

A-2-11  
2012 FCA 40

A-2-11  
2012 CAF 40

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

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

v.

c.

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

**La Fondation David Suzuki, la Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, la Georgia Strait Alliance, 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** (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Mainville J.J.A.—Vancouver, November 30, 2011; Ottawa, February 9, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Mainville, J.C.A.—Vancouver, 30 novembre 2011; Ottawa, 9 février 2012.

*Environment — Appeal from Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58; that appellant unlawfully citing discretionary provisions of Fisheries Act in protection statement concerning critical habitat of Northeast Pacific Northern, Southern populations of killer whales — When southern, northern resident populations of killer whales designated as endangered, threatened respectively, listed accordingly in Schedule 1 of SARA — Pursuant to SARA, s. 58(5) appellant required to ensure that critical habitat identified in recovery strategy be protected — Rather than issuing protection order, appellant issuing public statement — However, appellant reversing position, issuing protection order under SARA, s. 58(1),(4) — Respondents challenging lawfulness of Killer Whales Protection Statement (Protection Statement), order by initiating judicial review applications — Main issues herein applicable standard of review, whether appellant erring by relying on Fisheries Act, regulations in making Protection Statement — Issues of statutory interpretation raised herein reviewed, determined on standard of correctness — Parliament intending that appellant be allowed some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Prohibitions set out in Fisheries Act, s. 35(1), when read in conjunction with s. 35(2) thereof, constituting legal means whereby appellant enabled to manage, control alteration, disruption or destruction of fish habitat — Protection offered fish habitat under s. 35(1) may be waived at discretion of appellant acting under s. 35(2) — This provision thus not ensuring that critical habitat of endangered or*

*Environnement — Appel d'un jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel sous le régime de l'art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP), et qu'il était illégal de la part de l'appelant de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la Loi sur les pêches dans une déclaration de protection concernant l'habitat essentiel des populations d'épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est — Lorsque les populations d'épaulards du sud et du nord ont été désignées comme « en voie de disparition » et « menacée », respectivement, elles ont été inscrites à ce titre à l'Annexe 1 de la LEP — Selon l'art. 58(5) de la LEP, l'appelant était tenu d'assurer la protection de l'habitat essentiel défini dans le programme de rétablissement — Plutôt que de prendre un arrêté de protection, l'appelant a mis une déclaration dans le registre public — Cependant, l'appelant a fait volte-face, et a pris, sous le régime des art. 58(1) et (4) de la LEP, un arrêté de protection — Les intimés ont contesté la légalité de la déclaration de protection de l'épaulard (la déclaration de protection) et de l'arrêté en formant des demandes de contrôle judiciaire — Les principales questions en l'espèce étaient de déterminer la norme de contrôle applicable, et si l'appelant avait commis une erreur en invoquant dans la déclaration de protection les dispositions de la Loi sur les pêches et de ses règlements d'application — Des questions d'interprétation législative soulevées en l'espèce ont été examinées et tranchées suivant la norme de la décision correcte — Le législateur avait l'intention d'accorder à l'appelant une certaine latitude dans le choix des moyens d'assurer la protection*

*threatened aquatic species “legally protected” — Regarding Fisheries Act, s. 36, wrong for Federal Court to rule section could not be relied on by appellant for purposes of protection statement under SARA, s. 58 — Compliance with Fisheries Act, s. 36(3) may not be waived by appellant through licence, permit or other authorization, nor may derogations from related regulations be authorized — Measures under Fisheries Act, s. 36, specific related regulations legally enforceable, not subject to ministerial discretion — Section 36, regulations made thereunder thus providing for compulsory, non-discretionary, legally enforceable measures — No evidence in record showing whether pollution controls set in related regulations protecting from destruction critical habitat of concerned killer whale populations — Therefore, no basis in present proceedings upon which Federal Court could have determined whether appellant’s reliance on s. 36 could have been justified in light of SARA, s. 58 — While appellant relying on existing fishery management scheme adopted under Fisheries Act in Protection Statement, reliance misguided; regulations at issue not seeking to prohibit destruction of salmon prey as element of critical habit but rather providing framework for management of Pacific salmon fisheries under highly discretionary ministerial licensing scheme — Substitution not approved — Therefore, Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat within meaning of SARA, s. 58 upheld save insofar as impeding appellant from relying, in appropriate cases, on Fisheries Act, s. 36, regulations adopted thereunder — Appeal allowed in part.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from Federal Court judgment involving protection of critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58, principal question concerning meaning of words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any*

