing on parliamentary sovereignty; jurisprudence has held that review of the content of validly enacted legislation is undertaken only by the electorate. See

[131] L’Arrêté de protection est un règlement au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22. Le paragraphe 2(1) de cette loi [dans la définition du terme « règlement »] précise que tous les arrêtés « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif conféré sous le régime d’une loi fédérale » sont des règlements. L’Arrêté de protection pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la Loi est donc un règlement.

[132] La teneur d’un règlement est de nature législative lorsque son texte comprend une règle de conduite, a force de loi et s’applique à un nombre indéterminé de personnes, lorsque le règlement fait partie d’une série de textes qui le font. Voir *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579 (*Sinclair*), à la page 587.

[133] En l’espèce, l’Arrêté de protection complète le régime légal en créant une interdiction de détruire n’importe quel élément de l’habitat essentiel, aux termes du paragraphe 58(1) de la LEP. Comme la teneur de ce règlement est intimement liée à la législation, il est de nature législative. Voir, par exemple, l’arrêt *Sinclair*, précité, aux pages 587 à 589.

[134] Comme l’Arrêté de protection est un règlement et que sa teneur est de nature législative, la Cour doit se borner à vérifier si les ministres étaient habilités à le prendre et s’il va à l’encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) : voir *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.), au paragraphe 17.

[135] Les demandeurs n’allèguent pas que l’Arrêté de protection excède le pouvoir des ministres ou qu’il va à l’encontre de la Charte. Ils sollicitent plutôt un jugement déclaratoire portant que les ministres agissent de manière illégale en limitant l’application et la portée de l’Arrêté de protection. Cependant, la Cour ne peut contrôler la teneur de cet arrêté au-delà des questions d’habilitation et de conformité à la Charte sans empiéter sur la souveraineté du Parlement; selon la jurisprudence, seuls les électeurs peuvent débattre de la teneur de dispositions

*Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576.

[136] Subsection 58(5) of the Act provides that an order can be made “with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2)”. In this instance, as noted by the applicants, “portion” refers to a geographical portion. Consequently, a protection order is required to specify the geographic area to which it applies. Because none of the critical habitat in the case at hand is referred to in subsection 58(2), the Protection Order specifies the entire area of the critical habitat.

[137] The Protection Order does not define critical habitat; rather, it specifies the portion of the critical habitat to which the subsection 58(1) prohibition applies. The Act provides that critical habitat must be identified in a recovery strategy or an action plan. This is made clear in the definition of “critical habitat” [in subsection 2(1)] which is habitat “that is identified as the species’ critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.” Issuing an order under subsections 58(4) and (5) does not change the critical habitat identified in these documents.

#### Future Intentions

[138] Unable to challenge the Protection Order, the applicants have instead attempted to challenge what they believe to be the intentions of the respondents with regard to the subsection 58(1) prohibition. This is reflected in the applicants’ arguments, which focus heavily on subsection 58(1), despite the fact that the Protection Order was issued under subsections 58(4) and (5).

[139] The respondents submit that the Protection Order neither contains the prohibition against destruction nor identifies critical habitat. Instead, the Protection Order specifies the portion of the critical habitat to which the prohibition against destruction applies, that is, the physical part. It is subsection 58(1) that contains

légales valablement adoptées. Voir *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

[136] Aux termes du paragraphe 58(5) de la Loi, un arrêté peut être pris « à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) ». Dans le cas présent, comme l’ont signalé les demandeurs, le mot « partie » désigne une portion géographique. Un arrêté de protection doit donc préciser la zone géographique à laquelle il s’applique. Comme l’habitat essentiel dont il est question en l’espèce n’est aucunement mentionné au paragraphe 58(2), l’Arrêté de protection englobe précisément la zone tout entière que couvre l’habitat essentiel.

[137] L’Arrêté de protection ne définit pas l’habitat essentiel; il précise plutôt la partie de cet habitat auquel s’applique l’interdiction prononcée en vertu du paragraphe 58(1). La Loi dispose que l’habitat essentiel doit être désigné dans un programme de rétablissement ou un plan d’action. Cela est clairement dit dans la définition [au paragraphe 2(1)] de l’« habitat essentiel », qui est un habitat « désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d’action élaboré à l’égard de l’espèce ». Le fait de prendre un arrêté en vertu des paragraphes 58(4) et (5) ne change pas l’habitat essentiel qui est désigné dans ces documents.

#### Les intentions futures

[138] Incapables de contester l’Arrêté de protection, les demandeurs ont plutôt tenté de contester ce qu’ils croient être les intentions des défendeurs quant à l’interdiction prononcée en vertu du paragraphe 58(1). Cela se reflète dans leurs arguments, qui sont fortement axés sur le paragraphe 58(1), et ce, même si l’Arrêté de protection a été pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5).

[139] Les défendeurs soutiennent que l’Arrêté de protection ne contient pas l’interdiction de destruction, pas plus qu’il ne désigne l’habitat essentiel. Il précise plutôt la partie de l’habitat essentiel à laquelle s’applique l’interdiction de destruction, c’est-à-dire la partie physique. C’est le paragraphe 58(1) qui contient

the prohibition, and not the Protection Order itself. Similarly, it is the Recovery Strategy that identifies the critical habitat, and not the Protection Order.

[140] The applicants argue that the ministers unlawfully excluded the ecosystem features of the critical habitat from the scope of the Protection Order; however, this is not possible. What is prohibited is determined on the basis of the interaction of subsection 58(1) with the critical habitat as identified in the Recovery Strategy, and not by the Protection Order. In this case, it is the application of the prohibition with which the applicants take issue. However, their arguments are based on speculation and vague evidence that the respondents will apply the Protection Order in a way that the applicants believe is unlawful. While the applicants attempt to rely on the conduct of the DFO officials before the Protection Order was issued, this conduct is irrelevant. Meanwhile, the applicants' arguments with regard to the RIAS fail to examine and appreciate the document as a whole.

[141] At the time the Protection Order was issued and the RIAS was published, the nature of critical habitat was being considered in *Environmental Defence*, above. *Environmental Defence* made it clear that the prohibition in subsection 58(1) of the Act applies to the attributes of critical habitat identified in the Recovery Strategy. It is unreasonable for the applicants to assume, now that *Environmental Defence* has been issued, that the respondents intend to simply ignore the Court's decision on this issue.

#### Lack of jurisdiction

[142] Without being requested to review the decision to issue the Protection Order, the Court does not have jurisdiction to grant the declaratory relief that the applicants seek in the Protection Order application. The Federal Court is a creature of statute and must find a statutory grant of jurisdiction. See *ITO—International*

l'interdiction, et non l'Arrêté de protection même. Dans le même ordre d'idées, c'est le Programme de rétablissement qui désigne l'habitat essentiel, et non l'Arrêté de protection.

[140] Les demandeurs font valoir que les ministres ont exclu de manière illégale les caractéristiques écosystémiques de l'habitat essentiel de la portée de l'Arrêté de protection; cependant, cela est impossible. Ce qui est interdit est déterminé en fonction de l'interaction entre le paragraphe 58(1) et l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement, et non pas par l'Arrêté de protection. En l'espèce, c'est l'application de l'interdiction que les demandeurs contestent. Cependant, leurs arguments sont fondés sur des conjectures et de vagues éléments de preuve selon lesquels les défendeurs appliqueront l'Arrêté de protection d'une manière qui, croient les demandeurs, est illégale. Les demandeurs tentent de se fonder sur la conduite qu'ont eue des fonctionnaires du MPO avant que l'Arrêté de protection soit pris, mais cette conduite n'est pas pertinente. Par ailleurs, leurs arguments au sujet du REIR n'examine et n'évalue pas le document dans son ensemble.

[141] À l'époque où l'Arrêté de protection a été pris et où le REIR a été publié, la nature de l'habitat essentiel était examinée dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée, où il est clairement dit que l'interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) de la Loi s'applique aux caractéristiques de l'habitat essentiel qui sont désignées dans le Programme de rétablissement. Il est déraisonnable pour les demandeurs de supposer, maintenant que la décision *Environmental Defence* a été rendue, que les défendeurs ont l'intention de faire tout simplement abstraction de la décision de la Cour sur cette question.

#### L'absence de compétence

[142] S'il ne lui est pas demandé de contrôler la décision de prendre l'Arrêté de protection, la Cour n'a pas compétence pour accorder le jugement déclaratoire que les demandeurs sollicitent dans la demande relative à l'Arrêté de protection. La Cour fédérale est un organisme créé par le législateur et sa compétence doit être

*Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766. The Federal Court has the power to declare a “decision, order, act or proceeding” to be unlawful: see subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. However, the applicants do not seek to have the Protection Order declared unlawful nor have they identified any other decision, act or proceeding which they seek to have declared unlawful.

[143] Moreover, although the applicants have challenged the ministers’ decision to apply the allegedly unlawful policy to limit the application of the Protection Order, the applicants have identified no occasion on which the Protection Order has been so applied.

[144] In the absence of a challenge to a decision, order, act or proceeding, the Court lacks jurisdiction to issue the declarations requested.

#### Improper submissions

[145] The respondents submit that the affidavit of Dr. Scott Wallace includes “outdated evidence, opinion and argument and portions of it are clearly improper and should be given no weight”. What is more, the applicants have attempted to submit a number of documents as secondary material. However, this should have been put into evidence through an affidavit, since not doing so has prevented the respondents from filing evidence in response. Consequently, these documents should be disregarded.

#### Applicants’ Reply

[146] Following the respondents’ written submissions on the merits of the applicants’ allegations, the unlawfulness of the Protection Statement, the applicants provided

attribuée par une loi. Voir *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766. La Cour fédérale a le pouvoir de déclarer illégal « toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte » : voir le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. Cependant, les demandeurs ne cherchent pas à obtenir que l’Arrêté de protection soit déclaré illégal, pas plus qu’ils n’ont fait état d’une autre décision, d’une autre procédure ou d’un autre acte qu’ils souhaitent voir déclarer illégal.

[143] De plus, bien que les demandeurs aient contesté la décision des ministres d’appliquer la politique censément illégale en vue de limiter l’application de l’Arrêté de protection, ils n’ont fait état d’aucune occasion à laquelle cet arrêté a été appliqué de la sorte.

[144] À défaut d’une contestation visant une décision, une ordonnance, un acte ou une procédure, la Cour n’a pas compétence pour rendre le jugement déclaratoire demandé.

#### Des observations irrégulières

[145] Les défendeurs soutiennent que l’affidavit de M. Scott Wallace comporte [TRADUCTION] « des éléments de preuve, des opinions et des arguments désuets, et certains de ses passages sont manifestement inappropriés et il ne faudrait leur accorder aucun poids ». Qui plus est, les demandeurs ont tenté de soumettre un certain nombre de documents à titre de documentation secondaire. Cependant, il aurait fallu les mettre en preuve au moyen d’un affidavit, car ne pas l’avoir fait a empêché les défendeurs de produire des éléments de preuve en réponse. Il convient donc de faire abstraction de ces documents.

#### La réponse des demandeurs

[146] À la suite des observations écrites des défendeurs sur le bien-fondé des allégations des demandeurs, à savoir le caractère illégal de l’Énoncé sur la protection,

the Court with a written reply. The applicants' submissions in this regard are set out below.

[147] The applicants argue that the modern approach to statutory interpretation supports their interpretation of paragraph 58(5)(b) of SARA. The words of that section, read in their ordinary meaning and in a manner that is harmonious with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, indicate the criteria that a provision of a protection statement must meet. First, it must be a legal provision. Second, excepting section 11 agreements, it must be a federal law. Third, it must be in force when the protection statement is issued. Fourth, the protection offered by the provision must be a substitute for the prohibition against destruction set out in subsection 58(1); in other words, it must be mandatory and enforceable. Fifth, the provisions together must protect all components of critical habitat. As the respondents have conceded the second, third and fifth criteria, the applicants' submissions address the first and fourth criteria.

[148] The provisions in a protection statement must be "legal provisions". The term "legal provision" is used by the applicants to mean any provision that sets a standard for conduct that can be understood by the public and that must be followed, enforced and interpreted by a court in the case of conflict. Since the purpose of a protection statement is to set out how other provisions act in lieu of the legal protection provided by section 58, it follows that such provisions must also be "legal provisions".

[149] In addition, section 58 expressly requires a protection statement to set out how the listed provisions "legally" protect critical habitat. The respondents point out that paragraph 58(5)(a) includes section 11 conservation agreements as among the provisions that may be cited in a protection statement. The applicants submit that this inclusion is consistent with their argument

les demandeurs ont fourni à la Cour une réponse écrite, et leurs observations à cet égard sont exposées ci-dessous.

[147] Les demandeurs soutiennent que l'approche moderne adoptée en matière d'interprétation des lois étaye la manière dont ils interprètent l'alinéa 58(5)b de la LEP. Le libellé de cette disposition, lu suivant son sens ordinaire et d'une manière qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la Loi et de l'intention du législateur, établit les critères auxquels doit satisfaire une disposition sur laquelle une déclaration de protection s'appuie. Premièrement, il doit s'agir d'une disposition légale. Deuxièmement, exception faite des accords conclus au titre de l'article 11, il doit s'agir d'une disposition légale fédérale. Troisièmement, elle doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est émise. Quatrièmement, la protection qu'offre la disposition doit être un substitut à l'interdiction de destruction prescrite au paragraphe 58(1); autrement dit, elle doit être impérative et exécutoire. Cinquièmement, les dispositions, considérées ensemble, doivent protéger la totalité des éléments de l'habitat essentiel. Comme les défendeurs ont concédé les deuxième, troisième et cinquième critères, les observations des demandeurs portent sur le premier et le quatrième.

[148] Les dispositions sur lesquelles s'appuie une déclaration de protection doivent être « légales ». Les demandeurs utilisent cette expression pour désigner n'importe quelle disposition qui fixe une norme de conduite que le public peut comprendre et qui doit être suivie, exécutée et interprétée par un tribunal en cas de litige. Comme une déclaration de protection a pour objet d'énoncer quelles autres dispositions s'appliquent à la place de la protection légale qu'assure l'article 58, il s'ensuit que ces dispositions doivent être elles aussi des « dispositions légales ».

[149] Par ailleurs, l'article 58 exige expressément qu'une déclaration de protection dise de quelle façon les dispositions énumérées protègent « légalement » l'habitat essentiel. Les défendeurs font remarquer que l'alinéa 58(5)a inclut les accords de conservation conclus au titre de l'article 11 parmi les dispositions que l'on peut citer dans une déclaration de protection. Les

because conservation agreements are legal “measures” under an Act of Parliament.

[150] The legal protection relied on in a protection statement must act as a substitute for the protection in subsection 58(1); in other words, it must provide nothing less than a mandatory, enforceable prohibition against the destruction of critical habitat. Contrary to the respondents’ arguments, discretionary provisions of statutes of general application are insufficient to meet the requirement under section 58.

[151] Section 58 provides two different means for achieving the same end, which is the securing of meaningful and enforceable legal protection for critical habitat. Contrary to the respondents’ argument, Parliament did not intend flexibility with respect to the standard or rigor of that protection. The respondents posit that there are two different levels of protection, which leaves open the possibility that the Minister could choose to allow critical habitat to be destroyed. This interpretation was clearly rejected by Parliament and is contrary to the purpose of SARA and its legislative history. Where Parliament intends less than mandatory protection, as in section 63 of SARA, its intention is express. No such intention is evident in the case of section 58.

[152] The respondents argue that sections 35 and 36 of the *Fisheries Act* protect critical habitat and that the *Fisheries Act* and its regulations governing fishing activity protect killer whale prey availability and geophysical habitat components. However, only section 35 of the *Fisheries Act* and subsection 22(1) [as am. by SOR/93-333, s. 4] of the *Fishery (General) Regulations* [SOR/93-53] are listed in the Protection Statement. Otherwise, the Protection Statement refers only generally to provisions of the *Fisheries Act* and the regulations. The applicants argue that such vague and non-specific references fail to discharge the respondents’

demandeurs font valoir que cette inclusion concorde avec leurs arguments car les accords de conservation constituent des « mesure[s] » légales sous le régime d’une loi fédérale.

[150] La protection légale sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection doit agir comme substitut à la protection dont il est question au paragraphe 58(1); autrement dit, elle ne doit assurer rien de moins qu’une interdiction impérative et exécutoire en rapport avec la destruction de l’habitat essentiel. Contrairement aux arguments des défendeurs, les dispositions de lois d’application facultative et générale ne sont pas suffisantes pour satisfaire à l’exigence que prévoit l’article 58.

[151] L’article 58 offre deux moyens différents d’atteindre le même résultat, soit l’obtention d’une protection légale exécutoire et sérieuse pour l’habitat essentiel. Contrairement aux arguments des défendeurs, le législateur n’a pas prévu de souplesse en rapport avec la norme ou la rigueur de cette protection. Les défendeurs affirment qu’il existe deux niveaux de protection différents, ce qui permet de penser que le ministre pourrait décider d’autoriser la destruction de l’habitat essentiel. Il s’agit là d’une interprétation qui a été manifestement rejetée par le législateur et qui est contraire à l’objet de la LEP et de son historique législatif. Quand le législateur entend offrir une protection qui n’est pas impérative, comme c’est le cas à l’article 63 de la LEP, il le dit expressément. Aucune intention de ce genre n’est évidente dans le cas de l’article 58.

[152] Les défendeurs font valoir que les articles 35 et 36 de la *Loi sur les pêches* protègent l’habitat essentiel et que cette loi et ses règlements régissant les activités de pêche protègent la disponibilité des proies des épaulards ainsi que les éléments de leur habitat géophysique. Cependant, seul l’article 35 de la *Loi sur les pêches* et le paragraphe 22(1) [mod. par DORS/93-333, art. 4] du *Règlement de pêche (dispositions générales)* [DORS/93-53] sont énumérés dans l’Énoncé sur la protection. Sinon, cette dernière ne fait référence que de manière générale aux dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements. Les

duty under paragraph 58(5)(b) to “set out how” the provisions therein legally protect both critical habitat and the availability of prey for killer whales. Further, the protection available under section 35—a provision which grants to the Minister a broad discretion to destroy critical habitat—could never be considered an equally effective alternative to the protection available under a subsection 58(1) protection order. In short, the Minister cannot rely on her absolute discretion to manage the fishery to discharge her duty to protect a component of critical habitat.

[153] Finally, the applicants argue that they are asking this Court to interpret the statutory requirements of a protection statement under paragraph 58(5)(b) and to find that the respondents lack the jurisdiction to rely on policy and discretion in providing “legal protection” for critical habitat. This raises a question of law. The applicants submit that the appropriate standard of review is correctness.

## ANALYSIS

### General Introduction

[154] I have before me two consolidated applications for judicial review both of which are concerned with the obligations of the respondents under section 58 of SARA to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

[155] The applications are the result of a continuum of dealings between the applicants and the respondents about the proper legal interpretation of SARA and whether the respondents have correctly interpreted and carried out their legal obligations to protect the resident killer whales in accordance with SARA. Hence, the applications make up a single narrative that has led to the present appearance before the Court and they

demandeurs font valoir que ces références vagues et imprécises ne permettent pas aux défendeurs de s’acquitter de l’obligation que leur impose l’alinéa 58(5)b), soit d’« énon[cer] comment » les dispositions qui y figurent protègent légalement à la fois l’habitat essentiel et la disponibilité de proies pour les épaulards. En outre, la protection disponible en vertu de l’article 35 — qui accorde au ministre le vaste pouvoir discrétionnaire de détruire l’habitat essentiel — ne peut en aucun cas être considérée comme une solution de rechange tout aussi efficace à la protection qu’assure un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(1). En bref, le ministre ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire absolu dont il dispose pour gérer la pêche pour s’acquitter de son obligation de protéger un élément de l’habitat essentiel.

[153] Enfin, les demandeurs soutiennent qu’ils demandent à la Cour d’interpréter les exigences légales d’une déclaration de protection émise en vertu de l’alinéa 58(5)b) et de conclure que les défendeurs n’ont pas compétence pour se fonder sur des politiques et leurs pouvoirs discrétionnaires pour « protéger légalement » l’habitat essentiel. Cela soulève une question de droit. Les demandeurs soutiennent que la norme de contrôle appropriée est la décision correcte.

## ANALYSE

### Introduction générale

[154] Je suis saisi de deux demandes de contrôle judiciaire qui ont été jointes, qui portent toutes deux sur les obligations qu’ont les défendeurs, en vertu de l’article 58 de la LEP, de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents.

[155] Les demandes sont l’aboutissement d’une suite d’échanges entre les demandeurs et les défendeurs à propos de la juste interprétation de la LEP et de savoir si les défendeurs ont interprété et exécuté correctement leurs obligations légales de protéger les épaulards résidents d’une manière conforme à la LEP. Les demandes sont donc constituées d’un exposé unique de ce qui a mené à la présente comparution devant la Cour, et elles



overlap significantly as regards both facts and law. Justice O'Reilly consolidated the applications for this very reason.

[156] The respondents initially took a similar approach to both applications. Until directed by the Court, they resisted on mootness and jurisdictional grounds rather than challenge the facts or confront the merits directly. As the proceedings unfolded before me, however, it became apparent that the respondents do not take issue with many of the points made by the applicants on the merits. They say, however, that the Court should not exercise its discretion to hear the Protection Statement application because it has been adjudged moot and there are no grounds to consider a moot application in this case.

[157] As regards the Protection Order application, the respondents resist on the grounds that the application is unclear, that the review of the Protection Order is beyond the jurisdiction of the Court, that the Court is being asked to review future intentions, and various other related grounds.

[158] What is strange about the respondents' resistance to the Protection Order application is that, when questioned by the Court on the merits at the hearing, the respondents conceded important arguments made by the applicants. This was not their intention when the Order issued but it has come about as a result of the clarification of the law concerning the meaning and scope of "critical habitat" provided by Justice Campbell in *Environmental Defence*.

[159] The respondents agree that the Order should now be read as the applicants assert it should be read, that is to cover the protection of critical habitat as the applicants say critical habitat should be defined for the resident killer whales.

[160] In addition, following supplemental written submission on the Protection Statement application, it is

se recoupent nettement sur le double plan des faits et du droit. C'est pour cette raison même que le juge O'Reilly a joint les demandeurs.

[156] Les défendeurs ont tout d'abord suivi une approche semblable à l'égard des deux demandes. Jusqu'à ce que la Cour le leur prescrive, ils ont fondé leur opposition sur des motifs de caractère théorique et de compétence, plutôt que de contester les faits ou de s'attaquer au bien-fondé directement. Cependant, à mesure que l'instance s'est déroulée devant moi, il est devenu évident que les défendeurs ne contestent pas un grand nombre des points qu'invoquent les demandeurs en matière de bien-fondé. Ils disent cependant que la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire la demande relative à la déclaration de protection parce qu'il a été jugé qu'elle était théorique et que, en l'espèce, il n'y a pas de motifs pour examiner une demande de cette nature.

[157] En ce qui concerne la demande relative à l'arrêté de protection, les défendeurs disent qu'elle n'est pas claire, que le contrôle de l'Arrêté de protection excède la compétence de la Cour, qu'il est demandé à cette dernière de contrôler les intentions futures, et autres motifs connexes.

[158] Ce qui est curieux au sujet de la contestation des défendeurs à l'égard de la demande relative à l'arrêté de protection est que, quand la Cour les a interrogés sur le bien-fondé à l'audience, ils ont concédé d'importants arguments qu'invoquaient les demandeurs. Ce n'était pas leur intention quand l'Arrêté a été émis, mais cela découle de la clarification du droit concernant le sens et la portée de l'« habitat essentiel » qu'a faite le juge Campbell dans la décision *Environmental Defence*.

[159] Les défendeurs conviennent qu'il faudrait maintenant interpréter l'Arrêté comme les demandeurs soutiennent qu'il le faudrait, c'est-à-dire que cet arrêté assure la protection de l'habitat essentiel de la façon dont les demandeurs disent que cet habitat devrait être défini pour les épaulards résidents.

[160] En outre, à la suite d'observations écrites supplémentaires sur la demande relative à la déclaration

apparent that much of what the applicants say about the content of protection statements is acceptable to the respondents, apart from certain fundamental points of disagreement that I will come to later.

[161] Given the level of agreement on the merits of the Protection Order application, the Court cannot help but wonder why it has been resisted on technical grounds and why the respondents do not think the Court should deal with it. Had the respondents clarified their agreement on the definition of critical habitat and corrected the relevant public documentation where a different interpretation is evident, or at least possible, the Protection Order application need never have come before the Court. The fact that it has will have an impact upon the way I deal with the exercise of the Court's discretion to hear the Protection Statement application.

[162] As regards the outstanding points of difference concerning the Protection Statement, it is evident to me that the significance of the disagreement between the parties means that fundamental points of legal interpretation are very much a live issue between the parties. These points, as well as being specific to the facts of these applications, are of importance generally for the interpretation and application of SARA.

#### Protection Order Application

[163] It is my view that the applicants' statement of the law and their conclusions regarding the Protection Order and its application to all components of critical habitat are correct. Also, notwithstanding subsequent changes of position by DFO since the Protection Order originally issued in February 2009, the ministers did act unlawfully in limiting the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA. The respondents now appear not to take issue with the applicants' position regarding the scope of "critical habitat", and they say that they recognize the implications of Justice

de protection, il est évident qu'une bonne partie de ce que disent les demandeurs sur la teneur des déclarations de protection est acceptable aux yeux des défendeurs, à part certains points de désaccords fondamentaux que j'analyserai plus loin.