*obligatoire sous le régime de la LEP — Les interdictions formulées à l’art. 35(1) de la Loi sur les pêches, conjuguées avec les dispositions de l’art. 35(2) de cette loi, constituent un moyen légal pour l’appelant de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson — L’appelant, en vertu de l’art. 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit l’art. 35(1) — Cette disposition ne peut donc pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « protégée légalement » — En ce qui concerne l’art. 36 de la Loi sur les pêches, la Cour fédérale a commis une erreur en statuant qu’il n’était pas permis à l’appelant de l’invoquer aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’art. 58 de la LEP — L’appelant ne peut permettre de dérogation à l’art. 36(3) de la Loi sur les pêches au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations aux règlements connexes — Les mesures prises sous le régime de l’art. 36 de la Loi sur les pêches et de ses règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre — L’art. 36 et ses dispositions réglementaires sont donc légalement contraignants et ne sont pas soumis au pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucun élément du dossier ne tend à répondre à la question de savoir si les mécanismes antipollution prévus par les règlements pertinents protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause — Par conséquent, il n’y avait rien, dans la présente affaire, sur quoi la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si l’appelant aurait eu la faculté d’invoquer l’art. 36, dans le cadre des dispositions de l’art. 58 de la LEP — Bien que l’appelant ait invoqué dans la déclaration de protection le système existant de gestion des pêches dans le cadre de la Loi sur les pêches, il n’était pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires; les dispositions en cause n’ont pas pour objet d’interdire la destruction du saumon en tant que proie de l’espèce en péril et élément de son habitat essentiel, mais elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d’un système d’autorisation ministérielle hautement discrétionnaire — Le remplacement du régime n’a pas été avalisé — Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel au sens de l’art. 58 de la LEP a été confirmé, sauf dans la mesure où il interdirait à l’appelant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’art. 36 de la Loi sur les pêches et ses règlements d’application — Appel accueilli en partie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel d’un jugement de la Cour fédérale portant sur la protection de l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la « LEP »), la question principale était d’établir la signification*

*other Act of Parliament” found in SARA, s. 58(5) — No deference owed by Federal Court of Appeal to appellant as to interpretation of relevant provisions of SARA or of Fisheries Act, regulations — Parliament not intending to shield appellant’s interpretation of pertinent provisions of SARA, Fisheries Act from judicial review on standard of correctness — Number of clear indicators that Parliament greatly restricting appellant’s discretion, that not intending to shield appellant’s legal interpretation from judicial review — Therefore, issues of statutory interpretation raised by appeal reviewed, determined on standard of correctness.*

*Construction of Statutes — Appeal from Federal Court judgment declaring, in particular, that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58 — Pertinent provisions of SARA interpreted to determine whether Parliament intending to allow appellant some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Under SARA, s. 58, protection of critical habitat identified in recovery strategy must be achieved through legally enforceable measures — Based on dictionary definitions of word “protect”, French word “protéger”, Parliament’s intent being to avoid interference with, destruction of critical habitat — Juxtaposition of word “legally” with word “protected” to form expression “legally protected” leaving little ambiguity as to Parliament’s intent that critical habitat must be preserved through legally enforceable measures — Legal protection scheme not regulatory management scheme — Based on analysis of SARA, s. 58, Parliament seeking to avoid destruction of identified critical habitat of listed endangered, threatened aquatic species through any means — Consequently, provision in, or measure under, Act of Parliament only legally protecting critical habitat for purposes of SARA, s. 58 if that provision or measure preventing destruction of critical habitat through legally enforceable means not subject to ministerial discretion.*

This was an appeal from a Federal Court judgment declaring that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act* (SARA) and that it was unlawful for the appellant to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in a

*des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » de l’art. 58(5) de la LEP — L’appelant n’a pas droit à la retenue judiciaire de la part de la Cour fédérale pour ce qui concerne l’interprétation des dispositions applicables de la LEP ou de la Loi sur les pêches ou des dispositions réglementaires — L’intention du Parlement n’était pas de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l’interprétation que donne l’appelant des dispositions applicables de la LEP et de la Loi sur les pêches — Il existait plusieurs indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire de l’appelant, et que l’intention du Parlement n’était pas de mettre l’interprétation juridique de l’appelant à l’abri du contrôle judiciaire — Par conséquent, les questions d’interprétation législative soulevées par l’appel ont été examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.*

*Interprétation des lois — Appel d’un jugement de la Cour fédérale déclarant, notamment, que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la « LEP ») — Les dispositions applicables de la LEP devaient être interprétées pour déterminer si le législateur avait l’intention d’accorder à l’appelant une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire aux termes de la LEP — En vertu de l’art. 58 de la LEP, la protection de l’habitat essentiel désigné au programme de rétablissement doit être assurée par des mesures légalement contraignantes — D’après les définitions lexicographiques du terme anglais « protect » et du terme français « protéger », l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel — La juxtaposition des termes « protégés » (protected) et « légalement » (legally) pour former le syntagme « protégés légalement » (legally protected) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes — Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire — D’après l’analyse de l’art. 58 de la LEP, le Parlement cherche à éviter la destruction de l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, d’où que puisse venir cette destruction — Par conséquent, une disposition d’une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d’une telle loi ne peut protéger légalement l’habitat essentiel aux fins de l’art. 58 de la LEP que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d’un pouvoir discrétionnaire ministériel.*

Il s’agissait d’un appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) et qu’il était illégal, de la part de l’appelant, de citer des

protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern population of killer whales. Subsection 58(5) of the SARA provides that the appellant must make an order under subsections 58(1) and (4) protecting the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species if such critical habitat is not legally protected by provisions or measures found in the SARA or another federal legislation.

The Federal Court ruled that the appellant may avoid issuing a critical habitat protection order under the SARA only where the legal protection offered that habitat under another Act of Parliament is the same as that provided under a protection order. It further ruled that the measures available to the appellant under the *Fisheries Act* could be diluted under the sweeping and largely unfettered discretions granted to the appellant thereunder. Therefore, it concluded that the *Fisheries Act* could not be resorted to as a substitute to a critical habitat protection order under the SARA. It went on to make 11 declarations of law.

When the southern resident population of killer whales was designated as endangered and the northern resident population of killer whales as threatened, they were listed accordingly in Schedule 1 of the SARA when that statute was adopted. A recovery strategy for these killer whale populations was prepared and included in the public registry. Pursuant to subsection 58(5) of the SARA, the appellant was required to ensure that the critical habitat identified in the strategy be protected within a deadline. Rather than issuing a protection order, the appellant issued a public statement setting out how the critical habitat of the concerned killer whale populations was legally protected. The statement restricted the concept of critical habitat for the purposes of the SARA to geophysical attributes. Some of the most important elements of the critical habitat which had been identified in the recovery strategy were left without protection; the statement did not consider these components as part of “critical habitat” for the purposes of protection under the SARA. The respondents in this appeal challenged the lawfulness of the Killer Whales Protection Statement (Protection Statement) by initiating a judicial review application, arguing that the critical habitat of the concerned killer whale populations included not only the geophysical elements of that habitat but also all the other components identified in the recovery strategy. Before the judicial review application hearing, the appellant reversed its position and a protection order under subsections 58(1) and (4) of the SARA was issued and registered. The respondents then sought clarification as to the scope and meaning of the order and, unsatisfied with the appellant’s response, filed a second judicial review application challenging the practice of

dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est. Le paragraphe 58(5) de la LEP dispose que l’appelant est tenu de prendre, en application des paragraphes 58(1) et (4), un arrêté protégeant l’habitat essentiel d’une espèce aquatique sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée, si cet habitat n’est pas protégé légalement par des dispositions de la LEP ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime.