[161] Vu le degré d'entente sur le bien-fondé de la demande relative à l'arrêté de protection, la Cour ne peut s'empêcher de se demander pourquoi elle a été contestée pour des motifs techniques et pourquoi les défendeurs ne pensent pas que la Cour devrait en traiter. Si ces derniers avaient clarifié leur accord au sujet de la définition de l'habitat essentiel et rectifié les documents publics pertinents qui renferment une interprétation manifestement différente, ou du moins possible, jamais il n'aurait été nécessaire de soumettre à la Cour la demande relative à l'arrêté de protection. Le fait qu'elle l'a été aura une incidence sur la façon dont je traiterai de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'instruire la demande relative à la déclaration de protection.

[162] En ce qui concerne les points de divergence non réglés à propos de l'Énoncé sur la protection, il m'apparaît évident que l'importance du désaccord entre les parties signifie qu'il y a des points fondamentaux d'interprétation de la Loi qui constituent un litige bien réel entre les parties. Ces points, en plus de toucher précisément les faits dont il est question dans ces demandes, sont généralement importants pour l'interprétation et l'application de la LEP.

#### La demande relative à l'arrêté de protection

[163] Je suis d'avis que l'énoncé que font les demandeurs du droit et leurs conclusions concernant l'Arrêté de protection et son application à tous les éléments de l'habitat essentiel sont exacts. De plus, malgré les changements de position du MPO depuis la prise initiale de l'Arrêté de protection en février 2009, les ministres ont bel et bien agi de manière illégale en limitant la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. Les défendeurs semblent maintenant ne pas contester la position des demandeurs quant à la portée de l'« habitat essentiel », et ils disent

Campbell's decision in *Environmental Defence* for this issue. Notwithstanding the respondents' evolving change of position on the scope of "critical habitat", it still seems to me that the Protection Order was and is incorrect and unlawful because, in limiting its application to geophysical areas, the respondents failed to respond to a duty assigned to them by statute, in this case, SARA. See *Inuit Tapirisat*, above, at page 752.

[164] The applicants' interpretation of the ministers' duty under SARA to protect all components of critical habitat for the resident killer whales is fully supported by the plain language of section 58 read in the full context of SARA, the bilingual version of the section and the decision of the Court in *Environmental Defence*. The relevant authorities are set out fully in the applicants' submissions. There is no need to repeat them here because the respondents do not take issue with the applicants' arguments on this issue.

[165] Instead, the respondents argue that the Court should, nevertheless, refuse to grant the declaratory relief requested by the applicants for a variety of reasons that I will examine in turn.

#### Respondents' Grounds

[166] I will deal briefly with each of the respondents' grounds for resisting the Protection Order application.

#### Application is misguided

[167] The respondents say that the Protection Order application is misguided because it is unclear what the applicants are attempting to have reviewed and, in any event, the applicants are seeking declarations aimed at preventing the Protection Order from being applied in a particular manner in the future. Such declarations, say the respondents, are beyond the jurisdiction of this Court.

reconnaître ce que la décision que le juge Campbell a rendue dans l'affaire *Environmental Defence* implique pour la présente affaire. Indépendamment du changement de position des défendeurs au sujet de la portée de l'« habitat essentiel », il me semble quand même que l'Arrêté de protection était — et est — inexact et illégal parce que, en limitant son application à des zones géophysiques, les défendeurs ont omis de répondre à une obligation que leur impose la loi, la LEP en l'occurrence. Voir l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, à la page 752.

[164] La manière dont les demandeurs interprètent l'obligation qu'impose la LEP aux ministres à l'égard de la protection de tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents est pleinement étayée par le libellé clair de l'article 58 lu dans le contexte entier de la LEP, par la version bilingue de cette disposition ainsi que par la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Environmental Defence*. La jurisprudence pertinente est entièrement exposée dans les observations des demandeurs. Il n'est pas nécessaire de la réitérer ici car les défendeurs ne contestent pas les arguments des demandeurs sur la question.

[165] Les défendeurs soutiennent plutôt que la Cour devrait néanmoins refuser d'accorder le jugement déclaratoire que sollicitent les demandeurs, et ce, pour diverses raisons que j'examinerai successivement.

#### Les motifs des défendeurs

[166] Je traiterai brièvement de chacun des motifs pour lesquels les défendeurs s'opposent à la demande relative à l'arrêté de protection.

#### La demande est mal fondée

[167] Les défendeurs disent que la demande relative à l'arrêté de protection est mal fondée parce que ce que les demandeurs tentent de faire contrôler n'est pas clair et que, en tout état de cause, ils sollicitent un jugement déclaratoire qui vise à éviter que l'on applique l'Arrêté de protection d'une manière particulière à l'avenir. Un tel jugement déclaratoire, disent les défendeurs, excède la compétence de la Cour.

[168] This issue has already been identified and dealt with by Prothonotary Lafrenière. In May 2009 the applicants requested that the respondents produce the record for the Protection Order, required under rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. The respondents posited that there was no decision at issue, and so they were not obliged to produce a record. Prothonotary Lafrenière agreed with the applicants that there was a decision and ordered the respondents to produce the record. The respondents did so in November 2009. Because the Court may order production of a record under rule 317 only if there is a “decision or order” that is the subject of a judicial review application, it is clear that the Court has already decided that there is a decision for review, and it is the Protection Order. See *Gaudes v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 351, at paragraphs 6, 15–19. The respondents have not appealed Prothonotary Lafrenière’s ruling, so that is where things currently stand.

[169] My review of the Protection Order will address what the applicants have characterized as a consistent misinterpretation and misapplication of the law that has led to, and become manifest in, the Protection Order.

[170] I will also review the legality of the Protection Order at the time it was promulgated. My decision will have an impact upon the future actions of the ministers, but this does not prevent me from reviewing the Protection Order and declaring it to be invalid because of reviewable error.

#### Order cannot be challenged

[171] The respondents also say that because the Protection Order is a “regulation” within the meaning in the *Statutory Instruments Act*, its content is legislative in nature. Therefore, the Court’s jurisdiction is limited to determining whether it was within the authority of the

[168] Cette question a déjà été relevée et réglée par le protonotaire Lafrenière. En mai 2009, les demandeurs ont exigé en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] que les défendeurs produisent le dossier relatif à l’Arrêté de protection. Les défendeurs ont affirmé qu’il n’y avait aucune décision en litige, et qu’ils n’étaient donc pas tenus de produire un dossier. Le protonotaire Lafrenière a convenu avec les demandeurs qu’il y avait bel et bien une décision et il a ordonné aux défendeurs de produire le dossier. C’est ce qu’ils ont fait en novembre 2009. Étant donné que la Cour ne peut ordonner la production d’un dossier en vertu de la règle 317 des Règles que s’il existe une décision ou une ordonnance qui fait l’objet d’une demande de contrôle judiciaire, il est évident que la Cour a déjà décidé qu’il existe une décision à contrôler, et il s’agit de l’Arrêté de protection. Voir *Gaudes c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 351, aux paragraphes 6 et 15 à 19. Les défendeurs n’ont pas interjeté appel de la décision du protonotaire Lafrenière, et c’est donc là que les choses en sont présentement.

[169] Le contrôle que je ferai de l’Arrêté de protection portera sur ce que les demandeurs ont qualifié de mauvaise interprétation et de mauvaise application systématiques du droit qui ont mené à la prise de l’Arrêté de protection, et qui sont devenues manifestes dans ce dernier.

[170] Je contrôlerai également la légalité de l’Arrêté de protection à l’époque où il a été promulgué. Ma décision aura une incidence sur les actes futurs des ministres, mais cela ne m’empêche pas de contrôler l’Arrêté de protection et de déclarer qu’il est invalide à cause d’une erreur susceptible de contrôle.

#### L’Arrêté ne peut pas être contesté

[171] Les défendeurs disent aussi qu’étant donné que l’Arrêté de protection est un « règlement » au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, sa teneur est de nature législative. La compétence de la Cour se limite donc à décider si les ministres avaient le pouvoir de prendre

ministers to make the Order or whether it offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).

[172] In effect, this is an argument that the Protection Order (indeed any protection order issued under SARA) is immunized from review, other than review for jurisdiction or Charter compliance, by the concept of parliamentary sovereignty.

[173] In my view, however, the respondents are here attempting to assert ministerial sovereignty rather than parliamentary sovereignty. See *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), at paragraph 68. The respondents have conceded that when the Protection Order issued it was issued under a mistake of law, i.e. that “critical habitat” was limited to geographical space. This mistake is not evident on the face of the Protection Order, which one must read in conjunction with the Recovery Strategy and the RIAS to understand its scope and impact. The wording of the Recovery Strategy does reveal the mistake of law, and this is further evidenced by the wording in the RIAS.

[174] While conceding this mistake of law (an extremely serious mistake given the purpose of SARA and the possible fate of the resident killer whales and any other species at risk) the respondents suggest, in effect, that an illegal protection order and the actions of the Minister in promulgating an illegal protection order are beyond the review of this Court.

[175] In my view, however, SARA is not a statute, such as the *Fisheries Act*, that delegates to the Minister a broad discretion to do a wide range of things in order to manage a national resource on behalf of all of the people of Canada. SARA is a statute that compels the competent Minister—and the parliamentary debates are clear on this crucial point—to act in specific ways to protect the critical habitat of species at risk. The protection of critical habitat and what constitutes critical habitat are not left to ministerial discretion in SARA. If the ministers were allowed to illegally apply SARA

l’Arrêté ou si ce dernier contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.).

[172] En fait, selon cet argument, l’Arrêté de protection (à vrai dire, n’importe quel arrêté de protection pris en vertu de la LEP) est à l’abri de tout contrôle, à part un contrôle relatif à la compétence ou à la conformité à la Charte, du fait de la notion de souveraineté du Parlement.

[173] À mon avis, cependant, les défendeurs tentent ici de revendiquer la souveraineté des ministres plutôt que celle du Parlement. Voir la décision *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 68. Les défendeurs ont concédé que lorsque l’Arrêté de protection a été pris, il l’a été par suite d’une erreur de droit, à savoir que l’« habitat essentiel » se limitait à un espace géographique. Cette erreur n’est pas évidente au vu de l’Arrêté de protection, qu’il est nécessaire de lire de pair avec le Programme de rétablissement et le REIR pour en saisir la portée et l’effet. Le libellé du Programme de rétablissement révèle bien l’erreur de droit, et le libellé du REIR en contient également une preuve.

[174] Tout en concédant cette erreur de droit (une erreur des plus graves, vu l’objet de la LEP et le sort possible des épaulards résidents et de toute autre espèce en péril), les défendeurs laissent entendre, en fait, que la Cour n’est pas habilitée à contrôler un arrêté de protection illégal et les mesures prises par le ministre en promulguant un tel arrêté.

[175] À mon avis, cependant, la LEP n’est pas une loi, comme la *Loi sur les pêches*, qui délègue au ministre le vaste pouvoir discrétionnaire de prendre un large éventail de mesures pour gérer une ressource nationale au nom de l’ensemble de la population du Canada. La LEP est une loi qui oblige le ministre compétent — et les débats parlementaires sont clairs sur ce point crucial — à agir de manières précises en vue de protéger l’habitat essentiel d’une espèce en péril. La protection de l’habitat essentiel et ce qui constitue cet habitat ne sont pas laissés à la discrétion du ministre dans la LEP. S’il

free of the scrutiny of this Court, and in breach of what Parliament has said must occur, then parliamentary sovereignty would be replaced by ministerial sovereignty. I see nothing in SARA or in the parliamentary debates brought into evidence to suggest that this was Parliament's intention.

[176] The Executive branch, including ministers and their delegates, is distinct from, and subordinate to, Parliament. When the Executive is alleged not to have lawfully performed a duty assigned to it by Parliament, the Court's role is to interpret the nature and scope of the statutory duty and adjudicate upon whether the Executive has complied with its duty. Judicial review is the means by which ministers who fail to perform their legislated duties are held to account. As stated by the Supreme Court of Canada in *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215, at page 216, "it is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute."

[177] This position was confirmed by the Supreme Court of Canada in the leading administrative law decision in *Inuit Tapirisat* (at page 752):

... in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[178] In the context of SARA, Parliament charged the respondent ministers with a duty to ensure that critical habitat is legally protected. The ministers must perform this duty in accordance with the law. While a sovereign Parliament enacted section 58 of SARA, the ministers

était permis aux ministres d'appliquer illégalement la LEP à l'abri de l'examen de la Cour, et en violation de ce que le législateur (le Parlement) a dit qu'il doit avoir lieu, cela signifierait que la souveraineté du Parlement serait remplacée par celle des ministres. Je ne vois rien dans la LEP ou dans les débats parlementaires mis en preuve qui donne à penser qu'il s'agissait là de l'intention du Parlement.

[176] Le pouvoir exécutif, qui inclut les ministres et leurs délégués, est distinct du Parlement et subordonné à ce dernier. Lorsqu'il est allégué que ce pouvoir ne s'est pas acquitté de manière légale d'une obligation que le Parlement lui a imposée, le rôle de la Cour consiste à interpréter la nature et la portée de l'obligation légale et de décider si le pouvoir exécutif s'est conformé à son obligation. Le contrôle judiciaire est le moyen par lequel les ministres qui négligent de s'acquitter des obligations que leur impose la loi en sont tenus responsables. Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215, à la page 216 du recueil : « il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif en application de cette loi ».

[177] Cette position a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt clé en droit administratif, *Inuit Tapirisat* (à la page 752) :

[...] à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

[178] Dans le contexte de la LEP, le Parlement a imposé aux ministres défenseurs l'obligation de veiller à ce qu'on protège légalement l'habitat essentiel. Ces derniers sont tenus de s'acquitter de cette obligation d'une manière conforme à la loi. C'est un Parlement

are subordinate to Parliament when they perform their section 58 duties.

[179] The respondents support their argument with the uncontroversial submission that the Protection Order is designated as a “regulation” under the *Statutory Instruments Act*. In my view, however, there is no principle of law stating that an enactment covered by the *Statutory Instruments Act* is unreviewable.

[180] The respondents further submit that, because the Protection Order is a regulation, it becomes “legislative in nature” and, therefore, this Court cannot review it without violating parliamentary sovereignty. The respondents’ analysis of the “legislative nature” of section 58 decisions is based on *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, above, and *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. It seems to me that these decisions confirm that the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1], reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5, requires all instruments of a “legislative nature” to be published in English and French, which is not the issue before me. The applicants do not quarrel with the proposition that the Protection Order was constitutionally required to be published in English and French. However, the respondents take this constitutional jurisprudence out of its proper legal context in an attempt to claim that the Protection Order is unreviewable.

[181] In my view, other case law relied on by the respondents to immunize this decision against review is equally unavailing. *Dixon*, above, simply confirms that the courts may review a Cabinet decision for legal error but not for political motivations. The Supreme Court of Canada’s decision in *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 confirms that a question of statutory interpretation is justiciable regardless of whether it may have political connotations. The

souverain qui a promulgué l’article 58 de la LEP, et les ministres sont subordonnés au Parlement lorsqu’ils s’acquittent des obligations que leur impose l’article 58.

[179] Les défendeurs étayaient leur argument en formulant l’observation non controversée selon laquelle l’Arrêté de protection est désigné comme étant un « règlement » en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*. À mon avis, toutefois, il n’existe aucun principe de droit qui dise qu’un texte visé par la *Loi sur les textes réglementaires* n’est pas susceptible de contrôle.

[180] Les défendeurs soutiennent en outre qu’étant donné qu’il s’agit d’un règlement, l’Arrêté de protection revêt donc un [TRADUCTION] « caractère législatif » et, de ce fait, la Cour ne peut le contrôler sans violer la souveraineté du Parlement. L’analyse que font les défendeurs du [TRADUCTION] « caractère législatif » des décisions liées à l’article 58 repose sur l’arrêt *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, précité, et sur le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Il me semble que ces arrêts confirment que la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1], reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5, exige que tous les textes à « caractère législatif » soient publiés en anglais et en français, ce qui n’est pas la question qui m’est soumise. Les demandeurs ne s’opposent pas à la thèse selon laquelle il est constitutionnellement exigé que l’Arrêté de protection soit publié en anglais et en français. Cependant, les défendeurs extraient cette jurisprudence constitutionnelle de son contexte juridique approprié dans une tentative de prétendre que l’Arrêté de protection ne peut pas être contrôlé.

[181] À mon avis, les autres décisions jurisprudentielles qu’invoquent les défendeurs pour mettre leur décision à l’abri d’un contrôle sont tout aussi inefficaces. L’arrêt *Dixon*, précité, confirme simplement que les tribunaux peuvent contrôler une décision du Cabinet pour cause d’erreur de droit, mais pas de motivations politiques. La décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2

Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 confirms that the ouster of judicial remedies is a question of legislative intent: Parliament's intent to make a statutory matter non-justiciable must be expressed in particular statutory provisions. In holding that the *Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17, limited the Auditor General, an officer of Parliament, to the alternative non-judicial remedy of reporting to Parliament, the Court emphasized at page 110 that this "should be viewed as limited to the interpretation of a unique statute as informed by the particular role played by the Auditor General."

[182] Further, at paragraph 17 of their factum, the respondents submit that the lawfulness of DFO's Protection Statement is an issue within the Court's adjudicative function. That is, the respondents concede that the Court has jurisdiction to adjudicate a claim that a competent minister issued an unlawful protection statement under paragraph 58(5)(b). Yet the respondents argue that the Court lacks jurisdiction to adjudicate a claim that a competent minister unlawfully issued a protection order under paragraph 58(5)(a). In my view, this distinction is nowhere reflected on the face of the provision.

[183] In my opinion, the analysis of the Court's jurisdiction to review a statutory decision must ask whether Parliament intended, in enacting SARA, to shield subsection 58(5) decisions from judicial review. When Parliament intends to shield a decision from review, it typically uses a privative clause. There is in SARA no privative clause and no other provision shielding subsection 58(5) decisions from judicial scrutiny. The respondents have not pointed to any provisions of SARA that have this intended effect.

R.C.S. 525, confirme qu'une question d'interprétation des lois est susceptible de recours judiciaire, qu'elle ait des connotations politiques ou pas. Dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, la Cour suprême du Canada confirme que l'exclusion de recours judiciaires est une question d'intention législative : l'intention qu'a le législateur de faire en sorte qu'une question juridique ne soit pas susceptible de recours judiciaires doit être exprimée dans des dispositions légales particulières. En concluant que la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17, limite le vérificateur général — un agent du Parlement — au recours non judiciaire de rechange qui consiste à faire rapport au Parlement, la Cour souligne, à la page 110, que cela doit être considéré comme « limit[é] à l'interprétation d'une loi unique, eu égard au rôle particulier du vérificateur général ».

[182] En outre, au paragraphe 17 de leur mémoire, les défendeurs soutiennent que le caractère légal de l'Énoncé sur la protection du MPO est une question qui relève de la fonction décisionnelle de la Cour. C'est-à-dire qu'ils concèdent que la Cour a compétence pour trancher une prétention selon laquelle un ministre compétent a émis une déclaration de protection illicite au vu de l'alinéa 58(5)b). Cependant, font-ils valoir, la Cour n'a pas compétence pour trancher une prétention selon laquelle un ministre compétent a pris de manière illégale un arrêté de protection au vu de l'alinéa 58(5)a). Selon moi, cette distinction ne ressort nulle part de la lecture de la disposition.

[183] À mon avis, concernant la compétence qu'a la Cour de contrôler une décision d'origine législative, on doit se demander si, en adoptant la LEP, le Parlement entendait mettre à l'abri les décisions prises en vertu du paragraphe 58(5) d'un contrôle judiciaire. Lorsque le Parlement entend mettre une décision à l'abri d'un contrôle, il se sert habituellement d'une disposition privative. Il n'y a dans la LEP aucune disposition de cette nature et aucune autre disposition qui protège les décisions prises en vertu du paragraphe 58(5) contre un examen judiciaire. Les défendeurs n'ont pas fait état d'une disposition quelconque de la LEP qui ait cet effet-là.



[184] In my view, then, SARA is clearly a justiciable statute that imposes mandatory duties on competent ministers. This Court has previously reviewed ministerial actions under SARA and issued declaratory relief against these same respondent ministers.

Order cannot be more than it is

[185] The respondents further argue that subsection 58(5) of SARA provides that an order be made “with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2)”. They say that “portion” refers to a geographical portion. As a result, what an order is required to do is specify the geographic area to which it applies. In this case, as none of the critical habitat is in a place referred to in subsection 58(2), the Protection Order specifies the entire area of the critical habitat, and under subsection 58(4) no more could be done.

[186] The Protection Order does not, however, define the critical habitat; it merely specifies the portion of the critical habitat to which the subsection 58(1) prohibition applies. SARA provides for critical habitat to be identified in one of two places: a recovery strategy or an action plan. This is set out in the subsection 2(1) definition of “critical habitat” which is the habitat “that is identified as the species’ critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.” An order issued under subsections 58(4) and (5) does not, and cannot, in my view, change the critical habitat identified in those documents. Nothing in section 58 permits this.

[187] It is true that the Protection Order depends for its full meaning and effect upon the critical habitat identified in the Recovery Strategy. The respondents concede that, at the time the Protection Order was made, their view of what was included in critical habitat as expressed in the Recovery Strategy was wrong and contrary to SARA. The respondents have changed their

[184] À mon avis, la LEP est donc manifestement une loi ouvrant droit au recours judiciaire, qui impose des obligations impératives aux ministres compétents. La Cour a déjà contrôlé des mesures ministérielles prises sous le régime de la LEP et a rendu un jugement déclaratoire contre ces mêmes ministres défendeurs.

L’Arrêté ne peut pas être plus que ce qu’il est

[185] Les défendeurs soutiennent de plus que le paragraphe 58(5) de la LEP prévoit qu’un arrêté doit être pris « à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) ». Ils disent que le mot « partie » désigne une partie géographique. De ce fait, un arrêté est donc tenu de désigner la zone géographique à laquelle il s’applique. En l’espèce, comme aucun élément de l’habitat essentiel ne se trouve dans un lieu visé au paragraphe 58(2), l’Arrêté de protection désigne la zone tout entière de l’habitat essentiel et, en vertu du paragraphe 58(4), rien de plus ne pouvait être fait.

[186] L’Arrêté de protection ne définit toutefois pas l’habitat essentiel; il précise simplement la partie de cet habitat à laquelle s’applique l’interdiction prévue au paragraphe 58(1). La LEP prévoit que l’habitat essentiel doit être désigné dans l’un des deux endroits suivants : un programme de rétablissement ou un plan d’action. Cela est prévu à la définition de l’« habitat essentiel » que l’on donne au paragraphe 2(1), c’est-à-dire l’habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement d’une espèce sauvage inscrite « qui est désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d’action élaboré à l’égard de l’espèce ». Un arrêté pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5) ne change pas et, selon moi, ne peut pas changer l’habitat essentiel qui est désigné dans ces documents. Rien à l’article 58 ne le permet.

[187] Il est vrai que l’Arrêté de protection dépend, pour avoir tout son sens et tout son effet, de l’habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. Les défendeurs reconnaissent que, à l’époque où l’Arrêté de protection a été pris, leur opinion sur ce qui était inclus dans l’habitat essentiel, et exprimé dans le Programme de rétablissement, était erronée et contraire

mistaken view of “critical habitat” as a result of Justice Campbell’s decision in *Environmental Defence*, above. Yet the respondents have not changed the Recovery Strategy to reflect this change in their understanding of the law. Moreover, they have not clarified for those who may seek to ascertain the law on protection of critical habitat for the resident killer whales that the Protection Order should not be read in the way they intended it to be read when it was issued and as it could still be read if some of the wording contained in the Recovery Strategy and the RIAS is relied upon.

[188] In other words, the fact that the Protection Order is worded so broadly that it can be taken by the respondents to cover their new understanding of the aspects of critical habitat that require protection under SARA does not render the Protection Order legal. Furthermore, it does not mean that those who seek to know the law on this crucial issue will not be misled if clarification is not provided by this Court.

Attempt to review speculated future intentions

[189] The respondents say that the Court should not entertain the Protection Order application because the applicants are really challenging what they see as the future intention of the respondents with regard to the application of the prohibition in section 58 of SARA.

[190] The respondents say that this is evidenced by the focus of the applicants’ statutory interpretation argument, which concerns subsection 58(1), even though the Protection Order is issued under subsections 58(4) and (5).

[191] The Protection Order neither contains the SARA prohibition against destruction nor identifies critical habitat. As per subsections 58(4) and (5), the Protection Order simply specifies the “portion” of the critical habitat, i.e. the physical part, to which the prohibition

à la LEP. Ils ont changé leur vision erronée de l’« habitat essentiel » à la suite de la décision du juge Campbell dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée. Pourtant, ils n’ont pas changé le Programme de rétablissement pour qu’il reflète ce changement dans leur compréhension de la loi. De plus, ils n’ont pas éclairci, pour ceux qui pourraient chercher à vérifier les règles de droit régissant la protection de l’habitat essentiel des épaulards résidents, qu’il ne fallait pas interpréter l’Arrêté de protection de la manière dont il était censé l’être quand il a été pris et de la manière dont il pourrait être encore interprété si l’on se fondait sur une partie du libellé contenu dans le Programme de rétablissement et le REIR.