La Cour fédérale a statué que l’appelant ne peut se dispenser de prendre un arrêté de protection de l’habitat essentiel dans le cadre de la LEP que si la protection légale qu’assure une autre loi fédérale à cet habitat est la même que celle qui lui offrirait un tel arrêté. Elle a aussi statué que les pouvoirs discrétionnaires étendus et peu limités que la *Loi sur les pêches* confère à l’appelant risquent d’édulcorer les mesures que celle-ci met à sa disposition. Par conséquent, a-t-elle conclu, il n’est pas permis de recourir à la *Loi sur les pêches* comme solution de rechange à la prise d’un arrêté de protection de l’habitat sous le régime de la LEP. La Cour a ensuite formulé 11 conclusions déclaratoires.

Lorsque la population d’épaulards du sud a été désignée au titre de population en voie de disparition, et la population du nord, au titre de population menacée, elles ont été inscrites à l’annexe 1 de la LEP, dès que cette loi a été adoptée. Un programme de rétablissement relatif à ces populations d’épaulards a été élaboré et mis dans le registre public. Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, l’appelant était tenu d’assurer la protection de l’habitat essentiel défini dans le programme de rétablissement dans des délais précis. Plutôt que de prendre un arrêté de protection, l’appelant a mis dans le registre public une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel des populations d’épaulards en question était protégé légalement. Aux fins de la LEP, la déclaration limitait le concept d’habitat essentiel à des caractéristiques géophysiques. Certains des éléments les plus importants de l’habitat essentiel, désignés dans le programme de rétablissement, étaient laissés sans protection; la déclaration de protection n’englobait pas ces éléments dans l’« habitat essentiel » aux fins de la protection à assurer en vertu de la LEP. Les intimés au présent appel ont contesté la légalité de la déclaration de protection de l’épaulard (la « déclaration de protection ») en formant une demande de contrôle judiciaire, soutenant que l’habitat essentiel des populations d’épaulards en question comprenait non seulement les caractéristiques géophysiques de la zone définie, mais aussi tous les autres éléments recensés dans le programme de rétablissement. Avant l’instruction de cette demande de contrôle judiciaire, l’appelant a fait volte-face; il a pris et enregistré un arrêté, sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP. Les intimés ont demandé des éclaircissements sur la portée et la signification de l’arrêté et,

limiting the scope of a protection order made under subsections 58(1) and (4) of the SARA to geospatial areas and geophysical elements of critical habitat.

The appellant's two grounds of appeal in this case concerned the standard of review and the interpretation of the SARA.

The main issues were the applicable standard of review in this case and whether the appellant erred by relying on the provisions of the *Fisheries Act* and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement.

*Held*, the appeal should be allowed in part.

Regarding the standard of review, the principal question concerned the meaning of the words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament” found in subsection 58(5) of the SARA. No deference is owed by the Federal Court of Appeal to the appellant as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act* and its regulations. It was determined that Parliament did not intend to shield the appellant's interpretation of the pertinent provisions of the SARA and of the *Fisheries Act* from judicial review on a standard of correctness. Neither the SARA nor the *Fisheries Act* contains a privative clause, a strong indication of Parliament's intent not to shield the appellant's interpretation of these statutes from judicial review. Also, the purpose of section 58 is to ensure that all the critical habitat is protected and, under subsection 58(5), the appellant must make a protection order to protect identified critical habitat unless that habitat is legally protected by, *inter alia*, an act of Parliament. These are all indications that Parliament has greatly restricted the appellant's discretion and its intent not to shield the appellant's legal interpretation from judicial review appears clear. As well, the appellant acts in an administrative capacity and not as an adjudicator when preparing and issuing a protection statement under subsection 58(5) of the SARA. The fact that Parliament has not had to set up an independent administrative tribunal to adjudicate legal issues under the SARA is a further indication of the legislative intent to empower the courts with authority to adjudicate these issues on a standard of correctness. The question in issue is one of statutory interpretation which the courts are best equipped to answer in the circumstances of this case. Finally, though the appellant can certainly claim expertise in the management of the fisheries and of fish habitat, this does not confer on the appellant expertise in the interpretation of statutes. Expertise in fisheries does not necessarily confer special legal expertise to interpret

insatisfaits de la réponse de l'appelant, ils ont formé une seconde demande de contrôle judiciaire contestant la pratique consistant à limiter l'application de l'arrêté de protection pris sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP à des zones géospatiales et à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

Les deux moyens d'appel de l'appelant en l'espèce concernaient la norme de contrôle judiciaire et l'interprétation de la LEP.