[188] En d’autres termes, le fait que l’Arrêté de protection soit formulé de manière si générale que les défendeurs peuvent considérer qu’il englobe leur compréhension nouvelle des aspects de l’habitat essentiel qui sont à protéger sous le régime de la LEP ne le légalise pas. De plus, cela ne veut pas dire que ceux qui cherchent à connaître les règles de droit sur cette question cruciale ne seront pas induits en erreur si la Cour ne fournit pas d’éclaircissements.

Une tentative pour contrôler d’hypothétiques intentions futures

[189] Les défendeurs disent que la Cour ne devrait pas instruire la demande relative à l’arrêté de protection parce que les demandeurs contestent en fait ce qu’ils considèrent comme étant l’intention future des défendeurs quant à l’application de l’interdiction prévue à l’article 58 de la LEP.

[190] Selon les défendeurs, l’argument des demandeurs qui repose sur l’interprétation de la loi et qui concerne le paragraphe 58(1) en fait foi, même si l’Arrêté de protection est pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5).

[191] L’Arrêté de protection ne contient pas l’interdiction de destruction que prescrit la LEP, et il ne désigne pas non plus l’habitat essentiel. Conformément aux paragraphes 58(4) et (5), l’Arrêté de protection précise simplement la « partie » de l’habitat essentiel,

against destruction applies. It is subsection 58(1) that contains the prohibition. Similarly, as per the definition of “critical habitat” in SARA, it is the Recovery Strategy that identifies the critical habitat.

[192] Despite the applicants’ claim in the relief sought that the ministers have unlawfully “excluded the ecosystem features” of the critical habitat “from the scope of the Protection Order”, the respondents say that this is simply not possible. What is prohibited is determined by the interaction of subsection 58(1) with the critical habitat, which has been identified in the Recovery Strategy and not by the Protection Order.

[193] The respondents say it is the application of the prohibition, triggered by the Protection Order, with which the applicants take issue. However, the respondents say that the applicants’ complaints are based entirely on speculation. The applicants speculate that the respondents will apply the Protection Order in a manner which the applicants say is unlawful.

[194] It is the respondents’ contention that, where jurisdiction exists, a declaration can issue to affect future rights unless the dispute in issue is merely speculative. See *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 (*Solosky*).

[195] The respondents say that the evidence the applicants rely on creates nothing more than speculation and that the conduct of DFO officials prior to the issuance of the Protection Order is irrelevant for two reasons. First, although the applicants complain that DFO attempted to remove the identification of critical habitat from the recovery strategy, the fact is that in the end, it was not removed or even significantly altered. Second, all of these actions predate the decision to issue the Protection Order and do not prove the respondents’ future intentions in regard to the Protection Order.

c’est-à-dire la partie physique, à laquelle s’applique l’interdiction. C’est au paragraphe 58(1) que figure cette dernière. Dans le même ordre d’idées, conformément à la définition de l’« habitat essentiel » que donne la LEP, c’est le Programme de rétablissement qui désigne l’habitat essentiel.

[192] Même si, dans la réparation demandée, les demandeurs soutiennent que les ministres ont, de manière illégale, [TRADUCTION] « exclu les caractéristiques écosystémiques [de l’habitat essentiel] de la portée de l’Arrêté de protection », les défendeurs disent que cela est tout simplement impossible. Ce qui est interdit est déterminé par l’interaction du paragraphe 58(1) et de l’habitat essentiel, lequel a été désigné dans le Programme de rétablissement et non pas par l’Arrêté de protection.

[193] Les défendeurs disent que ce que les demandeurs contestent c’est l’application de l’interdiction, déclenchée par l’Arrêté de protection. Cependant, ajoutent-ils, les plaintes des demandeurs reposent entièrement sur des conjectures. Ils supposent que les défendeurs appliqueront l’Arrêté de protection d’une manière qui, selon eux, est illégale.

[194] Les défendeurs soutiennent que, dans les cas où la compétence requise existe, il est possible d’émettre un jugement déclaratoire qui aura une incidence sur des droits futurs, sauf si le litige en question est simplement conjectural. Voir l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*).

[195] Les défendeurs disent que les éléments de preuve sur lesquels les demandeurs se fondent ne créent rien de plus que des conjectures et que la conduite des fonctionnaires du MPO avant la prise de l’Arrêté de protection est peu pertinente, pour deux raisons : premièrement, même si les demandeurs se plaignent que le MPO a tenté de retirer la désignation de l’habitat essentiel du programme de rétablissement, le fait est qu’en fin de compte cette désignation n’a pas été retirée, ni même modifiée en profondeur; deuxièmement, toutes ces mesures datent d’avant la décision de prendre l’Arrêté de protection et elles ne prouvent pas quelles sont les intentions futures des défendeurs au sujet de l’Arrêté de protection.

[196] The respondents say that it is indeed their intention to apply and enforce the Protection Order in accordance with their new understanding of the scope of critical habit and that they now concede that the applicants' position on the scope of critical habitat is correct. However, it is difficult for the Court to understand, first, why the respondents have not clarified their new position and their concessions to the applicants before the hearing and, second, why they have not taken steps to ensure that the Recovery Strategy and the RIAS are absolutely clear about the respondents legal obligations to protect critical habitat so that all those who need to know what is protected are in no doubt. In my view, it is disingenuous for the respondents to argue that a recovery strategy and a RIAS that initially supported the respondents' earlier mistaken view of the law is now adequate and clear enough to support and explain a totally different view. If this were the case, then the Recovery Strategy and the RIAS would be inadequate for either interpretation of what is protected under the Protection Order. What the ministers appear to mean is that, having been educated in the correct interpretation of their obligations since the Protection Order issued, they can now be counted upon to enforce the full protection required, irrespective of what the Recovery Strategy and the RIAS may say. This obviously leaves out of account the many other people who do not know what the ministers' new position is and who may well rely upon the Recovery Strategy and the RIAS to interpret the Protection Order.

[197] The respondents say that the applicants' arguments in relation to the RIAS do not look at the document as a whole. The RIAS contains several references to the protection of the critical habitat as identified in the Recovery Strategy. When the RIAS is read as a whole, the respondents say it is clear that the intention, in so far as that may be relevant, was to apply the Protection Order to the critical habitat identified in the Recovery Strategy. This is precisely what the statutory scheme of SARA requires. It is difficult to accept this view, in my opinion, because the same RIAS was

[196] Les défendeurs disent qu'ils entendent bel et bien appliquer et faire respecter l'Arrêté de protection en fonction de leur nouvelle compréhension de l'étendue de l'habitat essentiel et qu'ils concèdent maintenant que la position des demandeurs au sujet de cette portée est exacte. Cependant, il est difficile pour la Cour de saisir, en premier lieu, pourquoi les défendeurs n'ont pas clarifié leur nouvelle position et les concessions faites aux demandeurs avant l'audience et, en second lieu, pourquoi ils n'ont rien fait pour garantir que le Programme de rétablissement et le REIR énoncent de manière absolument claire les obligations légales qu'ils ont de protéger l'habitat essentiel, de façon à ce que tous ceux qui doivent savoir ce qui est protégé n'aient à cet égard aucun doute dans leur esprit. À mon avis, il est fallacieux pour les défendeurs de prétendre qu'un programme de rétablissement et un REIR qui étaient initialement leur opinion antérieure et erronée au sujet du droit sont maintenant adéquats et suffisamment clairs pour étayer et expliquer une opinion tout à fait différente. Si tel était le cas, le Programme de rétablissement et le REIR ne permettraient pas d'interpréter ce qui est protégé en vertu de l'Arrêté de protection. Ce que les ministres semblent vouloir dire, c'est que, après avoir été informés de la bonne façon d'interpréter leurs obligations depuis que l'Arrêté de protection a été pris, on peut maintenant compter sur eux pour faire appliquer toute la protection requise, indépendamment de ce que le Programme de rétablissement et le REIR peuvent dire. Cela exclut manifestement les nombreuses autres personnes qui ne sont pas au courant de la nouvelle position des ministres et qui pourraient bien se fonder sur le Programme de rétablissement et le REIR pour interpréter l'Arrêté de protection.

[197] Les défendeurs disent que les arguments qu'invoquent les demandeurs à l'égard du REIR ne s'appliquent pas au document dans son ensemble. Le REIR fait référence à plusieurs reprises à la protection de l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. Les défendeurs disent que lorsqu'on lit le REIR dans son ensemble, il en ressort clairement que l'intention, dans la mesure où celle-ci peut être pertinente, était d'appliquer l'Arrêté de protection à l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. C'est exactement ce qu'exige le régime de la LEP. Il est

initially intended to support and explain a completely incorrect view of what aspects of critical habitat were protected by the Protection Order.

[198] The respondents say that the applicants' allegation that the respondents refused to confirm that the Protection Order prohibited destruction of biological elements of critical habitat is a mischaracterization. The respondents say that they simply explained the statutory scheme of SARA, which the Protection Order applies to the critical habitat identified in the Recovery Strategy.

[199] In addition, the respondents say it is important to keep in mind that, at the time the Protection Order was issued, and at the time the RIAS was published, the issue of the nature of critical habitat was before the Court in *Environmental Defence*, above. Now that the Court in that case has recognized that critical habitat consists of location and attributes, it is not reasonable for the applicants to assume that the respondents will ignore that.

[200] As a result of *Environmental Defence*, the respondents say it is now clear that the prohibition in subsection 58(1) applies to those attributes of critical habitat that are identified in the Recovery Strategy. As the applicants' complaints are merely speculative, no declarations should issue, even if jurisdiction to do so existed.

[201] As the applicants point out, the Protection Order application is not based on speculative evidence of any future events. Rather, it is based on existing evidence of DFO's ongoing policy to limit the scope of critical habitat protection under section 58. It is also worth pointing out that, while they could have easily done so, the respondents did not file any affidavit evidence to indicate that they have abandoned their existing and documented interpretation of section 58. Whatever respondents' counsel may say about the respondents' revised interpretation, the uncontested evidentiary record reveals DFO's clear and continuing policy to

difficile de souscrire à ce point de vue, selon moi, parce que le même REIR visait initialement à étayer et à expliquer une opinion tout à fait inexacte quant à quels aspects de l'habitat essentiel l'Arrêté de protection s'adressait.

[198] Les défendeurs disent que l'allégation des demandeurs selon laquelle les défendeurs ont refusé de confirmer que l'Arrêté de protection interdisait la destruction d'éléments biologiques de l'habitat essentiel est une qualification erronée. Ils disent avoir simplement expliqué le régime de la LEP, que l'Arrêté de protection applique à l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement.

[199] En outre, les défendeurs disent qu'il est important de garder à l'esprit que, à l'époque où l'Arrêté de protection a été pris, et à celle où le REIR a été publié, la question de la nature de l'habitat essentiel était soumise à la Cour, dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée. Maintenant que la Cour, dans cette affaire, a établi que l'habitat essentiel se compose d'un lieu et de caractéristiques, il est déraisonnable que les demandeurs présument que les défendeurs en feront abstraction.

[200] Les défendeurs disent que, par suite de la décision *Environmental Defence*, il est maintenant clair que l'interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) s'applique aux caractéristiques de l'habitat essentiel qui sont désignées dans le Programme de rétablissement. Les plaintes des demandeurs n'étant que conjecturales, aucun jugement déclaratoire ne devrait être prononcé, même si la compétence pour le faire existe.

[201] Comme le font remarquer les demandeurs, la demande relative à l'arrêté de protection ne repose pas sur des éléments de preuve conjecturaux au sujet de faits à venir. Cette demande repose plutôt sur des éléments de preuve existants, à savoir la politique qu'applique actuellement le MPO, laquelle consiste à limiter la portée de la protection de l'habitat essentiel prévue par l'article 58. Il vaut également la peine de signaler que les défendeurs, même s'ils auraient pu le faire facilement, n'ont produit aucune preuve par affidavit pour affirmer qu'ils ont renoncé à leur interprétation actuelle et attestée de l'article 58. Quoi que puissent dire les avocats des

interpret section 58 of SARA so as to limit the scope of protection for critical habitat.

[202] In arguing that this dispute is “speculative”, the sole authority discussed by the respondents is *Solosky*, above. Yet it seems to me that *Solosky* assists the applicants. In *Solosky*, the Supreme Court of Canada confirmed that the fact that declaratory relief would influence future events was no bar to such relief, provided the dispute was not hypothetical. The Court held that Mr. Solosky’s challenge to a prison censorship order was not hypothetical; rather it was a “direct and present challenge” to the order: *Solosky*, above, at page 832. As the order continued from the past through the present and into the future, it raised a non-academic controversy properly resolved by declaration: “The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director’s continuing order”: *Solosky*, above, at page 833. In my view, the applicants correctly argue that the Protection Order is entirely analogous. The declarations sought will resolve any ongoing controversy about the Protection Order.

Applicants cannot obtain the declaration sought

[203] Finally, in resisting the Protection Order application the respondents argue that, absent a request to review the decision to issue the Protection Order itself, which would not have been available in any event, this Court lacks the ability to grant the declarations sought by the applicants.

défendeurs au sujet de l’interprétation révisée de leurs clients, le dossier de preuve non contesté révèle que le MPO a pour politique claire et continue d’interpréter l’article 58 de la LEP de manière à limiter la portée de la protection de l’habitat essentiel.

[202] À l’appui de leur thèse selon laquelle le présent litige est [TRADUCTION] « conjectural », la seule décision jurisprudentielle dont les défendeurs font état est l’arrêt *Solosky*, précité. Il me semble toutefois que cet arrêt aide la cause des demandeurs. Dans l’arrêt *Solosky*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu’un jugement déclaratoire qui influencerait des faits à venir n’était pas un obstacle à une telle réparation, à la condition que le litige ne soit pas hypothétique. La Cour a conclu que la contestation de M. Solosky à l’égard d’un ordre de censure en milieu carcéral n’était pas hypothétique; comme elle l’a dit : « Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l’ordre de censure » : *Solosky*, précité, aux pages 832 et 833. Comme l’ordre restait en vigueur, du passé au présent et dans l’avenir, il soulevait une controverse non théorique qu’un jugement déclaratoire pouvait régler convenablement : « Le fait qu’un jugement déclaratoire accordé aujourd’hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l’ordre permanent du directeur » : *Solosky*, précité, à la page 833. À mon avis, les demandeurs font valoir avec raison que l’Arrêté de protection est tout à fait analogue. Les jugements déclaratoires demandés régleront toute controverse en cours au sujet de l’Arrêté de protection.

Les demandeurs ne peuvent pas obtenir le jugement déclaratoire sollicité

[203] Enfin, pour s’opposer à la demande relative à l’arrêté de protection, les défendeurs soutiennent qu’à défaut d’une demande de contrôle de la décision de prendre l’Arrêté de protection même, qui, de toute façon, n’aurait pas été disponible, la Cour n’est pas compétente pour accorder les jugements déclaratoires que sollicitent les demandeurs.

[204] The respondents' point is that the Court, as a creation of statute, does not have a jurisdiction at large to issue declaratory relief but must find a statutory grant of jurisdiction. The jurisdiction to grant the declaratory relief sought in the Protection Order application does not, say the respondents, exist in the circumstances of this case.

[205] Declaratory relief against a federal board, commission or other tribunal lies within the exclusive jurisdiction of the Court pursuant to paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*. Such relief may be sought only by judicial review pursuant to subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4]. However, the powers of the Court to grant relief are set out in subsection 18.1(3), as follows:

#### 18.1 ...

Powers of  
Federal  
Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[206] The respondents say that the Court has the power to declare unlawful a “decision, order, act or proceeding” only. It is the respondents' position that the applicants do not seek to have the Protection Order itself declared unlawful and that the applicants also do not identify any other decision, act or proceeding that they wish to have declared unlawful.

[207] I think the short answer to this is that the applicants are asking the Court to declare the Protection Order unlawful. Paragraph 192 of the applicants' memorandum of fact and law clarifies that the applicants wish

[204] L'argument des défendeurs est le suivant : la Cour, en tant que création d'une loi, n'a pas la compétence générale voulue pour rendre un jugement déclaratoire mais doit trouver une attribution légale de compétence. Dans les circonstance de l'espèce, disent-ils, il n'existe pas de compétence pour accorder le jugement déclaratoire sollicité dans la demande relative à l'arrêté de protection.

[205] Aux termes de l'alinéa 18(1)a) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour a compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. Ce recours ne peut être demandé que par la voie d'un contrôle judiciaire, en application du paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4]. Cependant, les pouvoirs qu'a la Cour d'accorder les mesures prévues sont énoncés au paragraphe 18.1(3), comme suit :

#### 18.1 [...]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Pouvoirs de la  
Cour fédérale

[206] Les défendeurs disent que la Cour n'est habilitée qu'à déclarer illégal « toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte ». Ils sont d'avis que les demandeurs ne cherchent pas à faire déclarer illégal l'Arrêté de protection même et qu'ils ne visent pas non plus une autre décision ou procédure ou un autre acte qu'ils souhaitent voir déclarer illégal.

[207] Je crois qu'il est possible de répondre brièvement à cet argument : les demandeurs demandent effectivement à la Cour de déclarer l'Arrêté de protection illégal. Au paragraphe 192 de leur mémoire des faits

the Court to declare, *inter alia*, that it was “an error of law for the Ministers to limit the application and scope of the Protection Order to legally protect only geophysical parts of critical habitat”.

[208] What appears to lie behind the respondents’ objections to the relief claimed is that the Protection Order, on its face, does not reveal the mistake of law that was made at the time it was issued, and now that *Environmental Defence*, above, has made them fully aware of their mistake there is no need for the Court to pronounce upon the illegality of the Protection Order when it was made.

[209] I see several problems with this approach. First of all, the ministers have provided in this application no clear acknowledgement of the legal mistake that lies behind the Protection Order nor any suggestions for rectifying the confusion that may result if matters are left as they are. In the lead-up to the hearing of these applications, the ministers simply disregarded the merits of the applicants’ position and tried to persuade the Court that it had no jurisdiction to hear the Protection Order application and should not hear the Protection Statement application.

[210] This, together with the respondents’ unhelpful responses to the applicants’ attempts to clarify with them the legal issues raised in these applications, suggests to the Court that the ministers are reluctant to acknowledge the mistake that was made and to take steps to rectify it. It was only in response to questions put to legal counsel by the Court at the hearing of the Protection Order application that the ministers acknowledged that they did regard “critical habitat” as being confined to geophysical components prior to the decision in *Environmental Defence*, above, and that the Protection Order had been issued under their misapprehension of the law.

et du droit, les demandeurs précisent qu’ils veulent que la Cour déclare, notamment, que [TRADUCTION] « les ministres ont commis une erreur de droit en limitant l’application et la portée de l’Arrêté de protection de façon à ne protéger légalement que les parties géophysiques de l’habitat essentiel ».

[208] Ce qui semble sous-tendre les objections des défendeurs à l’égard du recours demandé est que l’Arrêté de protection, à première vue, ne révèle pas l’erreur de droit qui a été commise à l’époque où cet arrêté a été pris et que, maintenant que la décision *Environmental Defence*, précitée, leur a fait prendre tout à fait conscience de leur erreur, il n’est pas nécessaire que la Cour se prononce sur l’illégalité de l’Arrêté de protection à l’époque où il a été pris.

[209] Cette démarche, selon moi, suscite plusieurs problèmes. Tout d’abord, les ministres, dans la présente demande, ne reconnaissent pas clairement l’erreur de droit qui sous-tend l’Arrêté de protection, pas plus qu’ils ne formulent des suggestions pour rectifier la confusion qui pourrait s’ensuivre si on laisse les choses comme elles sont. Dans le processus qui a mené à l’audition des demandes, les ministres ont simplement fait abstraction du bien-fondé de la position des demandeurs et ont tenté de convaincre la Cour qu’elle n’était pas compétente pour entendre la demande relative à l’arrêté de protection et qu’elle ne devrait pas instruire la demande relative à la déclaration de protection.

[210] Ce fait, de pair avec les réponses inutiles des défendeurs aux tentatives faites par les demandeurs pour clarifier auprès d’eux les questions de droit soulevées dans les présentes demandes, amène la Cour à penser que les ministres sont réticents à reconnaître l’erreur qui a été commise et à prendre des mesures pour la corriger. Ce n’est qu’en réponse à des questions soumises aux avocats par la Cour à l’audition de la demande relative à l’arrêté de protection que les ministres ont reconnu qu’ils considéraient effectivement que l’« habitat essentiel » se limitait aux éléments géophysiques, avant que la décision soit rendue dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, et que l’Arrêté de protection avait été pris en se fondant sur leur mauvaise interprétation de la loi.



[211] Even if the ministers now intend to apply the Protection Order in accordance with *Environmental Defence*, so that all components of critical habitat—including the crucial factors of reductions in the availability of salmon prey, environmental contamination and physical and acoustic disturbance—will now be protected in accordance with section 58 of SARA, this does not resolve the problems caused by the issuance of the Protection Order.

[212] As the respondents themselves point out, the Protection Order, on its face, does not indicate what is included in critical habitat for the resident killer whales. Recourse has to be made to the Recovery Strategy and the RIAS. This causes a problem because the Recovery Strategy contains language that reflects the respondents' mistaken view of the law at the time the Protection Order was made. Anyone who wants to know which components of critical habitat of the resident killer whales are protected under SARA has to go to the Recovery Strategy for guidance. The respondents have made no suggestion as to how they intend to clarify the situation for anyone who is implementing, or attempting to follow, the Recovery Strategy but who was not in Court to hear counsel concede that all components of critical habitat for the resident killer whales should now be regarded as being covered by the Protection Order. Given the history of this matter, and the obvious reluctance by the respondents to acknowledge that critical habitat is more than just geophysical space, this crucial issue cannot be left in doubt. Otherwise, the lack of clarity could well lead to the thwarting of the purpose of SARA as regards the range of protection that must be afforded the resident killer whales.

[213] The Protection Statement that was posted to the SARA public registry on September 10, 2008, distinguished between the legal protection required by SARA for the geophysical attributes of critical habitat and the management and mitigation of other threats to the biological and ecosystem features of the habitat of the resident killer whales. This, together with the lead-up

[211] Même si les ministres ont maintenant l'intention d'appliquer l'Arrêté de protection d'une manière conforme à la décision *Environmental Defence*, de façon à ce que tous les éléments de l'habitat essentiel — y compris les facteurs cruciaux que sont la réduction de la disponibilité du saumon-proie, la contamination environnementale et les perturbations physiques et acoustiques — soient maintenant protégés d'une manière conforme à l'article 58 de la LEP, cela ne résout pas les problèmes qu'a causés la prise de l'Arrêté de protection.

[212] Comme les défendeurs le font remarquer eux-mêmes, l'Arrêté de protection, à première vue, ne dit pas ce qui est inclus dans l'habitat essentiel des épaulards résidents. Il faut pour cela se tourner vers le Programme de rétablissement et le REIR. Cela pose un problème car le Programme de rétablissement contient un libellé qui reflète l'opinion erronée des défendeurs quant au droit à l'époque où l'Arrêté de protection a été pris. Quiconque veut savoir quels éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents sont protégés sous le régime de la LEP doit consulter le Programme de rétablissement. Les défendeurs n'ont pas dit comment ils entendent clarifier la situation pour ceux qui mettent en œuvre, ou tentent de suivre, le Programme de rétablissement, mais qui n'étaient pas présents à l'audience pour entendre les avocats reconnaître que tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents doivent maintenant être considérés comme visés par l'Arrêté de protection. Vu l'historique de la présente affaire, et la réticence manifeste des défendeurs à reconnaître que l'habitat essentiel est plus qu'un simple espace géophysique, cette question cruciale ne peut pas rester douteuse. Sans cela, ce manque de clarté pourrait bien mener à la mise en échec de l'objet de la LEP quant à l'éventail des mesures de protection qui doivent être prises à l'égard des épaulards résidents.

[213] L'Énoncé sur la protection qui a été affiché dans le registre de la LEP le 10 septembre 2008 faisait une distinction entre, d'une part, la protection légale qu'exige la LEP pour les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et, d'autre part, la gestion et l'atténuation d'autres menaces pour les caractéristiques biologiques et écosystémiques de l'habitat des

to the Protection Statement, gave rise to a concern that the ministers perceived of two levels of protection for the resident killer whales. One of them was the geophysical space which they occupied and which the ministers regarded as having the full mandatory protection afforded by subsection 58(1) of SARA. The other was the biological and other ecosystem aspects of the whales' habitat, which the ministers considered should be managed and mitigated and which would not have the full protection of subsection 58(1) of SARA.

[214] As we now know, the Protection Statement of September 10, 2008 was replaced by the Protection Order of February 2009.

[215] However, both the Protection Statement and the Protection Order can be understood only by reference to the Recovery Strategy which, after much debate about what should be included under "critical habitat", was posted to the public registry on March 14, 2008.

[216] Notwithstanding the above-mentioned debate, the Protection Statement makes clear DFO's determination to maintain a distinction between geophysical features of critical habitat and biological and other ecosystem features.

[217] When the Protection Order was published in the *Canada Gazette*, Part II on March 4, 2009 it indicated that the prohibition in subsection 58(1) of SARA applies to the critical habitat of the resident killer whales that are described in Schedule 1. Schedule 1 is a list of marine coordinates for the geospatial location of critical habitat.

[218] Confusion occurred because the Protection Order was published with an accompanying RIAS that, at least in one section, appears to continue the distinction between the geophysical areas and the biological features of critical habitat [at page 340]:

The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations

épaulards résidents. Ce fait, de pair avec le processus qui a mené à la publication de l'Énoncé sur la protection, a amené à se demander si les ministres percevaient pour cette espèce deux niveaux de protection : l'un d'eux était l'espace géophysique que les épaulards occupaient et qui, selon les ministres, bénéficiait de la pleine protection impérative que confère le paragraphe 58(1) de la LEP; l'autre était les aspects biologiques et autres éléments écosystémiques de l'habitat des épaulards qui, selon les ministres, devaient être gérés et atténués et qui ne bénéficiaient pas de la pleine protection du paragraphe 58(1) de la LEP.

[214] Comme nous le savons maintenant, l'Énoncé sur la protection du 10 septembre 2008 a été remplacé par l'Arrêté de protection de février 2009.

[215] Cependant, tant l'Énoncé sur la protection que l'Arrêté de protection ne peuvent être interprétés qu'en se reportant au Programme de rétablissement qui, après bien des débats sur ce qu'il fallait inclure dans la notion d'« habitat essentiel », a été affiché dans le registre le 14 mars 2008.

[216] Indépendamment des débats susmentionnés, l'Énoncé sur la protection fait clairement état de la détermination du MPO à maintenir une distinction entre les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et les caractéristiques biologiques et autres éléments écosystémiques.

[217] Quand l'Arrêté de protection a été publié dans la Partie II de la *Gazette du Canada* le 4 mars 2009, il disait que l'interdiction prévue au paragraphe 58(1) de la LEP s'appliquait à l'habitat essentiel des épaulards résidents, qui est décrit à l'annexe 1. Cette dernière est une liste de coordonnées marines concernant l'emplacement géospatial de l'habitat essentiel.

[218] S'il y a eu confusion, c'est parce que l'Arrêté de protection a été publié avec un REIR qui, dans une de ses sections au moins, semble maintenir la distinction entre les zones géophysiques et les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel [à la page 340] :

Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques

concentrate. In addition, DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of the Northern and Southern Resident Killer Whales.

[219] More confusion is caused by the following wording from paragraph 3.2 of the Recovery Strategy which also suggests a distinction between geophysical features and the other components or features of critical habitat:

While for the purposes of SARA the critical habitat itself is a defined geophysical area (see above), other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment must be managed as threats so as not to compromise the function of the critical habitat and thus potentially impede survival and recovery.

[220] Clearly, there is a suggestion here of a distinction between the geophysical area, to which the protections of SARA are available, and “other ecosystem features”, which are not protected by SARA and which may have to be “managed”.

[221] This confusion is confirmed by the memorandum that went to the Minister of Fisheries and Oceans dated September 10, 2008:

The potential measures which could be used to provide legal protection for the Resident Killer Whale populations have been difficult to determine, given the complexities of the nature of the possible threats to the animals and to their critical habitat. The Recovery Strategy identifies the critical habitat in geophysical terms; it is the geophysical attributes of the critical habitat which must be protected by SARA. However, the Recovery Strategy also identifies a number of potential threats to the killer whales which need to be managed to ensure the survival and recovery of the species; these include availability of prey, acoustic degradation, and a variety of environmental pollutants. [Emphasis added.]

[222] The clear implication of these words is that the mandatory protection of SARA is required only for the geophysical features, while other features of

définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d'autres caractéristiques de cet écosystème, comme l'existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l'environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[219] Une autre source de confusion est le libellé suivant, extrait du paragraphe 3.2 du Programme de rétablissement, qui donne aussi à penser qu'il y a une distinction entre les caractéristiques géophysiques et les autres éléments ou caractéristiques de l'habitat essentiel :

Si, pour les besoins de la LEP, l'habitat essentiel lui-même consiste en une zone géophysique (voir ce qui précède), il reste que d'autres caractéristiques écosystémiques – par exemple, la disponibilité des proies et la qualité de l'environnement – doivent être gérées à titre de risques afin de ne pas compromettre la fonction de l'habitat essentiel et donc de ne pas entraver la survie et le rétablissement de l'espèce.

[220] Manifestement, on laisse entendre ici qu'il y a une distinction entre la zone géophysique, pour laquelle les mesures de protection de la LEP sont disponibles, et d'« autres caractéristiques écosystémiques », qui ne sont pas protégées par la LEP et qui doivent peut-être être « gérées ».

[221] La note de service qui a été adressée au ministre des Pêches et des Océans en date du 10 septembre 2008 confirme cette confusion :

[TRADUCTION] Les mesures qu'il serait possible de prendre pour protéger légalement les populations d'épaulard résident ont été difficiles à déterminer, à cause des complexités qui entourent la nature des menaces possibles pour les animaux et leur habitat essentiel. Le Programme de rétablissement désigne l'habitat essentiel en termes géophysiques; ce sont les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel que la LEP doit protéger. Cependant, le Programme de rétablissement désigne aussi, pour les épaulards, un certain nombre de menaces éventuelles qu'il est nécessaire de gérer si l'on veut assurer la survie et le rétablissement de l'espèce; ces menaces comprennent la disponibilité de proies, la dégradation acoustique et divers polluants environnementaux. [Non souligné dans l'original.]

[222] Ces mots disent clairement que la protection impérative de la LEP n'est exigée que pour les caractéristiques géophysiques, tandis que les autres

critical habitat are subject to discretionary management. As confirmed by Justice Campbell in *Environmental Defence*, above, this is a fundamental misreading of what constitutes critical habitat for the purposes of mandatory protection under SARA. This same misreading of SARA is evident in the analysis chart that accompanies the memorandum to the ministers.

[223] If DFO can read the Recovery Statement in this way, then presumably so can anyone else who consults it in order to determine the full scope of the Protection Order.

[224] These are confusions that could have, and should have, been cleared up and addressed without the need for legal action. This is precisely what the applicants attempted to do. On March 6, 2009, the applicants wrote to advise DFO of their concerns that the Protection Order might not legally protect the biological components of critical habitat of the resident killer whales and asked a series of pertinent questions aimed at clarification. DFO replied through counsel in a letter dated March 10, 2009.

[225] The precise question put to DFO by the applicants was:

Does the Order prohibit the destruction of the biological elements (or ecosystem features) of critical habitat? Or does the Order only prohibit destruction of geophysical features of habitat (namely, the seabed)?

[226] DFO's response to this question reads as follows:

Regarding your third question, as already mentioned, the consequence of issuing the s. 58 order is that destruction of the critical habitat becomes an offence. Two points arise from this. First, as you are aware, the critical habitats of these species were identified in the recovery strategy. That identification was not challenged by your clients, or by anyone else, and the time for doing so has long since passed. Second, the responsibility for prosecutions under s. 97 of *SARA* rests with the

caractéristiques de l'habitat essentiel font l'objet d'une gestion discrétionnaire. Comme l'a confirmé le juge Campbell dans la décision *Environmental Defence*, précitée, il s'agit là fondamentalement d'une mauvaise interprétation de ce qui constitue l'habitat essentiel pour les besoins de la protection impérative que prévoit la LEP. Cette même interprétation erronée de la LEP est évidente dans le tableau d'analyse qui accompagne la note de service destinée aux ministres.

[223] Si le MPO peut interpréter le Programme de rétablissement de cette façon, on peut donc présumer que toute autre personne qui le consulte pour déterminer la portée entière de l'Arrêté de protection peut arriver à la même interprétation.

[224] Il s'agit là de confusions qui auraient pu — et auraient dû — être éclaircies et réglées sans qu'il faille recourir à une action en justice. C'est précisément ce que les demandeurs ont tenté de faire. Le 6 mars 2009, ils ont écrit au MPO pour l'informer de leurs préoccupations à l'égard du fait que l'Arrêté de protection ne protégeait peut-être pas légalement les éléments biologiques de l'habitat essentiel des épaulards résidents et poser une série de questions pertinentes visant à clarifier la situation. Le MPO a répondu par l'entremise de ses avocats, dans une lettre datée du 10 mars 2009.

[225] La question précise que les demandeurs ont posée au MPO est la suivante :

[TRADUCTION] L'Arrêté interdit-il de détruire les éléments biologiques (ou les caractéristiques écosystémiques) de l'habitat essentiel? Ou alors l'Arrêté n'interdit-il que la destruction des caractéristiques géophysiques de l'habitat (à savoir, le fond de l'océan)?

[226] La réponse du MPO à cette question est la suivante :

[TRADUCTION] Au sujet de votre troisième question, comme il a déjà été mentionné, la conséquence de la prise de l'arrêté en vertu de l'article 58 est que la destruction de l'habitat essentiel devient une infraction. Il y a deux points qui découlent de cela. Premièrement, comme vous le savez, les habitats essentiels de ces espèces ont été désignés dans le Programme de rétablissement. Cette désignation n'a pas été contestée par vos clients, ni par qui que ce soit d'autre, et le temps pour le

Attorney General of Canada and the prosecutorial discretion of the Public Prosecution Service of Canada and not the competent ministers. As has occurred with similar provisions, such as s. 35 of the *Fisheries Act*, the law surrounding the scope and application of the prohibition set out in s. 58(1) will no doubt evolve over time as prosecutions occur.

[227] In my view, as an answer to a straight question, this is highly evasive. It is difficult to see what prosecutions have got to do with the matter in hand. Unless all concerned are clear about what is included in “critical habitat” the Attorney General of Canada will not know who or what to prosecute. Prosecutions do not define critical habitat, they enforce the protections to critical habitat afforded by SARA.

[228] Also, to point out that critical habitats “were identified in the recovery strategy” is the equivalent of saying that the doubts created by the ambiguous wording in the Recovery Strategy and perpetuated by DFO’s own memorandum to the ministers are the problem of the applicants, and DFO has no interest in clarification. There may well be a reason for this, of course. In the absence of an explanation, however, the record suggests to me that DFO was not interested in resolving the confusion caused by its own documents and former position and had hopes of carrying forward the distinction between geophysical space (protected by SARA) and other aspects of habitat (subject to discretionary management and not protected by SARA). I say this because, in the absence of an explanation, there is no other plausible reason why the simple question could not have been answered or why, given the answers and the concessions made in open Court before me by the respondents as part of this application, the applicants should have been forced to bring this matter before the Court.

[229] The fact that no meaningful answer was provided to the applicants’ request for clarification on the scope of protection provided by the Protection Order

faire est expiré depuis longtemps. Deuxièmement, la responsabilité d’engager une poursuite en vertu de l’article 97 de la LEP relève du procureur général du Canada et du pouvoir discrétionnaire du Service des poursuites pénales du Canada d’engager des poursuites, et non des ministres compétents. Comme cela est arrivé dans le cas de dispositions semblables, comme l’article 35 de la *Loi sur les pêches*, le droit entourant la portée et l’application de l’interdiction énoncée au paragraphe 58(1) évoluera sans aucun doute à la longue à mesure que l’on engagera des poursuites.

[227] À mon avis, cette réponse, donnée à une question directe, est des plus évasives. Il est difficile de voir ce que les poursuites ont à voir avec la présente affaire. À moins que tous les intéressés sachent clairement ce qui est inclus dans l’« habitat essentiel », le procureur général du Canada ne saura pas quoi ou qui poursuivre. Les poursuites ne définissent pas l’habitat essentiel, elles exécutent les mesures de protection de l’habitat essentiel qu’accorde la LEP.

[228] En outre, signaler que les habitats essentiels [TRADUCTION] « ont été désignés dans le Programme de rétablissement » revient à dire que les doutes que crée le libellé ambigu du Programme de rétablissement et que perpétue la propre note de service du MPO aux ministres est le problème des demandeurs, et que le MPO n’a pas intérêt à clarifier les choses. Bien sûr, il y a peut-être bien une raison à cela. Cependant, à défaut d’une explication, le dossier me donne à penser que le MPO n’était pas intéressé à régler la confusion causée par ses propres documents et sa position antérieure et qu’il espérait maintenir la distinction faite entre l’espace géophysique (protégé par la LEP) et d’autres aspects de l’habitat (sous réserve d’une gestion discrétionnaire, et non protégés par la LEP). Si je dis cela c’est que, sans explication, il n’y a pas d’autre raison plausible pour laquelle on ne pouvait pas répondre à cette question simple, ou pour laquelle, compte tenu des réponses qu’ont données et des concessions qu’ont faites les défendeurs à audience devant moi dans le cadre de la présente demande, les demandeurs ont dû soumettre l’affaire à la Cour.

[229] Le fait qu’aucune réponse sérieuse n’ait été donnée à la demande d’éclaircissements des demandeurs au sujet de la protection que confère l’Arrêté de

made the Protection Order application inevitable, and it was commenced by the applicants on April 3, 2009.

[230] What is interesting is that Justice Campbell clarified the full meaning of “critical habitat” under SARA in *Environmental Defence*, above. That decision was issued on September 9, 2009. At the hearing of the Protection Order application before me, the respondents conceded that Justice Campbell had decided the legal issue and the respondents now took the position that the Protection Order covered all aspects of critical habitat that the applicant felt it should cover.

[231] This tells the Court two things of note. First, at the time of the issuance of the Protection Order in February 2009, and as late as respondents’ counsel’s reply letter of March 2009, the respondents did not regard critical habitat as anything but geophysical space but were unwilling to admit this fact to the applicants, which is why their reply to the applicants’ question was so evasive. Second, it reveals that the respondents changed their mind about the full scope of “critical habitat” following Justice Campbell’s decision in *Environmental Defence*, above, but did not bother to inform the applicants. Rather they resisted the Protection Order application all the way, initially provided no argument on the merits and advised the Court it had no jurisdiction to hear the application. Only when the Court put specific questions to counsel at the hearing did the respondents concede that they accepted the applicants’ version of what was included in critical habitat. The respondents argued further that the Protection Order application was unnecessary because the Protection Order now covered the biological and ecosystem aspects of critical habitat, a fact which the respondents had refused to clarify when asked the question in March 2009 or at any time up to the hearing.

protection a entraîné forcément le dépôt de la demande relative à l’arrêté de protection, ce que les demandeurs ont fait le 3 avril 2009.

[230] Il est intéressant de noter que le juge Campbell a clarifié le sens complet de l’expression « habitat essentiel » sous le régime de la LEP dans la décision *Environmental Defence*, précitée. Cette dernière a été rendue le 9 septembre 2009. À l’audition, devant moi, de la demande relative à l’arrêté de protection, les défendeurs ont admis que le juge Campbell avait tranché la question de droit et ils ont ensuite exprimé l’avis que l’Arrêté de protection visait tous les aspects de l’habitat essentiel qu’il fallait, selon les demandeurs, qu’il couvre.

[231] Cela dit à la Cour qu’il y a deux choses à signaler. Premièrement, au moment de la prise de l’Arrêté de protection en février 2009, et jusqu’à la lettre de réponse de leurs avocats datée de mars 2009, les défendeurs ne considéraient l’habitat essentiel que comme un simple espace géophysique, mais ils n’étaient pas disposés à reconnaître ce fait aux demandeurs, ce qui explique le caractère si évasif de leur réponse à la question de ces derniers. Deuxièmement, cela révèle que les défendeurs ont changé d’avis au sujet de la portée entière de l’« habitat essentiel » à la suite de la décision du juge Campbell dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, mais qu’ils n’ont pas pris la peine d’en informer les demandeurs. Ils ont plutôt résisté jusqu’au bout à la demande relative à l’arrêté de protection, n’ont fourni au départ aucun argument quant au bien-fondé de cette dernière et ont informé la Cour qu’elle n’était pas compétente pour instruire la demande. Ce n’est que lorsque la Cour a posé des questions précises aux avocats à l’audience que les défendeurs ont admis qu’ils souscrivaient à la version des demandeurs sur ce qui était inclus dans l’habitat essentiel. Ils ont allégué de plus que la demande relative à l’arrêté de protection était inutile parce que cet arrêté englobait maintenant les aspects biologiques et écosystémiques de l’habitat essentiel, un fait qu’ils avaient refusé d’éclaircir lorsque la question leur avait été posée en mars 2009, ou à un moment quelconque avant l’audience.

[232] All of this convinces me that the Protection Order application was, and remains, absolutely necessary.

[233] The respondents have, in effect, now indicated to the Court that they accept the applicants' position on the meaning of critical habitat and the scope of protection afforded the resident killer whales under SARA, but they do not want me to look at the merits of the Protection Order application because, *inter alia*, I lack the jurisdiction.

[234] I am left wondering, then, what lies behind the respondents' resistance. If they did not want me to hear the Protection Order application, all they had to do, following the *Environmental Defence* decision, was to clarify their new position with the applicants and in the public record. I have been offered no explanation as to why this could not have happened.

[235] In any event, in light of the respondents' evasive conduct and the confusing state of the public record as outlined above, I believe the Court has to bring to the issue at hand the clarification that the respondents have refused to provide. The applicants have satisfied the burden for the declaratory relief they seek in relation to the Protection Order.

#### Protection Statement Application

Should the Court hear it?

[236] Justice O'Reilly has already decided that the Protection Statement application is moot. Nevertheless, he has left it to me to decide whether the Court should exercise its discretion to hear and decide the application after hearing the merits of both applications and with the benefit of full submissions and relevant evidence from both sides.

[232] Tout cela me convainc que la demande relative à l'arrêté de protection était — et demeure — absolument nécessaire.

[233] Les défendeurs ont, en fait, admis maintenant à la Cour qu'ils souscrivent à la position des demandeurs quant au sens de l'habitat essentiel et à la portée de la protection assurée à l'épaulard résident sous le régime de la LEP, mais ils ne veulent pas que j'examine le bien-fondé de la demande relative à l'arrêté de protection parce que, notamment, je n'ai pas la compétence requise pour le faire.

[234] Je me demande dans ce cas ce qui se cache derrière la résistance des défendeurs. S'ils ne voulaient pas que j'instruise la demande relative à l'arrêté de protection, tout ce qu'ils avaient à faire, suivant la décision *Environmental Defence*, était d'éclaircir leur nouvelle position auprès des demandeurs, ainsi que dans le dossier public. On ne m'a donné aucune explication quant à la raison pour laquelle cela n'avait pas pu se faire.

[235] Quoi qu'il en soit, compte tenu de la conduite évasive des défendeurs et de l'état embrouillé du dossier public, comme je l'ai mentionné ci-dessus, je crois que la Cour doit donner à la question en litige l'éclaircissement que les défendeurs ont refusé de fournir. Les demandeurs se sont acquittés du fardeau nécessaire pour obtenir le jugement déclaratoire qu'ils sollicitent en rapport avec l'Arrêté de protection.

#### La demande relative à la déclaration de protection

La Cour devrait-elle l'instruire?

[236] Le juge O'Reilly a déjà décidé que la demande relative à la déclaration de protection est de nature théorique. Néanmoins, il m'a laissé le soin de décider si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire et trancher la demande, après avoir examiné le bien-fondé des deux demandes et avoir obtenu les observations complètes et les éléments de preuve pertinents des deux parties.

[237] In both the Protection Order application and the Protection Statement application, the respondents initially chose not to provide me with submissions on the merits. Instead, they focussed on mootness and why I should not hear either application. However, the respondents have since conceded that there is some merit in both applications. With respect to the Protection Statement application, for example, the respondents conceded at the hearing that a protection statement cannot rely upon provincial laws and can rely only upon protection, other than SARA, that is “presently in force” at the time the statement is issued. Following the Court’s direction to the respondents that they provide the Court with submissions on the merits of the Protection Statement application, the respondents have now in their supplemental written submissions made further concessions on the merits of the applicants’ argument. These concessions are as follows:

1. Provincial laws cannot be relied on to provide the protection required by paragraph 58(5)(b);
2. A protection statement cannot rely on future statutory or regulatory instruments that are not in place at the time that the protection statement is issued;
3. The protection that must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes—in this case, acoustics, water quality and availability of prey.

[238] As far as the merits are concerned then, this leaves the following outstanding points of contention between the parties:

1. Whether a provision of a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA must be a legal provision;

[237] Dans la demande relative à l’arrêté de protection et la demande relative à la déclaration de protection, les défendeurs ont décidé au départ de ne pas me faire part d’observations sur le bien-fondé de ces demandes. Ils ont plutôt mis l’accent sur le caractère théorique et sur la raison pour laquelle je ne devais instruire ni l’une ni l’autre demande. Toutefois, ils ont depuis ce temps admis qu’il y a un certain fondement aux deux demandes. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection, par exemple, ils ont admis à l’audience qu’une déclaration de protection ne peut pas reposer sur des lois provinciales et qu’elle ne peut être fondée que sur les mesures de protection, autres que celles que comporte la LEP, qui sont [TRADUCTION] « présentement en vigueur » à l’époque où la déclaration est émise. À la suite de la directive que la Cour a donnée aux défendeurs, à savoir qu’ils lui fassent part d’observations sur le bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection, les défendeurs ont maintenant, dans leurs observations écrites supplémentaires, fait d’autres concessions au sujet du bien-fondé des arguments des demandeurs. Ces concessions sont les suivantes :

1. on ne peut se fonder sur les lois provinciales pour assurer la protection qu’exige l’alinéa 58(5)b);
2. une déclaration de protection ne peut être fondée sur des textes légaux ou réglementaires futurs qui ne sont pas en vigueur à l’époque où la déclaration de protection est émise;
3. la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou l’une quelconque de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies.

[238] En ce qui concerne le bien-fondé des demandes, il subsiste donc entre les parties les points de désaccord suivants :

1. si une disposition d’une déclaration de protection émise en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP doit être une disposition légale;



2. Whether the legal protection must act as a substitute for the prohibition in subsection 58(1)—that is, it must be a mandatory, enforceable prohibition against destruction.

[239] There is no disagreement as to the applicable law when the Court has to consider exercising its discretion to hear a moot application. The discretion should be exercised only in exceptional circumstances in accordance with the three factors established by the Supreme Court of Canada in *Borowski*, above, at pages 358–362:

- a. the presence of an adversarial context;
- b. the concern for judicial economy;
- c. the need for the Court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function, which means that the Court must be sensitive to its role as the adjudicative branch in the Canadian political framework.

[240] In setting out the relevant criteria to consider, the Supreme Court of Canada, in *Borowski*, above, was careful to point out (at page 363) that this is not a mechanical process:

The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

#### Adversarial context

[241] Because the ministers, on both applications, initially chose not to address fully the merits raised by the applicants, it was not possible to assess precisely the full extent of the adversarial context. As already discussed, as part of the Protection Order application, the ministers conceded in oral argument that they did not now take issue with the scope of critical habitat put forward by the applicants. This appears to have

2. si la protection légale doit tenir lieu de substitut à l'interdiction prévue au paragraphe 58(1) — c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire.

[239] Il n'y a pas de désaccord quant au droit qui s'applique quand la Cour doit envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire une demande de nature théorique. Ce pouvoir ne doit être exercé que dans des circonstances exceptionnelles, conformément aux trois facteurs que la Cour suprême du Canada a établis dans l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 358 à 362 :

- a. la présence d'un contexte contradictoire;
- b. le souci de l'économie des ressources judiciaires;
- c. la nécessité pour la Cour d'être sensible à sa fonction véritable dans l'élaboration du droit, ce qui veut dire que la Cour doit être consciente de sa fonction juridictionnelle dans la structure politique canadienne.

[240] En énonçant les critères à prendre en considération, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Borowski*, précité, a pris soin de souligner (à la page 363 du recueil) qu'il ne s'agit pas d'un processus mécanique :

Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

#### Le contexte contradictoire

[241] Étant donné que les ministres, dans le cadre des deux demandes, ont décidé au départ de ne pas traiter entièrement du bien-fondé des arguments invoqués par les demandeurs, il a été impossible d'apprécier avec précision l'étendue complète du contexte contradictoire. Comme je l'ai déjà mentionné, dans le cadre de la demande relative à l'arrêté de protection, les ministres ont concédé lors des plaidoiries qu'ils ne contestaient

been prompted by Justice Campbell's decision in *Environmental Defence*, above.

[242] In relation to the Protection Statement application, following questions and directions from the Court, the respondents have conceded a great deal. However, they have also now revealed that their interpretation of section 58 of SARA is significantly at odds with that of the applicants on fundamental issues that have far-reaching implications for the protection of the resident killer whales as well as other species in danger of extinction and extirpation. The promptings of the Court have revealed that, indeed, there is an ongoing adversarial context between the parties that requires resolution.

[243] It emerged during argument that the applicants are particularly concerned by the ministers' reliance upon broad discretionary powers, such as those found in the *Fisheries Act*, as being equivalent to the mandatory protections contained in section 58 of SARA, and this crucial issue was not fully addressed by the respondents.

[244] All in all, then, I think I have to conclude that there is significant dispute concerning the respondents' duties under section 58 of SARA and that this dispute will continue unless the law is clarified concerning what non-SARA protections can legally be relied upon in a protection statement.

[245] I think it is also obvious that if this dispute is not resolved there could be serious collateral consequences for other species in need of protection but lacking champions to bring their cause before the Court. There is an urgency about species protection that is captured in the objectives and timelines found in SARA, and which suggests that this dispute should be settled quickly before collateral damage occurs.

plus la portée de l'habitat essentiel qu'avançaient les demandeurs. Cela semble être dû à la décision du juge Campbell dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée.