Les principales questions à trancher étaient la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable en l'espèce et si l'appelant avait commis une erreur en invoquant, dans la déclaration de protection visant les épaulards, les dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie.

En ce qui a trait à la norme de contrôle, la principale question concernait la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » du paragraphe 58(5) de la LEP. L'interprétation que l'appelant donne des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application ne commande pas la déférence de la Cour d'appel fédérale. Il a été déterminé que l'intention du Parlement n'était pas de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l'interprétation que donne l'appelant des dispositions applicables de la LEP et de la *Loi sur les pêches*. Ni la LEP, ni la *Loi sur les pêches* ne contient de clause privative, ce qui est un signe fort de l'intention du législateur de ne pas mettre à l'abri du contrôle judiciaire l'interprétation juridique de ces lois par l'appelant. Par ailleurs, l'article 58 de la LEP a pour objet de faire en sorte que tout l'habitat essentiel soit protégé et, aux termes du paragraphe 58(5), l'appelant est tenu de prendre un arrêté visant à protéger l'habitat essentiel désigné, à moins qu'il ne soit protégé légalement par, notamment, une loi fédérale. Ce sont là autant d'indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire de l'appelant, et l'intention du Parlement de ne pas mettre l'interprétation juridique de l'appelant à l'abri du contrôle judiciaire paraît manifeste. De plus, l'appelant ne statue pas à l'égard d'un litige, mais remplit plutôt une fonction administrative lorsqu'il élabore et publie une déclaration de protection sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP. Le fait que le Parlement n'ait pas créé un tribunal administratif indépendant pour trancher les questions de droit soulevées sous le régime de la LEP est un autre signe de l'intention qu'il avait de conférer aux tribunaux judiciaires le pouvoir de se prononcer sur ces questions suivant la norme de la décision correcte. Le point en litige est une question d'interprétation législative que les tribunaux judiciaires sont le plus aptes à



the statutory provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*. Therefore, the issues of statutory interpretation raised by this appeal were reviewed and determined on a standard of correctness.

To determine whether Parliament intended that the appellant be allowed some flexibility as to how to provide the compulsory protection under the SARA, the pertinent provisions thereof were interpreted. Under section 58, protection of critical habitat identified in a recovery strategy must be achieved through legally enforceable measures. Based on the dictionary definitions of the word “protect” and the French word “protéger”, Parliament’s intent was to avoid interference with and destruction of critical habitat. The juxtaposition of the word “legally” with the word “protected” to form the expression “legally protected” leaves little ambiguity as to Parliament’s intent that critical habitat must be preserved through legally enforceable measures. A legal protection scheme is not a regulatory management scheme. Had Parliament intended only a legal prohibition from destruction to protect critical habitat, it would not have provided the alternative of a protection statement. In conclusion, a textual, contextual and purposive analysis of section 58 of the SARA showed that Parliament is precisely seeking to avoid the destruction of identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means, including through activities authorized under discretionary permits or licences. Consequently, a provision in, or a measure under, an Act of Parliament only legally protects critical habitat for the purposes of section 58 if that provision or measure prevents the destruction of critical habitat through legally enforceable means which are not subject to ministerial discretion.

As to whether relevant provisions of the *Fisheries Act* could be relied on by the appellant for the purposes of section 58 of the SARA, the prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), constitute a legal means whereby the appellant is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. There is no dispute that the protection offered fish habitat under subsection 35(1) may be waived at the discretion of the appellant acting under subsection 35(2). Thus, this provision cannot ensure that the critical habitat of endangered or

décider dans les circonstances de la présente affaire. Enfin, bien que l’appellant puisse certainement faire état d’expertise en matière de gestion des pêches et de l’habitat des poissons, il n’en est pas pour autant pourvu d’expertise dans l’interprétation des lois. Les connaissances halieutiques, en effet, ne confèrent pas nécessairement une expertise juridique spéciale pour interpréter les dispositions de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*. Par conséquent, les questions d’interprétation législative qu’a soulevé le présent appel ont été examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.