[242] Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection, à la suite de questions et de directives de la Cour, les défendeurs en ont concédé une grande partie. Cependant, ils ont maintenant aussi révélé que leur interprétation de l'article 58 de la LEP contredit nettement celle des demandeurs au sujet de questions fondamentales qui sont lourdes de conséquences pour la protection des épaulards résidents ainsi que pour d'autres espèces qui risquent de disparaître du pays et de la planète. Les demandes de la Cour ont révélé qu'il existe bel et bien un contexte contradictoire qui oppose les parties et qui doit être réglé.

[243] Il est ressorti lors des plaidoiries que les demandeurs se soucient particulièrement du fait que les ministres considèrent de vastes pouvoirs discrétionnaires, comme ceux qui figurent dans la *Loi sur les pêches*, comme l'équivalent des protections impératives que contient l'article 58 de la LEP, et les défendeurs n'ont pas traité entièrement de cette question cruciale.

[244] Dans l'ensemble, donc, je crois qu'il me faut conclure qu'il existe un litige important au sujet des obligations qu'impose l'article 58 de la LEP aux défendeurs et que ce litige se poursuivra si l'on ne clarifie pas le droit quant aux mesures de protection autres que celles de la LEP que l'on peut légalement invoquer dans le cadre d'une déclaration de protection.

[245] Je crois qu'il est également évident que si ce litige n'est pas réglé, il pourrait y avoir de graves conséquences accessoires pour d'autres espèces à protéger, mais sans défenseurs pour soumettre leur cause à la Cour. La protection des espèces revêt un caractère urgent que saisissent les objectifs et les délais que l'on trouve dans la LEP, et cela donne à penser qu'il faudrait rapidement régler ce litige avant qu'il survienne des dommages indirects.

## Judicial economy

[246] The respondents prefer that the dispute between the parties be settled on a case-by-case basis and that the Court not make decisions in a factual vacuum which might hamper future cases.

[247] While I recognize that I should not be making decisions in a factual vacuum, it seems to me that the dispute between the parties is not a factual dispute and that the question of what can be relied upon in a protection statement is clearly a question of law that is not fact dependent. For example, the respondents themselves have now stated clearly that the ministers cannot rely upon provincial laws and that they must refer to provisions that are in force at the time of the issuance of the protection statement.

[248] I recognize that, in theory at least, there could be some dispute concerning the effectiveness and scope of a particular provision or measure relied upon and set out in some “other Act of Parliament”, but I do not think that future cases would be hampered by a statutory interpretation of what SARA requires in terms of any particular provision or measure. It seems to me, in fact, that such statutory interpretation is inevitable before any particular provision or measure can be assessed.

[249] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 20–21, the Supreme Court of Canada directed that the Court should “weigh the expenditure of scarce judicial resources ‘against the social cost of continued uncertainty in the law’”. In the case before me, significant judicial resources have already been expended in bringing before the Court a general point of law. This expenditure has a lot to do with the way the respondents have continued to resist points put forward by the applicants over time but which they now concede in open Court. If the continued uncertainty regarding the ministers’ obligations under SARA is allowed to continue this could put vulnerable species at risk. I see nothing to be gained, and much that could be lost, by postponing a

## L’économie des ressources judiciaires

[246] Les défendeurs préfèrent que le litige opposant les parties soit réglé au cas par cas et que la Cour ne rende pas de décision en l’absence de faits, ce qui pourrait nuire à des causes futures.

[247] Je suis conscient qu’il ne faudrait pas que je rende de décisions en l’absence de faits, mais il me semble que le litige entre les parties n’est pas de nature factuelle et que la question de savoir sur quoi l’on peut se fonder dans une déclaration de protection est manifestement une question de droit qui ne dépend pas de faits. Par exemple, les défendeurs eux-mêmes ont maintenant clairement admis que les ministres ne peuvent pas se fonder sur des lois provinciales et qu’ils doivent faire référence à des dispositions qui sont en vigueur au moment où la déclaration de protection est faite.

[248] Je reconnais que, en théorie du moins, l’efficacité et la portée d’une disposition ou d’une mesure particulière sur laquelle on se fonderait et qui serait énoncée dans une « autre loi fédérale » pourraient susciter un certain désaccord, mais je ne crois pas qu’une interprétation de ce que la LEP exige en matière de dispositions ou de mesures particulières pourrait nuire à des causes futures. Il me semble, en réalité, qu’une telle interprétation de la Loi doit être faite avant que l’on puisse évaluer n’importe quelle disposition ou mesure particulière.

[249] Dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 20 et 21, la Cour suprême du Canada a prescrit que la Cour devait « soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du “coût social de l’incertitude du droit” ». En l’espèce, des ressources judiciaires considérables ont déjà été dépensées pour présenter à la Cour un point de droit général. Cette dépense est fortement liée à la façon dont les défendeurs ont continué de s’opposer aux points que les demandeurs ont invoqués à la longue, mais que les défendeurs concèdent maintenant à l’audience. Si on laisse persister l’incertitude constante entourant les obligations qu’impose aux ministres la LEP, cela pourrait mettre en danger des espèces vulnérables. Selon moi, il n’y a rien

decision on this issue until such time as another protection statement might be brought before the Court. As the applicants point out, continuing legal uncertainty will have environmental costs and vulnerable species could well be deprived of the full protection that SARA says they should have. This uncertainty undermines the overall purpose of SARA. The present dispute has national implications for all aquatic species at risk and the respondents' continued reliance upon ministerial discretion under statutes such as the *Fisheries Act* could affect endangered species generally. As the applicants point out, an endangered species is one facing imminent extirpation or extinction. Such species should not have to await full protection, which may not come for some time if this issue is not decided now. Those with an interest must know how the law governing protection statements is intended to apply. Many choices depend upon this, and those who educate the world about the scope of protection under SARA need to know now what the legal obligations of the ministers are.

[250] The dispute in the Protection Statement application raises a fundamental question of statutory interpretation based on the complete evidentiary record that is before me. The ministers' approach to these applications convinces me that the issue must be decided. Otherwise, DFO will continue to rely upon provisions and measures that do not legally protect the critical habitat of species at risk as SARA says it should be protected. The ministers have already conceded that: (a) a protection statement must, apart from section 11 conservation agreements, rely upon federal law; (b) the legal protection relied upon must be in force at the time the protection statement is issued; and (c) the provisions referred to and relied upon must protect all components of critical habitat. However, the ministers do not agree that: (a) only legal provisions can be cited in a protection statement; and (b) the provisions cited in a protection statement must be a substitute for the prohibition

à gagner, et beaucoup à perdre, en reportant une décision sur cette question jusqu'à ce qu'au jour où une autre déclaration de protection soit soumise à la Cour. Comme le font remarquer les demandeurs, la persistance d'une incertitude juridique aura des coûts environnementaux et il se pourrait fort bien que des espèces vulnérables soient privées de la protection complète qu'elles devraient avoir, selon la LEP. Cette incertitude mine l'objet global de la LEP. Le présent litige a des conséquences nationales pour toutes les espèces aquatiques en péril, et le fait que les défendeurs continuent de se fonder sur leurs pouvoirs discrétionnaires ministériels sous le régime de lois telles que la *Loi sur les pêches* pourrait toucher les espèces menacées en général. Comme le soulignent les demandeurs, une espèce en voie de disparition est une espèce qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète. Il ne faudrait pas que cette espèce doive attendre une protection complète, ce qui pourrait ne pas se faire avant un certain temps si l'on ne tranche pas cette question dès à présent. Les intéressés doivent savoir de quelle façon est censé s'appliquer le droit régissant les déclarations de protection. Bien des choix en dépendent, et ceux qui informent la planète de la portée de la protection que confère la LEP doivent savoir dès à présent quelles sont les obligations légales des ministres.

[250] Le litige que présente la demande relative à la déclaration de protection soulève une question fondamentale d'interprétation des lois, et celle-ci repose sur le dossier de preuve complet qui m'a été soumis. La manière dont les ministres abordent ces demandes me convainc qu'il est nécessaire de trancher la question. Sans cela, le MPO continuera de se fonder sur des dispositions et des mesures qui ne protègent pas légalement l'habitat essentiel d'espèces en péril comme il devrait l'être selon la LEP. Les ministres ont déjà concédé ce qui suit : a) une déclaration de protection doit, à part les accords de conservation conclus au titre de l'article 11, être fondée sur une loi fédérale; b) la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est émise; c) les dispositions auxquelles il est fait référence et sur lesquelles on se fonde doivent protéger tous les éléments de l'habitat essentiel. Cependant, les ministres ne conviennent pas

contained in subsection 58(1) of SARA and may not lawfully provide a lesser standard of legal protection.

[251] The Court must be wary of pronouncing judgments in the absence of a dispute affecting the rights of the parties. In my view, however, a decision on this issue will not lead to an unnecessary precedent. It will, rather, lead to a necessary precedent in an ongoing dispute where the public interest calls out for a speedy resolution.

[252] All in all, I think the applicants have established that, notwithstanding the mootness of the Protection Statement application, the Court should nevertheless hear and decide the fundamental issues of disagreement between the parties concerning what can lawfully be relied upon in a protection statement and whether the Protection Statement in this case was illegal for failing to provide the protections that SARA says the ministers owe to the resident killer whales.

#### Merits of Protection Statement application

[253] Generally speaking, I believe the applicants are correct in the assertions they make regarding the legal requirements for the provisions and measures that the ministers may rely upon in a protection statement. They are equally correct, in my view, in their assessment of the illegality of the Protection Statement at issue in this application.

#### Protection Statement

[254] A protection statement cites the provisions of other federal laws that legally protect critical habitat.

de ce qui suit : a) seules des dispositions légales peuvent être citées dans une déclaration de protection; b) les dispositions citées dans une déclaration de protection doivent tenir lieu de substitut à l'interdiction que contient le paragraphe 58(1) de la LEP et elles ne peuvent pas offrir, de manière légale, un niveau de protection légale inférieur.

[251] La Cour doit se garder de rendre des jugements en l'absence d'un litige touchant les droits des parties. Cependant, à mon avis, une décision sur cette question ne créera pas un précédent inutile. Elle mènera plutôt à un précédent nécessaire, au sein d'un litige qui perdure et pour lequel l'intérêt public exige une solution rapide.

[252] Somme toute, je crois que les demandeurs ont établi que, indépendamment du caractère théorique de la demande relative à la déclaration de protection, la Cour doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l'espèce, l'Énoncé sur la protection était illégal parce qu'il omettait de fournir les mesures de protection que, d'après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l'égard des épaulards résidents.

#### Le bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection

[253] Je crois que, de façon générale, les demandeurs ont raison dans les affirmations qu'ils font au sujet des exigences légales concernant les dispositions et les mesures sur lesquelles les ministres peuvent se fonder dans une déclaration de protection. Ils ont également raison, selon moi, dans l'évaluation qu'ils font de l'illégalité de l'Énoncé sur la protection qui est en litige en l'espèce.

#### L'Énoncé sur la protection

[254] Une déclaration de protection cite les dispositions d'autres lois fédérales qui protègent légalement

These other provisions are intended, in my view, to substitute for the prohibition against the destruction of critical habitat in subsection 58(1) of SARA.

[255] If critical habitat is not protected directly under SARA, but by other federal legislation, compliance with and enforcement of those other federal laws is the responsibility of the agency charged with administering the legislation in question. See: Environment Canada, *Species at Risk Act Policies: Policies and Guidelines Series: Draft* (Ottawa: Minister of the Environment, 2009), at page 18 (Draft Species at Risk Policies).

[256] Two key points arise from this scheme. First, the protection against the destruction of critical habitat, provided by subsection 58(1) of SARA, applies only where a competent minister issues a protection order under subsection 58(4).

[257] Second, and importantly, the minister has, in my view, no discretion to “choose” to give critical habitat any lesser legal protection against destruction than the protection provided through a subsection 58(4) protection order. Put another way, in my view, a competent minister has no discretion to rely on a provision of another federal law unless that law provides an equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through subsections 58(1) and (4). If a provision cited in a protection statement does not legally protect critical habitat to a degree equalling the protection under subsection 58(1) and other SARA provisions, then the minister must issue a protection order.

#### Disagreement between the parties

[258] The Court’s direction to the respondents to provide supplementary submissions on the merits of the Protection Statement application has, at last,

l’habitat essentiel. Ces autres dispositions sont destinées, selon moi, à remplacer l’interdiction relative à la destruction de l’habitat essentiel que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP.

[255] Si l’habitat essentiel n’est pas protégé directement sous le régime de la LEP, mais par d’autres lois fédérales, c’est à l’organisme chargé d’appliquer les lois en question qu’incombe la responsabilité de respecter et de faire appliquer ces autres lois fédérales. Voir : Environnement Canada, *Politiques de la Loi sur les espèces en péril : Série de politiques et de lignes directrices : Ébauche* (Ottawa : Ministre de l’Environnement, 2009), à la page 19 (Politiques sur les espèces en péril : Ébauche).

[256] Il y a deux points importants qui découlent de ce régime. Premièrement, la protection relative à la destruction de l’habitat essentiel, que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP, ne s’applique que dans les cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4).

[257] Deuxièmement, et ceci est important, le ministre n’a pas, selon moi, le pouvoir discrétionnaire de « décider » de conférer à l’habitat essentiel un degré de protection légale contre une destruction, qui soit inférieure au degré de protection que l’on offre par un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4). Autrement dit, selon moi, un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des paragraphes 58(1) et (4). Si une disposition citée dans une déclaration de protection ne protège pas légalement l’habitat essentiel jusqu’à un point qui équivaut à la protection que prévoient le paragraphe 58(1) et d’autres dispositions de la LEP, cela signifie que le ministre doit prendre un arrêté de protection.

#### Le désaccord entre les parties

[258] La directive que la Cour a donnée aux défendeurs, c’est-à-dire fournir des observations supplémentaires sur le bien-fondé de la demande relative

allowed me to see precisely where and why the parties disagree. This was a necessary prelude to my decision on whether or not to hear a moot application and, having chosen to hear it, to my decision on the merits.

[259] The point of disagreement is fundamental and it involves an important point of statutory interpretation that has far-reaching implications for those who administer and/or who are bound by the scheme set up under SARA. Essentially, the main issue is as follows.

[260] The respondents say that Parliament intended to afford some flexibility for the manner in which critical habitat protection is provided. Any protection statement, including the Protection Statement at issue in this application, does not have to rely upon statutory provisions and instruments which provide protection “in the same manner as the protection order.”

[261] The respondents say that, under SARA, Parliament has provided the ministers with two options to protect critical habitat. The ministers can publish a protection statement setting out how critical habitat is “already protected”, or the ministers can make a protection order that puts in place a “prohibition against the destruction of any part of critical habitat”.

[262] The respondents concede that both options “must achieve the same goal—the protection of the location and identified attributes of critical habitat—but they are not required to do so in the same manner”.

[263] The respondents further concede as follows:

To be clear, the respondent [*sic*] only takes issue with the manner in which the applicants say protection must be provided in every case. The respondent [*sic*] agrees that the protection which must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes – in this case, acoustics, water quality, and availability of prey.

à la déclaration de protection, m’a permis, enfin, de voir précisément où et pourquoi les parties sont en désaccord. Il s’agissait là d’un préluce nécessaire à ma décision concernant la question d’entendre ou non une demande de nature théorique et, après avoir décidé de l’entendre, à ma décision sur le bien-fondé de cette dernière.

[259] Le point de désaccord est fondamental et il met en cause un important point d’interprétation des lois qui est lourd de conséquences pour ceux qui appliquent le régime établi dans le cadre de la LEP, ou qui sont liés par lui. Essentiellement, le point principal est le suivant.

[260] Les défendeurs disent que le législateur entendait accorder une certaine souplesse quant à la façon de protéger l’habitat essentiel. Toute déclaration de protection, y compris celle qui est en litige dans la présente demande, n’a pas à être fondée sur des dispositions légales et des textes réglementaires qui assurent une protection [TRADUCTION] « de la même façon que l’arrêté de protection ».

[261] Les défendeurs disent que, sous le régime de la LEP, le législateur a donné aux ministres deux options pour protéger l’habitat essentiel. Ces derniers peuvent publier une déclaration de protection exposant la manière dont l’habitat essentiel est [TRADUCTION] « déjà protégé », ou ils peuvent prendre un arrêté de protection qui met en place une [TRADUCTION] « interdiction de détruire n’importe quelle partie de l’habitat essentiel ».

[262] Les défendeurs concèdent que ces deux options [TRADUCTION] « doivent atteindre le même but — la protection de l’emplacement et des caractéristiques désignées de l’habitat essentiel — mais ils ne sont pas tenus de le faire de la même manière ».

[263] Les défendeurs concèdent de plus ce qui suit :

[TRADUCTION] En clair, les défendeurs ne contestent que la façon dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas. Les défendeurs conviennent que la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies.

[264] As opposed to the applicants, the respondents say that, to achieve the conceded extent of protection, an instrument or provision relied upon in a protection statement need not be a legal provision and a federal law “which provides protection in the form of a mandatory, enforceable prohibition against destruction”. The applicants’ approach, say the respondents, “ignores the structure of the SARA and makes meaningless the options provided to the Minister by Parliament in the text of s. 58”.

[265] It is immediately apparent, then, that the respondents believe that the protection of critical habitat under SARA can, at the option of the minister, take one of two forms. The minister can always, if he chooses, issue a protection order which will engage the mandatory prohibitions contained in SARA. But she or he can also choose to do something else: i.e. to issue a protection statement that does not need to provide protection in the form of a mandatory, enforceable prohibition against destruction.

[266] At first blush, it is difficult for the Court to see how a protection statement that does not rely upon a mandatory, enforceable prohibition against destruction of critical habitat can, as the respondents concede it must, provide protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes—in this case, acoustics, water quality and availability of prey. However, as the respondents explain it, the answer is to be found in the statutory interpretation of section 58 of SARA.

[267] The respondents say that subsection 58(1) of SARA sets out the prohibition against the destruction of physical habitat. But the subsection 58(1) prohibition is “subject to this section.” So this means, the respondents argue, that the subsection 58(1) prohibition does not apply unless the minister issues a protection order in which the critical habitat, or a portion thereof, is specified.

[268] The respondents agree that, although the minister can always issue a protection order, she or he

[264] Contrairement aux demandeurs, les défendeurs disent que, pour atteindre le degré de protection admis, il n’est pas nécessaire qu’un texte ou une disposition que l’on invoque dans une déclaration de protection soit une disposition légale et une loi fédérale [TRADUCTION] « qui assure une protection sous la forme d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire ». L’approche des demandeurs, disent les défendeurs, [TRADUCTION] « fait abstraction de la structure de la LEP et rend inutiles les options que le législateur offre au ministre dans le texte de l’article 58 ».

[265] Il apparaît tout de suite évident que les défendeurs croient que la protection de l’habitat essentiel que prévoit la LEP peut, au choix du ministre, revêtir l’une des deux formes suivantes : le ministre peut toujours, s’il le décide, prendre un arrêté de protection qui déclenchera les interdictions impératives que contient la LEP; mais il peut aussi décider de prendre une autre mesure : émettre une déclaration de protection qui n’a pas à assurer une protection sous la forme d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire.

[266] À première vue, il est difficile pour la Cour de voir comment une déclaration de protection qui n’est pas fondée sur une interdiction impérative et exécutoire concernant la destruction de l’habitat essentiel peut, comme les défendeurs admettent qu’elle le doit, assurer une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies. Cependant, comme l’expliquent les défendeurs, la réponse se trouve dans l’interprétation de l’article 58 de la LEP.

[267] Les défendeurs disent que le paragraphe 58(1) de la LEP énonce l’interdiction relative à la destruction de l’habitat essentiel. Mais l’interdiction visée au paragraphe 58(1) est « Sous réserve des autres dispositions du présent article ». Cela signifie donc, disent-ils, que l’interdiction que prescrit le paragraphe 58(1) ne s’applique que si le ministre prend un arrêté de protection dans lequel l’habitat essentiel, ou une partie de ce dernier, est désigné.

[268] Les défendeurs conviennent que même si le ministre peut toujours prendre un arrêté de protection, il



is “required to do so [only] if the critical habitat, or a portion of it, is not otherwise protected as required by s. 58(5)”. Subsection 58(5) of SARA reads as follows:

**58. ...**

Obligation to make order or statement

(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, after consultation with every other competent minister, with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2),

(a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.

[269] Giving these provisions their ordinary meaning within the full context of SARA, it seems to me that the minister is obliged to ensure, either through a protection order or a protection statement that critical habitat is “legally protected”. SARA itself tells us in section 57 that this is the overall purpose of section 58:

Purpose

**57.** The purpose of section 58 is to ensure that, within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat referred to in subsection 58(1) is included in the public registry, all of the critical habitat is protected by

(a) provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) the application of subsection 58(1).

[TRADUCTION] « est tenu de le faire [uniquement] si l’habitat essentiel, ou une partie de ce dernier, n’est pas par ailleurs protégé comme l’exige le paragraphe 58(5) ». Le texte du paragraphe 58(5) de la LEP est le suivant :

**58. [...]**

(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d’action ayant défini l’habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) :

a) de prendre l’arrêté visé au paragraphe (4), si l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11;

b) s’il ne prend pas l’arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement.

[269] Si l’on donne à ces dispositions leur sens ordinaire dans le contexte global de la LEP, il me semble que le ministre est tenu de s’assurer, soit au moyen d’un arrêté de protection soit au moyen d’une déclaration de protection, que l’habitat essentiel est « légalement protégé ». La LEP elle-même nous dit, à l’article 57, qu’il s’agit là de l’objet général de l’article 58 :

**57.** L’article 58 a pour objet de faire en sorte que, dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d’action ayant défini l’habitat essentiel visé au paragraphe 58(1), tout l’habitat essentiel soit protégé :

a) soit par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11;

b) soit par l’application du paragraphe 58(1).

Obligation : arrêté ou déclaration

Objet

[270] This brings us back to subsection 58(5) and the meaning of “legally protected”.

[271] The respondents appear to suggest that the “option” available to the minister under subsection 58(5) does not require that the protection relied upon in a protection statement be the same as, or equivalent to, the protection afforded by a protection order that brings into play the subsection 58(1) mandatory prohibition against destruction of critical habitat. The respondents put it as follows:

If the goal of Parliament was that critical habitat protection always take the form of a “mandatory, enforceable prohibition against destruction,” then paragraph 58(5)(b) would not have been included in the SARA.... This Court should not presume that the option of a protection statements [*sic*] was meaningless or that the provision of that option does not have a specific role to play in achieving the legislative purpose.

[272] In my view, this argument contains several fallacies. First of all, the meaning that the respondents ascribe to the word “option” is their meaning. It is not part of the SARA scheme nor a defined term. The respondents are saying that the minister can choose between a protection order and a protection statement provided there are provisions or measures under SARA or any other Act of Parliament that protect the critical habitat in question, or some portion thereof. It seems to me, however, that subsection 58(5) cannot be used to define “option” in this way. When read in context, subsection 58(5) mandates the minister to ensure that critical habitat is “legally protected”. The minister is obliged to make a protection order under paragraph 58(5)(a) “if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11”. Paragraph 58(5)(b) is there to oblige the minister to publish a protection statement, which will reveal why a protection order under paragraph 58(5)(a) is not required because the legal protection required under paragraph 58(5)(a) is already in place. I do not think that paragraph 58(5)(a) should, or can, be read so as to provide the minister with an “option” to forgo making a protection order under paragraph 58(5)(a) unless the

[270] Cela nous ramène au paragraphe 58(5) et au sens des mots « protégés légalement ».

[271] Les défendeurs semblent vouloir dire que l’« option » dont dispose le ministre en vertu du paragraphe 58(5) n’exige pas que la protection sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection soit la même que, ou l’équivalent de, la protection que confère un arrêté de protection qui fait entrer en jeu l’interdiction impérative du paragraphe 58(1) à l’égard de la destruction de l’habitat essentiel. Les défendeurs affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] Si le but du législateur était que la protection de l’habitat essentiel revête toujours la forme d’une « interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire », l’alinéa 58(5)(b) n’aurait pas été inclus dans la LEP [...] La Cour ne devrait pas présumer que l’option d’une déclaration de protection était inutile ou que la disponibilité de cette option n’a pas un rôle précis à jouer dans la réalisation de l’objet de la Loi.

[272] À mon avis, cet argument contient plusieurs faussetés. Tout d’abord, le sens que les défendeurs donnent au mot « option » est le leur. Il ne fait pas partie du régime de la LEP, pas plus qu’il ne s’agit d’un terme défini. Ils disent que le ministre peut opter entre un arrêté de protection et une déclaration de protection à la condition qu’il existe des dispositions ou des mesures sous le régime de la LEP ou de n’importe quelle loi fédérale qui protègent l’habitat essentiel en question, ou une partie de ce dernier. Il me semble, cependant, qu’on ne peut pas se servir du paragraphe 58(5) pour définir le mot « option » de cette façon. Lu dans son contexte, le paragraphe 58(5) prescrit au ministre de veiller à ce que l’habitat essentiel soit « protégé légalement ». Le ministre est tenu de prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)(a) « si l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11 ». L’alinéa 58(5)(b) est là pour obliger le ministre à publier une déclaration de protection qui expliquera pourquoi il n’est pas nécessaire de prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)(a) parce que la protection légale qu’exige l’alinéa 58(5)(a) existe déjà. Je ne crois pas que l’alinéa 58(5)(b) devrait, ou peut, être lu de

alternative sources of protection are of the same kind, degree and scope as the protection afforded by paragraph 58(5)(a), which brings into play the mandatory legal prohibition against the destruction of critical habitat contained in subsection 58(1).