Afin de déterminer si le législateur avait l’intention d’accorder une certaine latitude à l’appellant dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire sous le régime de la LEP, il faut en interpréter les dispositions applicables. Sous le régime de l’article 58, la protection de l’habitat essentiel désigné au programme de rétablissement doit être assurée par des mesures légalement contraignantes. D’après les définitions lexicographiques du terme anglais « protect » et du terme français « protéger », l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel. La juxtaposition des termes « protégés » (*protected*) et « légalement » (*legally*) pour former le syntagme « protégés légalement » (*legally protected*) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes. Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire. Si le Parlement avait envisagé de protéger l’habitat essentiel seulement par une interdiction légale de destruction, il n’aurait pas prévu la solution de rechange que constitue la déclaration de protection. En conclusion, l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l’article 58 de la LEP a montré que le Parlement cherche précisément à éviter la destruction de l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, d’où que puisse venir cette destruction, y compris d’activités autorisées par des permis ou licences délivrés en vertu d’un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, une disposition d’une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d’une telle loi ne peut protéger légalement l’habitat essentiel aux fins de l’article 58 que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d’un pouvoir discrétionnaire ministériel.

En ce qui concerne le fait qu’il soit permis ou non à l’appellant d’invoquer les dispositions de la *Loi sur les pêches* aux fins de l’article 58 de la LEP, les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent un moyen légal pour l’appellant de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson. Il n’est pas contesté que l’appellant, en vertu du paragraphe 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit le paragraphe 35(1). Par conséquent, ce dernier paragraphe ne

threatened aquatic species is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA. Regarding section 36 of the *Fisheries Act*, the Federal Court ruled that this section could not be relied on by the appellant for the purposes of a protection statement under section 58 of the SARA. This conclusion was based on the fact that though this section prohibits the deposit of a deleterious substance into water frequented by fish, it allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion. This ruling was not agreed with. Compliance with subsection 36(3) of the *Fisheries Act* may not be waived by the appellant through a licence, permit or other authorization, nor may the appellant authorize derogations from related regulations. Measures under this section and specific related regulations are legally enforceable and are not subject to ministerial discretion. This section and the regulations made thereunder thus provide for compulsory, non-discretionary and legally enforceable measures. Regulations made under section 36 of the *Fisheries Act* may be adopted or amended from time to time. The fact a statutory provision or a regulatory provision may be eventually modified does not entail that it may not be relied upon by the appellant for the purposes of subsection 58(5) of the SARA. There is a fundamental difference between a non-discretionary and legally enforceable regulation and a discretionary ministerial licensing scheme. There was no evidence in the record showing whether the pollution controls set out in related regulations protect from destruction the critical habitat of the concerned killer whale populations. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court could have determined whether the appellant’s reliance on section 36 of the *Fisheries Act* could have been justified in light of the provisions of section 58 of the SARA. Consequently, to the extent that the Federal Court’s declaration impedes the appellant from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations for the purposes of a protection statement made under paragraph 58(1)(b) of the SARA, it could not stand. In the present case, it did not need to be determined whether the appellant’s reliance on this provision met the requirements of section 58 of the SARA.

In the Protection Statement, the appellant relied on the existing fishery management scheme adopted under the *Fisheries Act*, submitting that it offers adequate protection to ensure the availability of salmon prey for the concerned killer whale populations. This reliance was misguided; the regulations at issue do not seek to prohibit the destruction of salmon prey as an element of critical habit but rather provide the