[273] I believe the respondents are aware of this because they concede that they take issue only with the “manner in which the applicants say protection must be provided in every case”. The respondents agree that “the protection which must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes – in this case, acoustics, water quality, and availability of prey”.

[274] There are, however, several important issues that are not made clear in this concession:

- a. Must the degree, scope and kind of alternative protection relied upon in a protection statement be the same as that which a protection order would provide?
- b. Must the alternative protection relied upon be mandatory?
- c. Does the “option” claimed by the respondents allow the minister to rely upon alternative protection in a protection statement (provided all aspects of critical habitat are covered) even if the alternate provision or measure provides something less than a mandatory prohibition against the destruction of critical habitat, and/or the alternate provision or measure allows the minister a discretion in whether or not to enforce a prohibition or in granting licences and dispensations that would excuse compliance with the mandatory prohibitions the protection order brings into play?

[275] Reading the respondents’ submissions as a whole, it is clear to me that they are taking issue with

manière à procurer au ministre l’« option » de renoncer à prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)a), sauf si les sources de protection de rechange sont du même type, du même degré et de la même portée que la protection que confère l’alinéa 58(5)a), ce qui fait entrer en jeu l’interdiction légale et impérative de détruire l’habitat essentiel qui est contenue au paragraphe 58(1).

[273] Je crois que les défendeurs sont conscients de cela parce qu’ils concèdent qu’ils ne contestent que la [TRADUCTION] « façon dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas ». Ils conviennent que [TRADUCTION] « la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies ».

[274] Il y a toutefois plusieurs questions importantes qui ne sont pas éclaircies dans cette concession :

- a. le degré, la portée et le type de protection de rechange sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection doivent-ils être les mêmes que ceux qu’un arrêté de protection accorderait?
- b. la protection de rechange sur laquelle on se fonde doit-elle être impérative?
- c. l’« option » dont parlent les défendeurs permet-elle au ministre de se fonder sur des mesures de protection de rechange dans une déclaration de protection (à la condition de viser tous les aspects de l’habitat essentiel) même si la disposition ou la mesure de rechange procure quelque chose de moins qu’une interdiction impérative à l’encontre de la destruction de l’habitat essentiel, et/ou la disposition ou la mesure de rechange confère-t-elle au ministre le pouvoir discrétionnaire d’appliquer ou non une interdiction ou d’accorder ou non des permis et des dispenses qui excluraient l’obligation de respecter les interdictions impératives que l’arrêté de protection fait entrer en jeu?

[275] En lisant les observations des défendeurs dans leur ensemble, il m’apparaît clairement qu’ils s’opposent

more than the “manner” in which the applicants say protection must be provided in every case.

[276] They concede that the alternate provisions and measures under paragraph 58(5)(b) must protect all aspects of critical habitat. However, they deny that the mandatory prohibitions that a protection order brings into play are required, and they, in my view, wish to reserve to the minister a discretion to trim and undercut the mandatory prohibitions of SARA where the minister feels that other competing interests (economic or otherwise) so require.

[277] In the end, the respondents wish to reserve to the minister as much discretion as possible concerning the extent to which the protection of critical habitat is required under SARA. DFO has already lost the first round of the debate about ministerial discretion that arose in the *Environmental Defence* case, above, and has been forced to confront the reality that critical habitat is more than just geospatial and includes all components of critical habitat.

[278] The submissions made by the respondents in this case—to the effect that Parliament intended to grant the minister an “option” that will give the minister, under certain circumstances, a discretion to modify and/or undercut the mandatory prohibitions of SARA—a further attempt, in my view, to reserve as much discretion to the minister as possible.

[279] This approach is problematic in two ways. First, it conflicts with a plain and ordinary reading of SARA in context. Second, it is contrary to Parliament’s expressed intent that the basic protections of SARA (to which there are exceptions) should be mandatory and should not rest with the discretion of particular ministers. These ministers, no doubt, will face enormous pressures from time to time to back away from or modify those mandatory prohibitions for purposes of political or economic expedience. As the parliamentary debates show, however, this is the very reason why Parliament opted for mandatory prohibition over ministerial

nettement plus qu’à la seule « façon » dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas.

[276] Ils concèdent que les dispositions et les mesures de rechange que prévoit l’alinéa 58(5)b doivent protéger tous les aspects de l’habitat essentiel. Cependant, ils nient que les interdictions impératives qu’un arrêté de protection fait entrer en jeu sont exigées et ils souhaitent, à mon avis, réserver au ministre le pouvoir discrétionnaire d’amoindrir les interdictions impératives de la LEP advenant qu’il estime que d’autres intérêts (économiques, par exemple) opposés l’exigent.

[277] En définitive, les défendeurs souhaitent réserver au ministre le maximum de pouvoirs discrétionnaires possible quant à la mesure dans laquelle il est nécessaire de protéger l’habitat essentiel sous le régime de la LEP. Le MPO a déjà perdu la première manche du débat entourant les pouvoirs ministériels discrétionnaires qui a pris naissance dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, et il a été contraint de faire face à la réalité selon laquelle l’habitat essentiel est plus qu’un simple espace géospatial et qu’il inclut tous ses éléments constitutifs.

[278] Les observations que les défendeurs ont faites dans la présente affaire — à savoir que le législateur entendait accorder au ministre une « option » qui confère à ce dernier, dans certaines circonstances, le pouvoir discrétionnaire d’amoindrir les interdictions impératives de la LEP — constitue, selon moi, une autre tentative pour réserver au ministre le maximum de pouvoirs discrétionnaires possible.

[279] Cette approche pose problème de deux façons. Premièrement, elle entre en conflit avec une lecture simple et ordinaire de la LEP dans son juste contexte. Deuxièmement, elle est contraire à l’intention que le législateur a exprimée, à savoir que les mesures de protection fondamentales de la LEP (pour lesquelles il existe des exceptions) devraient être impératives et ne pas relever du pouvoir discrétionnaire de ministres particuliers. Ces derniers, sans aucun doute, subiront de temps à autre d’énormes pressions pour qu’ils prennent leurs distances par rapport à ces interdictions impératives, ou qu’ils les modifient, par souci de commodité

discretion, and I believe that, when read in context, paragraph 58(5)(b) cannot be read in the way suggested by the respondents.

[280] As the submissions and the evidence before me show, the ministers would much prefer to use the discretionary powers under a statute such as the *Fisheries Act* than accept the mandatory prohibitions of SARA. I can understand why. However, I think Parliament intended otherwise. The ministers are free to take this matter up with Parliament if they feel the SARA scheme does not allow them the discretion they need.

[281] In order to support their reading of paragraph 58(5)(b) the respondents evoke the specific reference to section 11 agreements found in that subsection:

... the specific reference to s. 11 agreements is an important piece of the puzzle when conducting a statutory interpretation exercise. Section 11 agreements are not listed as an exception to the criteria which precedes the reference to them, but as an example of something which meets those criteria – the word used is “including.”

[282] The respondents cite the reference to section 11 agreements as “evidence of Parliament’s intention that the instruments relied on in a protection statement can take a different form than the protection provided by an order putting in place the prohibition against destruction”.

[283] The respondents’ argument on this point is important and should be referred to in full:

politique ou économique. Comme l’illustrent les débats parlementaires, cependant, c’est exactement pour cela que le Parlement a opté pour une interdiction impérative plutôt que pour un pouvoir ministériel discrétionnaire, et je crois que, pris dans son contexte, l’alinéa 58(5)b) ne peut pas être interprété de la manière voulue par les défendeurs.

[280] Comme le montrent les observations et les éléments de preuve qui m’ont été soumis, les ministres préféreraient nettement mieux utiliser les pouvoirs discrétionnaires qu’accorde une loi telle que la *Loi sur les pêches* que de souscrire aux interdictions impératives que comporte la LEP. Je puis comprendre pourquoi. Cependant, je crois que le législateur avait une autre intention. Il est loisible aux ministres de soumettre l’affaire au Parlement s’ils jugent que le régime de la LEP ne leur accorde pas le pouvoir discrétionnaire dont ils ont besoin.

[281] Pour étayer leur interprétation de l’alinéa 58(5)b), les défendeurs invoquent la référence précise qui est faite dans ce paragraphe aux accords conclus au titre de l’article 11 :

[TRADUCTION] [...] la référence précise qui est faite aux accords conclus au titre de l’article 11 est une pièce importante du casse-tête auquel on a affaire lorsqu’on effectue un exercice d’interprétation de la Loi. Les accords conclus au titre de l’article 11 ne sont pas inscrits comme une exception aux critères qui précèdent la référence qui y est faite, mais à titre d’exemple d’une chose qui satisfait à ces critères — le mot employé est « notamment ».

[282] Les défendeurs disent de la référence faite aux accords conclus au titre de l’article 11 qu’il s’agit d’une [TRADUCTION] « preuve de l’intention du législateur que les textes sur lesquels on se fonde dans une déclaration de protection peuvent revêtir une forme différente de celle de la protection que confère un arrêté mettant en place l’interdiction de destruction ».

[283] L’argument des défendeurs sur ce point est important, et il convient d’y faire référence en entier :

[TRADUCTION]

18. Section 11 agreements “must provide for the taking of conservation measures” including monitoring the status of the species, implementing education programs, recovery strategies, action plans and management plans, protecting the species’ habitat and undertaking research projects. They are not a “federal law” and do not necessarily provide “a mandatory, enforceable prohibition against destruction” as the applicants suggest any instruments included in a protection statement must. Section 11 agreements are designed to be used in a wide variety of different circumstances involving many different kinds of parties to such agreements and flexibility in the terms of such agreements is important and provided for by s. 11 itself.

19. It is apparent, based on the inclusion of s. 11 agreements in the list of instruments that provide legal protection, that Parliament intended that the alternative to a protection order contain some flexibility in the manner of protection. This is logical as habitats are often complicated ecosystems and may cover vast areas which are also utilized by humans and other species, some of which may also be at risk and have different needs. Flexibility in how to address the complicated issue of the protection of such areas is necessary. A straight prohibition against the destruction of habitat would not, in all circumstances, be the most appropriate approach.

[284] The respondents appear to be suggesting that, provided a section 11 agreement exists, then the minister is thereby granted “some flexibility in the manner of protection” that is less than, or different from a “straight prohibition against the destruction of habitat”. In my view, paragraph 58(5)(a) cannot be read in this way. Once again, the respondents are attempting to incorporate into subsection 58(5) a ministerial discretion that was not intended by Parliament.

[285] In my view, it cannot be just any section 11 agreement that allows the minister to opt out of the mandatory obligation imposed by subsection 58(5) to provide legal protection for critical habitat. The section 11 agreement referred to in paragraph 58(5)(a) would have to be one that legally protects critical habitat in such a way that the mandatory prohibitions triggered

18. Les accords conclus au titre de l’article 11 doivent « prévoir des mesures de conservation », ce qui inclut le suivi de la situation de l’espèce, la mise en oeuvre de programmes d’éducation, de programmes de rétablissement, de plans d’action et de plans de gestion, la protection de l’habitat de l’espèce et la mise sur pied de projets de recherche. Ces accords ne sont pas une « loi fédérale » et ne prévoient pas nécessairement [TRADUCTION] « une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire », comme doivent le faire, d’après les demandeurs, tous les textes inclus dans une déclaration de protection. Les accords conclus au titre de l’article 11 sont conçus pour être utilisés dans un large éventail de situations différentes, et ils mettent en cause de nombreux types différents de parties, et la souplesse de ces accords est importante et prévue par l’article 11 même.

19. Il est évident, d’après l’inclusion des accords conclus au titre de l’article 11 dans la liste des textes qui procurent une protection légale, que le législateur entendait que la solution de rechange à un arrêté de protection contienne une certaine souplesse quant à la protection accordée. Cela est logique, car les habitats sont des écosystèmes souvent compliqués, et ils peuvent couvrir de vastes superficies qui sont également utilisées par les humains et d’autres espèces, dont certaines peuvent être aussi en péril et avoir des besoins différents. Il est nécessaire de faire preuve de souplesse dans la façon de s’attaquer à la question complexe que constitue la protection de ces aires. Une interdiction directe de destruction de l’habitat ne serait pas, en toutes circonstances, la solution la plus appropriée.

[284] Les défendeurs semblent laisser entendre que, à la condition qu’il existe un accord conclu au titre de l’article 11, le ministre bénéficie ainsi d’une [TRADUCTION] « certaine souplesse en matière de protection », c’est-à-dire du choix d’une protection moindre qu’une [TRADUCTION] « interdiction simple de détruire l’habitat », ou d’une protection différente de cette dernière. À mon avis, l’alinéa 58(5)a) ne peut pas être interprété de cette façon. Une fois de plus, les défendeurs tentent d’intégrer au paragraphe 58(5) un pouvoir ministériel discrétionnaire que le législateur n’a pas prévu.

[285] À mon avis, ce ne peut pas être n’importe quel accord conclu au titre de l’article 11 qui permet au ministre de s’exclure de l’obligation impérative qu’il impose le paragraphe 58(5), c’est-à-dire protéger légalement l’habitat essentiel. L’accord conclu au titre de l’article 11 dont il est question à l’alinéa 58(5)a) serait forcément celui qui protège également l’habitat essentiel de

by a protection order are not required. This can occur only if the protection to critical habitat provided by a section 11 agreement is the same as, or equivalent to, a mandatory prohibition under section 58. I do not think paragraph 58(5)(a) can be read as giving the minister the flexibility to dispense with the prohibition against the destruction of critical habitat because that minister may decide, in her or his discretion, that “in all circumstances” such a prohibition would not be appropriate. This would be to import political and other expediencies into the SARA scheme when Parliament has clearly decided to relieve individual ministers of the problems associated with expediency by requiring a mandatory prohibition.

[286] In a further attempt to support the respondents’ interpretation of section 58 of SARA, the following argument is adduced:

21. However, when assessing the protection provided it is important to keep in mind that the protection is against *destruction*. In contrast, the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, protects fish habitat against harmful alteration, disruption or destruction. Despite the long established law under the *Fisheries Act*, Parliament chose not to use those terms in the SARA, but to only protect against destruction. Given the use of the separate terms in the *Fisheries Act*, destruction must mean something greater than harmful alteration or disruption.

[287] It is apparent throughout the respondents’ submissions that the ministers much prefer the discretions and flexibility of the *Fisheries Act* to the mandatory obligations of SARA. Given the demands of ministerial office, this is perfectly understandable. The problem with the discretionary approach to species protection in this context, however, is that it was extensively urged debated in Parliament, and it was rejected by Parliament. DFO is attempting, in its interpretation of SARA, to maintain this rejected approach, which may very well have been a more convenient one, given the many competing interests DFO is bound to consider. That said, the *Fisheries Act* is an old statute. Parliament

façon telle que les interdictions impératives que déclenchent un arrêté de protection ne sont pas exigées. Cela ne peut avoir lieu que si la protection de l’habitat essentiel qu’assure l’accord conclu au titre de l’article 11 est le même qu’une interdiction impérative visée à l’article 58, ou l’équivalent. Je ne crois pas que l’on puisse considérer que l’alinéa 58(5)a) confère au ministre la souplesse nécessaire pour être dispensé de l’interdiction de détruire l’habitat essentiel parce que ce ministre peut décider, à sa discrétion, que [TRADUCTION] « en toutes circonstances », une telle interdiction serait inappropriée. Cela reviendrait à importer dans le régime de la LEP des commodités politiques et d’autre nature, alors que le législateur a clairement décidé d’éviter aux ministres les problèmes associés à ce genre de commodités en exigeant une interdiction impérative.

[286] Dans une autre tentative qu’ils font pour étayer leur interprétation de l’article 58 de la LEP, les défenseurs invoquent l’argument suivant :

[TRADUCTION]

21. Cependant, quand on évalue la protection assurée, il est important de garder à l’esprit que cette protection concerne la destruction. Par contraste, la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, protège l’habitat du poisson contre sa détérioration, sa destruction ou sa perturbation. Malgré les règles de droit établies de longue date sous le régime de la *Loi sur les pêches*, le législateur a décidé de ne pas employer ces termes dans la LEP, mais uniquement d’assurer une protection contre la destruction. Étant donné que l’on emploie des termes distincts dans la *Loi sur les pêches*, la destruction désigne forcément quelque chose de plus important qu’une détérioration ou une perturbation.

[287] Il ressort clairement de toutes les observations des défenseurs que les ministres préfèrent nettement les pouvoirs discrétionnaires et la souplesse de la *Loi sur les pêches* que les obligations impératives de la LEP. Vu les exigences de la fonction de ministre, cela est parfaitement compréhensible. Le problème que pose l’approche discrétionnaire à l’égard de la protection d’une espèce dans ce contexte, cependant, c’est qu’elle a été abondamment défendue et débattue au Parlement, et que ce dernier l’a rejetée. Le MPO tente, dans son interprétation de la LEP, de maintenir cette approche rejetée, qui aurait pu fort bien être plus commode, compte tenu du grand nombre d’intérêts opposés que le MPO

recognized that times have changed and that a more coercive approach was necessary for species protection. If the *Fisheries Act* provided the ministers with the kind of approach to species protection that Parliament considered necessary under today's circumstances, it is difficult to see why SARA was considered necessary or why Parliament did not make it clear that the older, discretionary approach that is embodied in the *Fisheries Act* would continue under SARA. The debates in Parliament show a clear intention that SARA would not continue the old approach.

[288] The use of different terms in the *Fisheries Act* cannot, in my view, support the respondents' interpretation of section 58 of SARA. The meaning of "destruction" is not before me in this application and has not been fully argued with proper evidence and legal authority.

[289] The respondent here seeks to explain some of the inappropriate policies, guidelines and instruments actually referred to in the Protection Statement as being "additional measures which assist in or support the protection of critical habitat provided by other instruments."

[290] This is a rationalization after the fact. There is no evidence before me to support an argument that the ministers were referring to "additional measures" other than those provisions and measures upon which they relied to avoid having to make a protection order. The Protection Statement itself does not make this distinction, and I have no evidence to suggest that this is what DFO intended.

#### Legal requirements of a protection statement

[291] The applicants challenge the lawfulness of the Protection Statement because it relies on "tools", such

doit forcément prendre en considération. Cela dit, la *Loi sur les pêches* est une loi ancienne. Le Parlement a reconnu que les temps avaient changé et qu'il était nécessaire d'adopter une approche plus coercitive à l'égard de la protection des espèces. Si la *Loi sur les pêches* offre aux ministres le genre d'approche à l'égard de la protection des espèces que le Parlement juge nécessaire dans les circonstances actuelles, il est difficile de savoir pourquoi la LEP a été considérée comme nécessaire ou pourquoi le Parlement n'a pas dit clairement que l'approche ancienne et discrétionnaire qui est intégrée à la *Loi sur les pêches* se poursuivrait sous le régime de la LEP. Il ressort clairement des débats parlementaires que la LEP ne poursuivrait pas l'ancienne approche.

[288] L'emploi de termes différents dans la *Loi sur les pêches* ne peut, selon moi, étayer l'interprétation que font les défendeurs de l'article 58 de la LEP. Le sens du mot « destruction » n'a pas été soumis dans le cadre de la présente demande et on ne l'a pas pleinement débattu en se fondant sur des éléments de preuve et des précédents appropriés.

[289] En l'espèce, les défendeurs tentent d'expliquer certains des textes, des politiques et des lignes directrices inappropriés auxquels il est fait référence dans l'Énoncé sur la protection en disant qu'il s'agit de [TRADUCTION] « mesures additionnelles qui étayent la protection de l'habitat essentiel qu'offrent d'autres instruments ».

[290] Il s'agit là d'une rationalisation après coup. On ne m'a soumis aucune preuve à l'appui de l'argument selon lequel les ministres faisaient référence à des « mesures additionnelles » autres que les dispositions et les mesures sur lesquelles ils se sont fondés pour éviter d'avoir à prendre un arrêté de protection. L'Énoncé sur la protection lui-même ne fait pas cette distinction, et je n'ai en main aucune preuve qui donne à penser qu'il s'agit là de ce que le MPO envisageait.

#### Les exigences légales d'une déclaration de protection

[291] Les demandeurs contestent le caractère légal de l'Énoncé sur la protection parce que celui-ci se fonde sur



as non-statutory instruments, provincial laws, prospective laws and discretionary laws, to protect critical habitat. The applicants submit that a provision cited in a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA must, at a minimum, meet the following five criteria:

1. it must be a legal provision;
2. apart from section 11 conservation agreements, it must be a federal law;
3. the legal protection relied on must be in force at the time the protection statement is issued;
4. the legal protection must act as a substitute for the prohibition in subsection 58(1)—it must be a mandatory, enforceable prohibition against destruction;
5. the legal provisions must protect all components of critical habitat.

[292] These criteria are derived from an examination of the words in paragraph 58(5)(b), read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in a way that is harmonious with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. See *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26.

#### Plain Language Interpretation of Paragraph 58(5)(b)

[293] At the material time, paragraph 58(5)(b) of SARA described a protection statement as “a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.”

[294] The use of the word “legally” to modify “protected”, taken in conjunction with the reference to

des « outils », comme des instruments non réglementaires, des lois provinciales, des lois prospectives et des lois d’application facultative, pour protéger l’habitat essentiel. Selon les demandeurs, une disposition citée dans une déclaration de protection publiée en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP doit, à tout le moins, satisfaire aux cinq critères suivants :

1. il doit s’agir d’une disposition légale;
2. à part les accords de conservation conclus au titre de l’article 11, il doit s’agir d’une disposition légale fédérale;
3. la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est faite;
4. la protection légale doit tenir lieu de substitut à l’interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) — il doit s’agir d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire;
5. les dispositions légales doivent protéger tous les éléments de l’habitat essentiel.

[292] Ces critères découlent d’un examen des mots de l’alinéa 58(5)b), lus dans leur contexte global et en suivant leur sens ordinaire et grammatical, d’une manière qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26.

#### L’interprétation fondée sur le sens ordinaire de l’alinéa 58(5)b)

[293] Au moment des faits litigieux, l’alinéa 58(5)b) de la LEP décrivait une déclaration de protection comme suit : « une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement ».

[294] L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’alinéa 58(5)b), de pair avec

“provisions in or measures under” an “Act of Parliament,” in paragraph 58(5)(a) confirm that a provision cited in a protection statement should be a law or regulation as opposed to a policy or guideline. It is also clear that a protection statement is supposed to cite provisions of or under a federal law, as opposed to provisions of provincial or municipal laws.

[295] Sections 57 and 58 communicate urgency. Paragraph 58(5)(b) is written in the present tense. A protection statement must set out how the critical habitat or portions of it, “are” legally protected—not how critical habitat could be or will be legally protected. Such protection must be in place within 180 days of the recovery strategy. As now conceded by the respondents, provisions cited in a protection statement cannot include plans for future legal protection.

#### Role of a Protection Statement within the SARA Scheme

[296] As the applicants point out, a protection statement recognizes that protection under SARA is not required in certain instances where that protection is already provided under some other federal law. A protection statement avoids duplication of already existing legal protection.

[297] Within the SARA scheme, a protection statement acts as a substitute for a protection order. Hence, the provisions cited in a protection statement act in place of the prohibition in subsection 58(1) and the permitting provision in section 73 of SARA. Importantly, in my view, the provisions cited in a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as that provided by a protection order.

la référence faite dans l’alinéa 58(5)a) aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme qu’une disposition citée dans une déclaration de protection doit être une disposition légale ou réglementaire, par opposition à une politique ou à une directive. Il est clair aussi qu’une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, par opposition aux dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux.

[295] Les articles 57 et 58 font état d’un sentiment d’urgence. L’alinéa 58(5)b) est écrit au présent. Une déclaration de protection doit énoncer de quelle façon l’habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés — et non la façon dont l’habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé. Cette protection doit être mise en place dans les 180 jours qui suivent le programme de rétablissement. Comme l’ont maintenant concédé les défendeurs, les dispositions citées dans une déclaration de protection ne peuvent pas inclure de plans de protection légale futurs.

#### Le rôle d’une déclaration de protection sous le régime de la LEP

[296] Comme les demandeurs le font remarquer, une déclaration de protection reconnaît qu’il n’est pas nécessaire d’accorder une protection sous le régime de la LEP dans certaines circonstances où cette protection est déjà assurée en vertu d’une autre loi fédérale. Une déclaration de protection évite de doubler une protection légale déjà existante.

[297] Sous le régime de la LEP, une déclaration de protection tient lieu de substitut à un arrêté de protection. Les dispositions citées dans une déclaration de protection remplacent donc l’interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) et la disposition qui, à l’article 73 de la LEP, permet de délivrer un permis. Fait important, selon moi, les dispositions que l’on cite dans une déclaration de protection visent à assurer, pour l’habitat essentiel, la même protection que celle qu’assure un arrêté de protection.

[298] According to a draft policy recently released by Environment Canada, the determination of whether critical habitat is legally protected requires consideration of whether the provisions cited in the protection statement prevent potentially destructive activities (such as the activities identified in the relevant recovery strategy) that are likely to destroy critical habitat. This approach confirms that, like the prohibition in subsection 58(1), provisions cited in protection statements must prevent activities that could destroy parts of the critical habitat. See Draft Species at Risk Policies, above, at page 15.

Intention of Parliament—Habitat Protection Must be Mandatory and Meaningful

[299] The legislative history of section 58, as cited by the applicants, illustrates that parliamentarians recognized that critical habitat protection under SARA must be mandatory and not discretionary. Parliament did not intend to allow ministers to “choose” whether to protect critical habitat.

Protection Statement Unlawfully Includes Non-Statutory Instruments

[300] The Protection Statement in this application cites the following non-statutory instruments: code of conduct and outreach initiatives; whale-watching guidelines; a statement of practice with respect to the mitigation of seismic sound in the marine environment; sensitive benthic areas policy; wild salmon policy; integrated fisheries management plans; and military sonar protocols. These are policies, not laws that legally protect critical habitat from destruction.

[301] The Federal Court of Appeal has confirmed that it is trite law that ministerial policy does not, and cannot, bind the minister. While non-statutory instruments may affect behaviour, they do not compel behaviour. Policies

[298] Selon une ébauche de politique qu’Environnement Canada a récemment rendue publique, la question de savoir si l’habitat essentiel est légalement protégé oblige à examiner si les dispositions citées dans la déclaration de protection permettent d’éviter les activités potentiellement destructrices (comme celles qui sont désignées dans le programme de rétablissement applicable) qui risquent de détruire l’habitat essentiel. Cette approche confirme que, à l’instar de l’interdiction mentionnée au paragraphe 58(1), les dispositions citées dans les déclarations de protection doivent éviter les activités qui sont susceptibles de détruire des éléments de l’habitat essentiel. Voir Politiques sur les espèces en péril : Ébauche, précitée, à la page 15.

L’intention du Parlement — la protection de l’habitat doit être impérative et sérieuse

[299] L’historique législatif de l’article 58, que les demandeurs ont cité, illustre que les parlementaires ont reconnu que la protection qu’offre la LEP à l’habitat essentiel doit être impérative et non discrétionnaire. Le Parlement n’envisageait pas que les ministres puissent « choisir » de protéger l’habitat essentiel ou non.

L’Énoncé sur la protection inclut de manière illégale des textes non réglementaires

[300] L’Énoncé sur la protection dont il est question dans la présente demande cite les textes non réglementaires suivants : codes de conduite et initiatives de sensibilisation, directives sur l’observation des baleines, énoncé de pratiques en rapport avec l’atténuation des sons sismiques en milieu marin, politique sur les zones benthiques vulnérables, politique sur le saumon sauvage, plan de gestion intégrée des pêches, protocole relatif aux sonars militaires. Il s’agit là de politiques, et non pas de lois qui protègent légalement l’habitat essentiel contre sa destruction.

[301] La Cour d’appel fédérale a confirmé qu’il est bien établi en droit qu’une politique ministérielle ne lie pas le ministre et ne peut pas le lier. Des instruments non réglementaires peuvent avoir une incidence sur le

may guide, but they do not bind. See *Arsenault*, above, at paragraph 38; and *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28.

[302] As Canada conceded in *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752, “DFO policies ... do not ... bind or confine the Minister in his or her exercise of that discretion.” Judicial consideration of DFO policy has consistently held that it is non-binding. Courts have also held that whale-watching guidelines and fisheries management plans are not legally binding. See *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. No. 4101 (Prov. Ct.) (QL) and *Arsenault*, above, at paragraphs 33, 38 and 43.

[303] Courts have given legal effect to a “guideline” or “policy” in limited instances where the enabling statute mandates the issuance of the policy, the policy is mandatory and a prohibition attaches to a failure to follow the policy. This is not the case with the policies cited in the Protection Statement presently before the Court. See *Oldman River*, above, at pages 33, 35–36; and *Glowinski*, above, at paragraphs 40 and 43.

[304] Additionally, as explained in the Wallace affidavit, at the time the Protection Statement was issued a number of the policies cited therein were not yet finalized or implemented and some of the policies do not even apply to the resident killer whales’ critical habitat.

Protection Statement Unlawfully Cites Possible Future Provisions

[305] The Protection Statement cites legislative tools that the DFO might use in the future to protect critical habitat from destruction.

comportement, mais ils n’obligent pas à se comporter d’une certaine façon. Les politiques peuvent guider, mais elles ne lient pas. Voir l’arrêt *Arsenault*, précité, au paragraphe 38, et l’arrêt *Carpenter Fishing Corp.*, précité, au paragraphe 28.

[302] Comme le Canada l’a concédé dans la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752, [TRADUCTION] « les politiques du MPO [...] ne [...] lient ni ne confinent le ministre dans la façon d’exercer ce pouvoir discrétionnaire ». Ceux qui ont procédé à un examen judiciaire des politiques du MPO ont systématiquement conclu que ces dernières ne sont pas contraignantes. Les tribunaux ont également conclu que les directives sur l’observation des baleines et les plans de gestion de la pêche ne sont pas légalement contraignants. Voir les décisions *Carpenter Fishing Corp.*, précitée, au paragraphe 28; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. n° 4101 (C.P.) (QL), et *Arsenault*, précitée, aux paragraphes 33, 38 et 43.

[303] Les tribunaux ont conféré force de loi à une « directive » ou à une « politique » dans des cas restreints où la loi habilitante exige la publication de la politique, où la politique est impérative et où une interdiction est assortie au défaut de se conformer à la politique. Cela n’est pas le cas des politiques citées dans la déclaration de protection dont la Cour est actuellement saisie. Voir l’arrêt *Oldman River*, précité, aux pages 33, 35 et 36; ainsi que la décision *Glowinski*, précitée, aux paragraphes 40 et 43.

[304] De plus, comme il a été expliqué dans l’affidavit de Wallace, lorsque l’Énoncé sur la protection a été fait, un certain nombre des politiques qui y sont citées n’étaient pas encore au point ou mises en œuvre, et certaines d’entre elles ne s’appliquent même pas à l’habitat essentiel des épaulards résidents.

L’Énoncé sur la protection cite de manière illégale d’éventuelles dispositions futures

[305] L’Énoncé sur la protection cite des outils légaux dont le MPO pourrait se servir ultérieurement pour protéger l’habitat essentiel contre sa destruction.

[306] As the respondents now concede, a protection statement cannot cite and rely upon prospective laws or those that require some subsequent step, such as the issuance of a regulation, to engage or trigger legal protection. Provisions that rely on the prospective exercise of legislative authority cannot and do not legally protect until that authority is exercised.

[307] This point is confirmed in case law under the American *Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531–1544 (2006). For example, in *Greater Yellowstone Coalition*, above, at page 1116, the U.S. Federal Court, in considering whether existing regulatory mechanisms were adequate to protect the grizzly bear population, held that “[p]romises of future, speculative action are not existing regulatory mechanisms.”

[308] The Protection Statement in the present case unlawfully relies on speculative or future regulatory action to protect critical habitat. For example, the Protection Statement cites sections 35 and 36 of the *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, as legally protecting critical habitat. These provisions allow the Minister of Fisheries and Oceans to designate and manage marine protected areas. However, there are no legally designated marine protected areas in existence, under section 35 or 36 of the *Oceans Act*, in the critical habitat of the resident killer whales. See *Oceans Act*, sections 31, 35 and 36; Wallace affidavit, at paragraphs 75–77.

[309] In addition, a marine protected area under the *Oceans Act* cannot be cited in a protection statement under subsection 58(5). Critical habitat falling within a marine protected area already requires a distinct type of protection order under subsections 58(2) and (3).

[310] DFO’s reliance on the prospective or future ability to regulate toxins that could destroy critical

[306] Comme les défendeurs le concèdent maintenant, une déclaration de protection ne peut citer et invoquer des lois prospectives ou celles qui exigent la prise d’une mesure ultérieure, comme un règlement, pour engager ou déclencher une protection légale. Les dispositions qui se fondent sur l’exercice prospectif d’un pouvoir législatif ne peuvent pas exercer une protection légale, et elles ne le font pas, avant que l’on exerce ce pouvoir.

[307] Ce point est confirmé dans la jurisprudence sous le régime de la *Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531 à 1544 (2006), aux États-Unis. Par exemple, dans la décision *Greater Yellowstone Coalition*, précitée, à la page 1116, la Cour fédérale des États-Unis, en examinant si des mécanismes réglementaires existants étaient suffisants pour protéger la population d’ours bruns, a conclu que [TRADUCTION] « les promesses de mesures hypothétiques futures ne constituent pas un mécanisme réglementaire existant ».

[308] En l’espèce, l’Énoncé sur la protection se fonde de manière illégale sur des mesures réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l’habitat essentiel. Par exemple, il cite les articles 35 et 36 de la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, comme source de protection légale de l’habitat essentiel. Ces dispositions permettent au ministre des Pêches et des Océans de désigner et de gérer des zones de protection marines protégées. Cependant, dans l’habitat essentiel des épaulards résidents, il n’existe aucune zone de protection marine légalement désignée en vertu des articles 35 ou 36 de la *Loi sur les océans*. Voir la *Loi sur les océans*, articles 31, 35 et 36; l’affidavit de M. Wallace, aux paragraphes 75 à 77.

[309] En outre, une zone de protection marine visée par la *Loi sur les océans* ne peut pas être citée dans une déclaration de protection publiée en vertu du paragraphe 58(5). L’habitat essentiel qui est situé dans une zone de protection marine requiert déjà un type distinct d’arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(2) et (3).

[310] Le fait que le MPO se fonde sur la possibilité prospective ou future de réglementer sous le régime

habitat pursuant to the *Canadian Environmental Protection Act 1999*, S.C. 1999, c. 33, or to set conditions on fishing licences pursuant to section 22 of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, suffers from this same legal defect.

[311] As the applicants point out, if implemented, some provisions of the *Oceans Act* could be lawfully cited in a protection statement. For example, sections 31 and 32 allow DFO to create integrated management plans that govern all activities affecting marine areas. Such plans can include measures to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

#### Protection Statement Unlawfully Relies on Ministerial Discretion

[312] The role of ministerial discretion appears to be the principal area of contention between the parties. As I have discussed above, a protection statement is intended to identify the substitutes for a protection order within the SARA scheme. In my view, therefore, to appropriately substitute for the mandatory enforceable legal protection afforded by subsection 58(1), the legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable.

[313] It is not only the prohibition in subsection 58(1) that is engaged by a protection order but also the permitting provisions. As noted above, sections 73 and 74 limit a minister's ability to issue any permit that will affect critical habitat. Importantly, under SARA no permits may be issued that could jeopardize the survival and recovery of the species.

[314] In contrast, it seems to me that the provisions cited in the Protection Statement grant a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including

de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, les toxines qui risqueraient de détruire l'habitat essentiel ou d'imposer des conditions sur les permis de pêche en application de l'article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, souffre de ce même vice juridique.

[311] Comme les demandeurs le font remarquer, certaines dispositions de la *Loi sur les océans*, si elles étaient mises en œuvre, pourraient être citées légalement dans une déclaration de protection. Par exemple, les articles 31 et 32 permettent au MPO de créer des plans de gestion intégrée qui régissent toutes les activités touchant les zones marines. Ces plans peuvent inclure des mesures destinées à protéger légalement l'habitat essentiel des épaulards résidents.

#### L'Énoncé sur la protection se fonde illégalement sur le pouvoir discrétionnaire ministériel

[312] Le rôle du pouvoir discrétionnaire ministériel semble être le principal point de litige entre les parties. Comme je l'ai mentionné plus tôt, une déclaration de protection vise à mentionner les mesures prises en substitution à un arrêté de protection pris sous le régime de la LEP. Selon moi, pour remplacer convenablement la protection légale impérative et exécutoire que procure le paragraphe 58(1), il faut donc que les dispositions légales citées dans une déclaration de protection soient impératives et exécutoires.

[313] Ce n'est pas seulement l'interdiction visée au paragraphe 58(1) qui est déclenchée par un arrêté de protection, mais aussi les dispositions relatives à l'octroi de permis. Comme il a été mentionné plus tôt, les articles 73 et 74 limitent la capacité qu'a un ministre de délivrer un permis qui aura une incidence sur l'habitat essentiel. Fait important, dans le cadre de la LEP aucun permis ne peut être délivré qui mettrait en péril la survie et le rétablissement de l'espèce.

[314] Par contre, il me semble que les dispositions citées dans l'Énoncé sur la protection confèrent un pouvoir discrétionnaire, vaste et non structuré,

those that would destroy critical habitat. Such discretion does not legally protect critical habitat from destruction because discretionary protection is neither mandatory, nor enforceable.

#### The *Fisheries Act* and Regulations

[315] As counsel's submissions have now made clear, the competing interpretations of section 58 of SARA offered by the parties come to a head over the ministers' reliance upon the *Fisheries Act* to support the legality of the Protection Statement.

[316] The respondents say that "section 35 of the *Fisheries Act* provides protection which meets the requirements of paragraph 58(5)(b)". The respondents, however, also concede as follows:

30. It is true that the statutory scheme of the *Fisheries Act* allows for the issuance of habitat alteration, disruption or destruction ("HADD") authorisations at the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans. However, the ability to issue authorisations does not negate the fact that s. 35 provides habitat protection, nor does it mean that s. 35 can not be relied upon for the purposes of paragraph 58(5)(b).

[317] The respondents further argue that:

The same logic applies to the protection provided by the prohibition set out in s. 36 of the *Fisheries Act*, with the difference that the authority to breach the prohibition is provided by regulation, not by authorisation of the Minister of Fisheries and Oceans.

[318] In answer to the argument that the ministers' discretionary powers under the *Fisheries Act* could mean that he or she could allow activities that would undermine the mandatory prohibitions of SARA and compromise or undercut the protection of critical habitat for the resident killer whales, the respondents argue as follows:

d'autoriser à mener des activités préjudiciables, dont celles qui détruiraient l'habitat essentiel. Ce pouvoir discrétionnaire ne protège pas légalement l'habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n'est ni impérative, ni exécutoire.

#### La *Loi sur les pêches* et ses règlements

[315] Comme il ressort maintenant clairement des observations des avocats, les interprétations contradictoires de l'article 58 de la LEP qu'offrent les parties atteignent un point critique en rapport avec le fait que les ministres se fondent sur la *Loi sur les pêches* pour justifier la légalité de l'Énoncé sur la protection.

[316] Les défendeurs disent que [TRADUCTION] « l'article 35 de la *Loi sur les Pêches* assure une protection qui satisfait aux exigences de l'alinéa 58(5)b ». Cependant, ils concèdent également ce qui suit :

[TRADUCTION]

30. Il est vrai que le régime légal de la *Loi sur les pêches* autorise à émettre des autorisations de détérioration, de destruction ou de perturbation (les DDP ) de l'habitat à la discrétion du ministre des Pêches et des Océans. Cependant, la possibilité de délivrer des autorisations ne change rien au fait que l'article 35 assure une protection de l'habitat, pas plus que cela signifie que l'on ne peut pas se fonder sur cet article pour l'application de l'alinéa 58(5)b).

[317] Les défendeurs soutiennent de plus que :

[TRADUCTION] La même logique s'applique à la protection que confère l'interdiction prescrite à l'article 36 de la *Loi sur les pêches*, à la différence que le pouvoir d'enfreindre l'interdiction est prévu par règlement, et non par l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans.

[318] En réponse à l'argument selon lequel les pouvoirs discrétionnaires ministériels que prévoit la *Loi sur les pêches* pourraient signifier que le ministre serait en droit d'autoriser des activités qui mineraient les interdictions impératives de la LEP et mettraient en péril la protection de l'habitat essentiel des épaulards résidents, les défendeurs font valoir ce qui suit :

## [TRADUCTION]

35. The applicants argue both that s. 35 of the *Fisheries Act* does not provide protection from the destruction of the geophysical habitat caused by fishing, and that the management of fishing under the *Fisheries Act*. [...]

36. At any given time, the way in which fishing can be conducted and the quantity of fish which can be harvested is managed through the issuance of licences with gear conditions, and in some cases quota restrictions, and through opening and closing the fishery for various users. In the case of salmon fishing in killer whale critical habitat, restrictions on fishing are provided in the *Fisheries Act*, *The Fishery (General) Regulations*, s. 22, the *Pacific Fisheries Regulations, 1993*, SOR/93-54, ss. 51-60 and schedule VI, and the *British Columbia Sport Fishing Regulations 1996*, SOR/96-137, ss. 42-50 and schedule VI. The issuance of licences with conditions, and the opening and closing of fisheries are “measures under” an Act of Parliament as they are specifically provided for in the *Fisheries Act* and its regulations.

37. These measures are not static, and nor should they be, as conditions in the fisheries change over time and the measures must be adjusted accordingly. The discretion of the Minister of Fisheries and Oceans to vary these measures over time is necessary to allow for the appropriate management of the fisheries and the protection of fish. However, the existence of that discretion does not negate the protection provided.

38. At any given time, a variety of these measures are in place to protect fish and hence the availability of prey. The protection statement would only fail to meet the requirements of paragraph 58(5)(b) if there was a point in time when the Minister of Fisheries and Oceans exercised his or her discretion to not put in place measures to limit the harvest such that the availability of killer whale prey could be destroyed. This is a question of fact. The respondent says that the measures in place at the time of the protection statement were sufficient to protect the availability of killer whale prey from destruction. In any event, the burden is on the applicants to show otherwise and there is no evidence in this case that the measures in place at the time of the protection statement were insufficient to prevent the destruction of the availability of prey.

35. Les demandeurs soutiennent à la fois que l'article 35 de la *Loi sur les pêches* n'offre pas de protection contre la destruction de l'habitat géophysique causée par la pêche, et que la gestion de la pêche sous le régime de la *Loi sur les pêches* [...]

36. À quelque moment que ce soit, la façon dont la pêche peut être effectuée et la quantité de poisson qui peut être récoltée sont gérées par la délivrance de permis assortis de conditions concernant les engins utilisés et, dans certains cas, de restrictions contingentes, ainsi que par l'ouverture et la clôture des activités de pêche pour divers utilisateurs. Dans le cas de la pêche au saumon au sein de l'habitat essentiel des épaulards, des restrictions de pêche sont prévues dans la *Loi sur la pêche*, le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, article 22, le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/93-54, articles 51 à 60 et l'annexe VI, ainsi que le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137, articles 42 à 50 et annexe VI. La délivrance de permis assortis de conditions, ainsi que l'ouverture et la clôture des activités de pêche, sont des « mesure[s] prise[s] » sous le régime d'une loi fédérale, car ces mesures sont expressément prévues dans la *Loi sur les pêches* et ses règlements.

37. Ces mesures ne sont pas statiques, et elles ne devraient pas l'être non plus, car les conditions de pêche changent au fil du temps et il est nécessaire d'adapter les mesures en conséquence. Le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre des Pêches et des Océans de modifier ces mesures à la longue est nécessaire si l'on veut gérer convenablement la pêche et protéger le poisson. Cependant, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire n'exclut pas la protection offerte.

38. À quelque moment que ce soit, un certain nombre de ces mesures sont appliquées pour protéger le poisson, et donc la disponibilité de proies. La seule fois où la déclaration de protection ne satisferait pas aux exigences de l'alinéa 58(5)b) serait s'il y avait un moment dans le temps où le ministre des Pêches et des Océans exerçait le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour ne pas mettre en place des mesures visant à restreindre la récolte, ce qui aurait pour effet de détruire la disponibilité de proies pour les épaulards. Il s'agit là d'une question de fait. Le défendeur dit que les mesures mises en place au moment où la déclaration de protection a été faite étaient suffisantes pour protéger la disponibilité des proies des épaulards contre la destruction. Quoi qu'il en soit, c'est aux demandeurs qu'il incombe de prouver le contraire et il n'y a, en l'espèce, aucune preuve que les mesures en vigueur au moment où la déclaration de protection a été faite étaient insuffisantes pour empêcher que l'on détruise la disponibilité de proies.



[319] I agree with the applicants that to evaluate whether the Protection Statement meets the legal standard required under section 58, the legal provisions cited in the Protection Statement must be compared with the protection offered through SARA. There is a clear contrast between the legal protection afforded critical habitat under subsection 58(1) of SARA and the broad discretion under the *Fisheries Act*.

[320] The *Fisheries Act* and regulations are cited in the Protection Statement purportedly to protect critical habitat from numerous threats. However, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* affords far more discretion than SARA. Absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* scheme, including section 35, cannot, in my view, lawfully substitute for an order under subsection 58(4) [of SARA].

[321] The *Fisheries Act* creates a comprehensive scheme for the management of fisheries in Canada. It is highly discretionary legislation that grants broad powers to the Minister of Fisheries and Oceans to manage the fishery with few statutory limitations. As recognized by the Court of Appeal in *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraphs 35 and 37, Parliament has given DFO the “widest possible freedom to manoeuvre” in regulating the fishery. For example, section 7 grants the Minister “absolute discretion” over the issuing of fisheries licences. Subsection 35(2) grants the Minister complete discretion to authorize the destruction of fish habitat. Section 22 of the *Fishery (General) Regulations*, above, grants the Minister complete discretion to attach conditions to a fishing licence. See *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160 (*Ecology Action Centre*), at paragraph 54 and *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752.

[322] DFO’s discretion under the *Fisheries Act* is not limited by policy or plans. See *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28, *Ahousaht Indian Band*,

[319] Je conviens avec les demandeurs que, pour évaluer si l’Énoncé sur la protection satisfait à la norme légale qui est exigée en vertu de l’article 58, les dispositions légales citées dans l’Énoncé sur la protection doivent être comparées à la protection offerte sous le régime de la LEP. Il y a un net contraste entre la protection légale que le paragraphe 58(1) de la LEP confère à l’habitat essentiel et le vaste pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les pêches*.

[320] La *Loi sur les pêches* et ses règlements sont cités dans l’Énoncé sur la protection censément pour protéger l’habitat essentiel contre de nombreuses menaces. Cependant, le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* accorde nettement plus de pouvoirs discrétionnaires que la LEP. À défaut d’un règlement précis qui protégerait l’habitat essentiel, le régime de la *Loi sur les pêches*, qui inclut l’article 35, ne peut, selon moi, remplacer légalement un arrêté pris en vertu du paragraphe 58(4) [de la LEP].

[321] La *Loi sur les pêches* crée un régime exhaustif pour la gestion de la pêche au Canada. Il s’agit d’une loi hautement discrétionnaire, qui confère au ministre des Pêches et des Océans de vastes pouvoirs pour gérer les activités de pêche avec peu de limites légales. Comme l’a reconnu la Cour d’appel dans l’arrêt *Carpenter Fishing Corp.*, précité, aux paragraphes 35 et 37, le législateur a accordé au MPO « la plus grande marge de possible manœuvre » pour réglementer le secteur de la pêche. Par exemple, l’article 7 permet au ministre d’octroyer « à discrétion » des permis de pêche. Le paragraphe 35(2) confère au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu d’autoriser la destruction de l’habitat du poisson. L’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, précité, accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu d’assortir un permis de pêche de diverses conditions. Voir la décision *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087 (*Ecology Action Centre*), au paragraphe 54, et la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752.

[322] Le pouvoir discrétionnaire que la *Loi sur les pêches* confère au MPO n’est pas restreint par une politique ou par des plans. Voir l’arrêt *Carpenter Fishing*

above, at paragraph 752; and *Arsenault*, at paragraphs 38 and 43.

[323] The only provisions of the *Fisheries Act* specifically referenced in the Protection Statement are sections 35 and 36. Section 35 of the *Fisheries Act* states as follows:

Harmful alteration, etc., of fish habitat

**35.** (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

Alteration, etc., authorized

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

[324] As this Court confirmed in *Ecology Action Centre*, above, at paragraph 74, “section 35 does not impose a blanket prohibition on HADD [harmful alteration, disruption and destruction of fish habitat].” The approval of destruction of fish habitat under section 35 is at the complete discretion of the Minister.

[325] While, on its face, the *Fisheries Act* may appear to provide protection for critical habitat that is similar to SARA, it would appear that DFO has a much broader discretion to authorize habitat destruction under the *Fisheries Act* than under SARA. Under the *Fisheries Act*, the Minister’s ability to affect critical habitat is unlimited. For example, section 36 of the *Fisheries Act* prohibits the deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish but allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion. See Janice Walton, *Blakes’ Canadian Law of Endangered Species* (Toronto: Carswell, 2007). By contrast, SARA restricts the Minister’s ability to affect critical habitat. See Walton, 2007, at pages 2-31 to 2-33 and SARA, sections 73 and 74.

*Corp.*, précité, au paragraphe 28, la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752, et l’arrêt *Arsenault*, aux paragraphes 38 et 43.

[323] Les seules dispositions de la *Loi sur les pêches* auxquelles fait expressément référence l’Énoncé sur la protection sont les articles 35 et 36. L’article 35 de la *Loi sur les pêches* prévoit ce qui suit :

**35.** (1) Il est interdit d’exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson.

Détérioration de l’habitat du poisson, etc.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l’habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

Exception

[324] Ainsi que l’a confirmé la Cour dans la décision *Ecology Action Centre*, précitée, au paragraphe 74 : « l’article 35 n’interdit pas absolument la DDP [détérioration, destruction ou perturbation de l’habitat] ». L’approbation de la destruction de l’habitat du poisson en vertu de l’article 35 est laissée à la discrétion absolue du ministre.

[325] Si, à première vue, la *Loi sur les pêches* peut sembler offrir à l’habitat essentiel une protection qui est semblable à celle qu’offre la LEP, il semble aussi que le MPO ait le pouvoir discrétionnaire nettement plus vaste d’autoriser la destruction de l’habitat en vertu de la *Loi sur les pêches* que sous le régime de la LEP. Dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, la possibilité qu’a le ministre d’avoir une incidence sur l’habitat essentiel est illimitée. Par exemple, l’article 36 de cette loi interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais il prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire à la discrétion du Cabinet. Voir Janice Walton, *Blakes’ Canadian Law of Endangered Species* (Toronto : Carswell, 2007). Par contre, la LEP limite la capacité qu’a le ministre de porter préjudice à l’habitat essentiel. Voir Walton, 2007, aux pages 2-31 à 2-33, ainsi que la LEP, articles 73 et 74.

[326] Courts have been loath to interfere with the Minister's discretion under section 35 to permit or prohibit destruction of fish habitat. See *Ecology Action Centre*, above.

[327] Notably, as this Court has acknowledged, section 35 does not prevent all destruction of fish habitat. For example, it does not prevent destruction of fish habitat that results from fishing activities—an identified threat to resident killer whale critical habitat. See *Ecology Action Centre*, above, at paragraphs 75–78 and 91.

[328] By contrast, there is no discretion granted under SARA to permit the destruction of critical habitat. As the applicants point out, the SARA-permitting provisions limit activities that could affect critical habitat and preclude authorization of any activity that could jeopardize survival and recovery of the species. I agree with the applicants that the subsection 58(1) prohibition against destruction of critical habitat applies to all critical habitat and against any activity that might destroy it.

[329] The applicants submit that it is possible that the *Fisheries Act* could be used to provide legal protection for critical habitat. For example, Canada could choose to pass a specific regulation that protects critical habitat or that governs the exercise of section 35 discretion where critical habitat might be altered or affected. However, those actions have not been taken. See *Fisheries Act*, subsection 35(2) and section 43 [as amended by S.C. 1991, c. 1, s. 12].

[330] It seems to me that the arguments advanced by the respondents to justify reliance upon the *Fisheries Act* in the Protection Statement are not persuasive for a number of reasons.

[326] Les tribunaux hésitent à s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre, en vertu de l'article 35, d'autoriser ou d'interdire la destruction de l'habitat du poisson. Voir la décision *Ecology Action Centre*, précitée.

[327] Plus particulièrement, comme en a fait état la Cour, l'article 35 n'empêche pas toute destruction de l'habitat du poisson. Par exemple, il n'empêche pas la destruction de l'habitat du poisson qui découle d'activités de pêche — une menace particulière pour l'habitat essentiel des épaulards résidents. Voir la décision *Ecology Action Centre*, précitée, aux paragraphes 75 à 78 et 91.

[328] Par contre, la LEP n'accorde pas le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la destruction de l'habitat essentiel. Comme le font remarquer les demandeurs, les dispositions de la LEP en matière d'octroi de permis restreignent les activités qui pourraient toucher l'habitat essentiel et interdisent d'autoriser toute activité susceptible de mettre en péril la survie et le rétablissement de l'espèce. Je conviens avec les demandeurs que l'interdiction que comporte le paragraphe 58(1) à l'égard de la destruction de l'habitat essentiel s'applique à l'ensemble de l'habitat essentiel ainsi qu'à toute activité qui est susceptible de le détruire.

[329] Les demandeurs font valoir qu'il est possible que l'on puisse se servir de la *Loi sur les pêches* pour protéger légalement l'habitat essentiel. Par exemple, le Canada pourrait décider d'adopter un règlement particulier qui protégerait l'habitat essentiel ou qui régirait l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'accorde l'article 35 dans les cas où l'habitat essentiel pourrait être touché ou modifié. Mais ces mesures n'ont pas été prises. Voir la *Loi sur les pêches*, au paragraphe 35(2) et à l'article 43 [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12].

[330] Il me semble que les arguments qu'invoquent les défendeurs pour justifier le fait de se fonder sur la *Loi sur les pêches* dans l'Énoncé sur la protection ne sont pas convaincants, et ce, pour un certain nombre de raisons.

[331] First of all, the discretionary powers of the Minister under the *Fisheries Act* cannot, in my view, be equated with legislation that may at some future date be repealed or amended. The discretionary power was present, and relied upon, at the time the Protection Statement was made. This means that the Minister chose not to issue a protection order that would provide a mandatory prohibition against the destruction of critical habitat and to substitute the discretionary powers under the *Fisheries Act*. In my view, that is not equivalent protection. Nothing in the *Fisheries Act* says that the Minister cannot exercise his or her discretion under that Act in ways that will modify or undercut the mandatory prohibitions provided by SARA. Moreover, nothing in SARA says that the protection that the *Fisheries Act* gives to critical habitat cannot be modified or undercut by the Minister exercising his or her powers under the *Fisheries Act*. The fact that the Minister may not yet have done this is, in my view, irrelevant. Under the Protection Statement the Minister has, in fact, retained the discretionary power to act towards the critical habitat of the resident killer whales. In my view, the parliamentary record, as cited by the applicants, reveals that it was Parliament's intent, in bringing SARA into being, that the Minister would not have the discretion to deal with critical habitat of endangered species in accordance with the discretion powers and the scheme of the *Fisheries Act*.

[332] The Minister has not and, in my view, could not undertake to exercise her powers under the *Fisheries Act* in a way that would preserve the mandatory prohibitions under SARA. The respondents' argument that the Protection Statement remains valid unless and until something happens in the future is, in my view, fallacious. The whole point of SARA is to provide protection for the critical habitat of species at risk in such a way that those protections cannot be set aside or modified through the exercise of ministerial discretion at some time in the future. The protection for critical habitat that a protection order brings into being is not protection that can be modified or compromised by ministerial discretion. The Minister cannot relinquish or curtail her

[331] Tout d'abord, les pouvoirs discrétionnaires que la *Loi sur les pêches* accorde au ministre ne peuvent, selon moi, être assimilés à une loi qui, à une date ultérieure, peut être abrogée ou modifiée. Le pouvoir discrétionnaire existait, et on s'est fondé sur lui, à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été publié. Cela signifie que le ministre a décidé de ne pas prendre un arrêté de protection qui interdirait impérativement la destruction de l'habitat essentiel et de remplacer l'arrêté par les pouvoirs discrétionnaires que prévoit la *Loi sur les pêches*. À mon avis, il ne s'agit pas d'une protection équivalente. Rien dans la *Loi sur les pêches* ne dit que le ministre ne peut pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère cette loi, d'une façon qui modifiera ou minera les interdictions impératives que prévoit la LEP. En outre, rien dans la LEP ne dit que la protection que la *Loi sur les pêches* confère à l'habitat essentiel ne peut être modifiée ou minée par le ministre en exerçant les pouvoirs que lui confère la *Loi sur les pêches*. Le fait que le ministre ne l'a peut-être pas encore fait est, selon moi, peu pertinent. Dans le cadre de l'Énoncé sur la protection, le ministre a, en fait, conservé le pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures à l'égard de l'habitat essentiel des épaulards résidents. Selon moi, le dossier parlementaire, cité par les demandeurs, révèle que l'intention du Parlement, en donnant naissance à la LEP, était de ne pas accorder au ministre le pouvoir discrétionnaire de toucher à l'habitat essentiel d'espèces en péril en s'appuyant sur les pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les pêches* et le régime de cette dernière.

[332] Le ministre n'a pas, et, selon moi, ne pouvait pas exercer, les pouvoirs que lui confère la *Loi sur les pêches* d'une manière qui préserverait les interdictions impératives que prévoit la LEP. L'argument des défendeurs, à savoir que l'Énoncé sur la protection demeure valide sauf s'il survient quelque chose ultérieurement, est à mon avis fallacieux. La raison d'être de la LEP est de protéger l'habitat essentiel d'une espèce en péril de façon telle que les mesures de protection prises ne peuvent pas être mises de côté ou modifiées par l'exercice, à un moment quelconque ultérieurement, de pouvoirs discrétionnaires ministériels. La protection de l'habitat essentiel que crée un arrêté de protection n'est pas une protection qu'il est possible de modifier ou de

discretionary powers under the *Fisheries Act*. Hence, reliance upon the *Fisheries Act* means that the critical habitat of the resident killer whales is protected subject to the Minister deciding otherwise. This was not the intent of Parliament when it brought SARA into being. The parliamentary record is clear.

[333] As the applicants point out, the following points are also supportive of this position:

a. The Minister's discretion to allow destruction under section 35 is broad and unfettered, and not limited by any other statutory provisions. In contrast, a subsection 58(1) protection order prohibits critical habitat from ever being destroyed; such critical habitat may only be "affected" and only for those limited purposes and under those strict pre-conditions set out in subsections 73(2) and 73(3) of SARA;

b. The *Pacific Fishery Regulations, 1993* [SOR/93-54] and the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996* [SOR/96-137] do not refer to, or make any provision for, salmon allocation for the resident killer whales. Instead, these two regulations lay out the general rules that govern Pacific commercial and recreational fisheries—including the salmon fishery—and the Minister's broad discretion to manage those fisheries as she sees fit. No provision of either regulation requires the Minister's discretion to be exercised in a way that protects salmon for whales;

c. None of the provisions or the statutory instruments cited by DFO in the Protection Statement, namely the *Fisheries Act* and the *Fishery (General) Regulations*, refer to, or make any provision for salmon allocation for the resident killer whales. Instead, these provisions further codify the Minister of Fisheries and Oceans' broad discretion to regulate the fishery however she sees fit. The *Fisheries Act* and the *Fishery (General)*

compromettre par un pouvoir discrétionnaire ministériel. Le ministre ne peut pas renoncer aux pouvoirs discrétionnaires que lui accorde la *Loi sur les pêches* ou en réduire la portée. Ainsi, le fait de se fonder sur la *Loi sur les pêches* signifie que l'habitat essentiel des épaulards résidents est protégé, sauf si le ministre en décide autrement. Ce n'était pas là l'intention du Parlement lorsqu'il a donné naissance à la LEP. Le dossier parlementaire est clair.

[333] Comme le font remarquer les demandeurs, les points suivants étayent également cette position :

a. le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre d'autoriser la destruction en vertu de l'article 35 est vaste et absolu, et aucune autre disposition légale ne le limite. Par contre, un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(1) interdit toute destruction de l'habitat essentiel; il est possible seulement de « toucher » l'habitat essentiel, et ce, uniquement pour les fins limitées et dans les conditions préalables strictes qui sont énoncées aux paragraphes 73(2) et 73(3) de la LEP;

b. le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* [DORS/93-54] et le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique* [DORS/96-137] ne font pas référence à une allocation de saumon pour les épaulards résidents, et ils ne comportent aucune disposition à cet égard. Ces deux règlements énoncent plutôt les règles générales qui régissent la pêche récréative et commerciale du Pacifique, y compris la pêche au saumon — et le vaste pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre de gérer cette activité comme bon lui semble. Aucune disposition, dans l'un ou l'autre règlement, n'exige que le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui protège le saumon pour les épaulards;

c. aucune des dispositions ni aucun des textes réglementaires que cite le MPO dans l'Énoncé sur la protection, soit la *Loi sur les pêches* et le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, ne fait référence à une allocation de saumon pour les épaulards, ou ne comporte une disposition quelconque à cet égard. Au lieu de cela, ces dispositions codifient davantage le vaste pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre des Pêches et des Océans

*Regulations* allow the Minister to take all kinds of actions for almost any reason—but do not require any particular action to protect resident killer whale critical habitat, including prey availability;

d. The Protection Statement does not cite either the *Pacific Fishery Regulations, 1993*, or the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, referred to in paragraph 36 of the respondents' submissions. Nor does the Protection Statement refer to any specific licences, any existing licensing conditions, or any existing fisheries closures referred to by the respondents in paragraph 36 of their supplemental submissions;

e. The respondents suggest that it is the applicants' burden to show that any licensing measures in place at the time of the Protection Statement were insufficient to prevent the destruction of the availability of prey. However, to be lawful, the Protection Statement would have had to "set out how" a particular licence protected critical habitat. There is no evidence on the record that any such licences, licence conditions, or fisheries closures actually exist. As DFO chose not to cite any licences in its Protection Statement or file any evidence of their existence, it must be inferred that no such licences exist that could satisfy section 58;

f. The only evidence on the record concerning the Chinook salmon management at the time the Protection Statement was made is found in the affidavit of Dr. Scott Wallace. Dr. Wallace avers that at the time the Protection Statement was made Chinook stocks were not being managed to ensure salmon availability for the resident killer whales;

g. The respondents submit that the Minister should be permitted to rely on her discretion to "vary fisheries measures over time" to protect salmon availability for resident killer whales. However, as rightly conceded by

de réglementer le secteur de la pêche comme bon lui semble. La *Loi sur les pêches* et le *Règlement de pêches (dispositions générales)* permettent au ministre de prendre toutes sortes de mesures pour presque n'importe quel motif — mais il n'exige pas qu'une mesure particulière soit prise pour protéger l'habitat essentiel des épaulards, ce qui inclut la disponibilité de proies;

d. L'Énoncé sur la protection ne cite ni le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* ni le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, qui sont mentionnés au paragraphe 36 des observations des défendeurs. L'Énoncé sur la protection ne fait pas non plus mention des permis précis, des conditions d'octroi de permis ou des clôtures d'activités de pêche auxquelles font mention les défendeurs au paragraphe 36 de leurs observations supplémentaires;

e. les défendeurs laissent entendre que c'est aux demandeurs qu'il incombe de montrer que toute mesure d'octroi de permis qui était en vigueur à l'époque où l'Énoncé a été publié était insuffisante pour empêcher de détruire la disponibilité de proies. Cependant, pour être légal, l'Énoncé sur la protection aurait dû « énon[cer] comment » un permis particulier protégeait l'habitat essentiel. Il n'y a dans le dossier aucune preuve qu'il existe bel et bien de tels permis, conditions d'octroi de permis ou clôtures d'activités de pêche. Comme le MPO a décidé de ne citer aucun permis dans son Énoncé sur la protection ou de ne produire aucune preuve au sujet de leur existence, il faut donc inférer qu'il n'existe aucun permis de ce genre qui pourrait satisfaire aux exigences de l'article 58;

f. la seule preuve dans le dossier qui se rapporte à la gestion du saumon quinnat à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été fait figure dans l'affidavit de M. Scott Wallace. Ce dernier affirme qu'à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été fait, les stocks de saumon quinnat n'étaient pas gérés de façon à garantir que les épaulards résidents en disposent;

g. les défendeurs soutiennent qu'il faudrait permettre au ministre de se fonder sur son pouvoir discrétionnaire pour [TRADUCTION] « modifier les mesures relatives à la pêche au fil du temps » en vue de protéger la

the respondents, the Protection Statement must be judged based on the law that exists at the time the statement is made. It is not lawful for a protection statement to rely on the *prospective ability* to regulate. Therefore, the Minister cannot rely on her prospective ability to issue licences, or limit openings or any other management action that she has not taken at the time the statement is made;

h. As confirmed by the Federal Court, the Minister is not compelled in any way to issue licences that have any conditions or provisions protecting critical habitat of the resident killer whales. The Minister cannot rely on her absolute discretion to manage the fishery to discharge her mandatory duty to protect a component of critical habitat.

*Canadian Environmental Assessment Act*

[334] The applicants also submit that DFO's reliance on the *Canadian Environmental Assessment Act* to provide legal protection for critical habitat suffers from the same kind of legal defect that characterizes its reliance on the *Fisheries Act*. CEAA is largely a procedural statute that sets out the steps to be taken before projects may proceed at the discretion of the Minister. CEAA does not prohibit the approval of environmentally destructive projects. See David Boyd, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy* (Vancouver: UBC Press, 2003) at pages 150–154. For reasons already given in relation to the *Fisheries Act*, I agree.

Provincial Laws are Not Laws of Parliament

[335] As now conceded by the respondents, section 58 of SARA clearly requires that critical habitat be

disponibilité du saumon pour les épaulards résidents. Cependant, comme l'ont concédé avec raison les défendeurs, l'Énoncé sur la protection doit être jugé en fonction du droit qui existe à l'époque où la déclaration est faite. Il n'est pas légal que l'on se fonde, pour une déclaration de protection, sur la capacité d'établir des règlements. Par conséquent, le ministre ne peut pas se fonder sur sa capacité prospective d'octroyer des permis, de restreindre l'ouverture des activités de pêche ou de prendre n'importe quelle autre mesure de gestion qu'il n'a pas prise au moment où la déclaration a été publiée;

h. comme l'a confirmé la Cour fédérale, le ministre n'est obligé d'aucune manière à octroyer des permis assortis de conditions ou de dispositions quelconques qui protègent l'habitat essentiel des épaulards résidents. Il ne peut se fonder sur son pouvoir discrétionnaire absolu de gérer les activités de pêche pour s'acquitter de son obligation impérative de protéger un élément de l'habitat essentiel.

*La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

[334] Les demandeurs soutiennent également que le fait que le MPO se fonde sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* pour protéger légalement l'habitat essentiel souffre du même genre de vice juridique que celui qui caractérise le fait qu'il se fonde sur la *Loi sur les pêches*. La LCEE est essentiellement une loi de nature procédurale qui énonce les mesures qu'il est nécessaire de prendre avant qu'un projet puisse aller de l'avant à la discrétion du ministre. La LCEE n'interdit pas l'approbation de projets destructeurs sur le plan environnemental. Voir David Boyd, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy* (Vancouver : UBC Press, 2003) aux pages 150 à 154. Pour des raisons déjà données en rapport avec la *Loi sur les pêches*, je suis d'accord.

Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales

[335] Comme le concèdent maintenant les défendeurs, l'article 58 de la LEP exige clairement que

protected under a “law of Parliament” or alternatively under a section 11 conservation agreement. Laws of other legislatures and municipal laws cannot be cited in a protection statement.

[336] The Protection Statement unlawfully cites the Robson Bight (Michael Bigg) Ecological Reserve created pursuant to British Columbia’s *Ecological Reserve Act*, R.S.B.C. 1996, c. 103, which covers a minute portion of the critical habitat area of the resident killer whales. There are no conservation agreements in place.

Protection Statement Fails to set out how all Components of Critical Habitat are Legally Protected

[337] I also agree with the applicants that the Protection Statement is unlawful because it is intended to provide legal protection for only certain components of critical habitat and fails to prevent the most significant threats to critical habitat: reduction in prey availability, toxic contamination, and physical and acoustic disturbance.

[338] The Protection Statement is divided into two sections. The first section purports to set out how the “geospatial and geophysical attributes” of critical habitat are legally protected. The threats to habitat included in this first page are from industrial activity, destructive fishing gear and vessel anchors. These are not the most significant threats to critical habitat identified by the Recovery Team, yet these activities threatening geophysical components of critical habitat are the only activities for which the Protection Statement cites any legislation, regulations and/or policies which would be used to “provide protection against such destruction”.

[339] The second part of the Protection Statement addresses degradation of the acoustic environment, degradation of marine environmental quality and

l’habitat essentiel soit protégé sous le régime d’une « loi fédérale » ou subsidiairement, dans le cadre d’un accord de conservation conclu au titre de l’article 11. Les lois d’autres assemblées législatives et les règlements municipaux ne peuvent pas être cités dans une déclaration de protection.

[336] L’Énoncé sur la protection cite illégalement la réserve écologique de Robson Bight (Michael Bigg), créée en vertu de la *Ecological Reserve Act*, de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 103, qui couvre une infime partie de l’habitat essentiel des épaulards résidents. Aucun accord de conservation n’est établi.

L’Énoncé sur la protection ne dit pas de quelle façon tous les éléments de l’habitat essentiel sont légalement protégés

[337] Je conviens également avec les demandeurs que l’Énoncé sur la protection est illégal, car il est destiné à ne protéger légalement que certains éléments de l’habitat essentiel et ne permet pas d’éviter les menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel : la réduction de la disponibilité de proies, la contamination toxique, de même que les perturbations physiques et acoustiques.

[338] L’Énoncé sur la protection est divisé en deux parties. La première vise à exposer de quelle façon les « attributs géospatiaux et géophysiques » de l’habitat essentiel sont légalement protégées. Les menaces pour l’habitat qui sont incluses à la première page découlent des activités industrielles, des engins de pêche destructeurs et des ancres de navire. Il ne s’agit pas des menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel que l’Équipe de rétablissement a désignées, et pourtant ces activités, qui menacent les éléments géophysiques de l’habitat essentiel, sont les seules pour lesquelles l’Énoncé sur la protection cite des lois, des règlements ou des politiques qui serviraient à « assurer la protection contre une telle destruction ».

[339] La seconde partie de l’Énoncé sur la protection porte sur la dégradation de l’environnement acoustique, la dégradation de la qualité de l’environnement marin



declining availability of prey. It lists tools that are “available to manage and mitigate threats to [ecosystem] functions”. This division reflects DFO’s unlawful policy distinction between geophysical components, which it has a duty to protect, and biological components of critical habitat which it has no duty to protect.

ainsi que la réduction de la disponibilité des proies. Elle énumère des instruments qui sont disponibles « pour gérer et atténuer les menace[s] aux diverses fonctions [écosystémiques] ». Cette partie reflète la distinction de principe illégale que fait le MPO entre les éléments géophysiques, qu’il est tenu de protéger, et les éléments biologiques de l’habitat essentiel, qu’il n’est pas tenu de protéger.

### Conclusions

[340] I believe that the applicants are correct in saying that the Minister of Fisheries and Oceans erred in law in issuing under paragraph 58(5)(b) of SARA a protection statement that relies upon policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion under the *Fisheries Act* and the CEEA to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

### Conclusions

[340] Je crois que les demandeurs ont raison de dire que le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en faisant, en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP, une déclaration de protection qui est fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels prévus par la *Loi sur les pêches* et la LCEE, afin de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents.

## JUDGMENT

THIS COURT hereby makes the following declarations:

1. With respect to the Protection Statement application:

- a. The Minister of Fisheries and Oceans erred in law in determining that the critical habitat of the resident killer whales was already legally protected by existing laws of Canada;
- b. Section 58 of SARA requires that all elements of critical habitat be legally protected by the competent ministers;
- c. Outreach programs, stewardship programs, voluntary codes of conduct or practice, voluntary protocols and/or voluntary guidelines and policy do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for

## JUGEMENT

LA COUR fait par le présent jugement les déclarations de droit suivantes :

1. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection :

- a. le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en décidant que l’habitat essentiel des épaulards était déjà légalement protégé par des lois existantes du Canada;
- b. l’article 58 de la LEP exige que les ministres compétents protègent légalement tous les éléments de l’habitat essentiel;
- c. des programmes de sensibilisation, des programmes de gestion, des codes volontaires de conduite ou de pratiques, des protocoles volontaires ou des lignes directrices volontaires et des politiques ne protègent pas légalement l’habitat essentiel au

- the Minister to have cited policy documents in the Protection Statement;
- d. Ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in the Protection Statement;
- e. Prospective laws and regulations that are not yet in force do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provisions in the Protection Statement that are not yet in force;
- f. Provincial laws do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provincial laws in the Protection Statement.
2. With respect to the Protection Order application:
- a. The ministers acted unlawfully in limiting the application and scope of the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA;
- b. The ministers have a duty under section 58 to provide legal protection against destruction for all components of the resident killer whales' critical habitat;
- c. The ministers acted unlawfully when they limited the application and scope of the destruction prohibition in subsection 58(1) of SARA to certain components of critical habitat but not others;
- d. It was an error of law for the ministers to limit the application and scope of the Protection Order to provide legal protection for geophysical parts of critical habitat only;
- sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des documents de politique générale;
- d. le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*;
- e. les lois prospectives et les règlements non encore en vigueur ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions qui ne sont pas encore en vigueur;
- f. les lois provinciales ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des lois provinciales.
2. Pour ce qui est de la demande relative à l'arrêté de protection :
- a. les ministres ont agi illégalement en restreignant l'application et la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP;
- b. les ministres sont tenus en vertu de l'article 58 de protéger légalement tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents contre leur destruction;
- c. les ministres ont agi illégalement en limitant l'application et la portée de l'interdiction de destruction prévue au paragraphe 58(1) de la LEP à certains éléments de l'habitat essentiel, alors que cette interdiction s'applique à tous les éléments;
- d. les ministres ont commis une erreur de droit en limitant l'application et la portée de l'Arrêté de protection de façon à ne protéger légalement que les éléments géophysiques de l'habitat essentiel;

- e. It was unlawful for the ministers to exclude the ecosystem features of resident killer whales' critical habitat, including availability of prey and acoustic and environmental factors from the scope of the Protection Order.
3. The parties are at liberty to address the Court on the issue of costs. This should be done, initially at least, by way of written submissions.
- e. il était illégal que les ministres excluent de la portée de l'Arrêté de protection les caractéristiques écosystémiques de l'habitat essentiel des épaulards résidents, y compris la disponibilité de proies et les facteurs acoustiques et environnementaux.
3. Il est loisible aux parties de s'adresser à la Cour au sujet des dépens. Cela se fera, initialement du moins, au moyen d'observations écrites.