peut pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « protégé légalement » au sens de l’article 58 de la LEP. En ce qui a trait à l’article 36 de la *Loi sur les pêches*, la Cour fédérale a statué qu’il n’était pas permis à l’appellant de l’invoquer aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’article 58 de la LEP. Cette conclusion était fondée sur le fait que cet article interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire, à la discrétion du Cabinet. La Cour d’appel fédérale n’a pas suivi cette conclusion. L’appellant ne peut permettre de dérogations au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations aux règlements connexes. Les mesures prises sous le régime de ce paragraphe et de ces règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce paragraphe et ses dispositions réglementaires d’application garantissent donc des mesures obligatoires, non discrétionnaires et légalement contraignantes. Les dispositions d’application de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont adoptées selon les besoins et peuvent être modifiées, s’il y a lieu. Le fait qu’une disposition légale ou réglementaire risque d’être un jour ou l’autre modifiée n’a pas pour conséquence d’interdire à l’appellant de l’invoquer pour l’application du paragraphe 58(5) de la LEP. Il y a une différence fondamentale entre une réglementation non discrétionnaire et légalement contraignante, et un système discrétionnaire d’autorisation ministérielle. Dans la présente affaire, aucun élément du dossier ne tendait à répondre à la question de savoir si les mécanismes antipollution prévus par les règlements connexes protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause. Par conséquent, il n’y avait rien, dans la présente affaire, sur quoi la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si l’appellant aurait eu la faculté d’invoquer l’article 36 de la *Loi sur les pêches* dans le cadre des dispositions de l’article 58 de la LEP. En conséquence, dans la mesure où elle interdit à l’appellant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’alinéa 58(1)b) de la LEP, la conclusion déclaratoire de la Cour fédérale ne pouvait être confirmée. En l’occurrence, il n’y avait pas à décider si l’article 58 de la LEP permettait à l’appellant d’invoquer cet article de la *Loi sur les pêches*.

L’appellant a invoqué, dans la déclaration de protection, le système existant de gestion des pêches adopté dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, soutenant ainsi que le système existant de gestion de la pêche au saumon suffit à assurer la disponibilité du saumon comme proie pour les populations d’épaulards en question. L’appellant n’était pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires; ces dispositions n’ont

framework for the management of the Pacific salmon fisheries under a highly discretionary ministerial licensing scheme. The substitution of the non-discretionary and compulsory critical habitat protection scheme of section 58 of the SARA with the discretionary fisheries management scheme established under the *Fisheries Act* and its regulations should not be approved. The protection of critical habitat should not be confused with the management of critical habitat. The SARA calls for both the protection of critical habitat under section 58 and for management measures to ensure the recovery of that habitat through action plans and other methods.

Therefore, the Federal Court judgment declaring that ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA was upheld save insofar as, for the purposes of section 58 of the SARA, it impedes the appellant from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and the regulations adopted under that section.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act of Settlement, 1700* (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.  
*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688* (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (Bill of Rights).  
*British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, SOR/96-137, ss. 42, 43, 44, 45 (as am. by SOR/2001-156, s. 10(E)), 46 (as am. by SOR/2002-380, s. 7(E)), 47, 48 (as am. by SOR/2001-156, s. 11), 49 (as am. by SOR/2002-380, s. 8(E)), 50, Sch. VI.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order*, SOR/2009-68.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 2 “fish” (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1), 7(1), 35, 36.  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 22 (as am. by SOR/93-333, s. 4).  
*Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 99(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 25(F)).  
*Pacific Fishery Regulations, 1993*, SOR/93-54, ss. 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 (as am. by SOR/2010-270, s. 11), 59, 60, Sch. VI (as am. by SOR/95-181, s. 3(F); 96-330, s. 4).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.  
*Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269, ss. 6(1)(a) (as am. by SOR/2004-109, s. 2), (b) (as am.

pas pour objet d’interdire la destruction du saumon en tant que proie de l’espèce en péril et élément de son habitat essentiel, mais elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d’un système d’autorisation ministérielle hautement discrétionnaire. Le remplacement du régime non discrétionnaire et obligatoire de protection de l’habitat essentiel que définit l’article 58 de la LEP par le système discrétionnaire de gestion des pêches établi dans le cadre de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application ne doit pas être avalisé. Il faut éviter de confondre la protection et la gestion de l’habitat essentiel. La LEP exige à la fois la protection de l’habitat essentiel dans le cadre de son article 58, et la prise de mesures de gestion propres à assurer le rétablissement de cet habitat, par exemple sous la forme de plans d’action.

Par conséquent, la conclusion déclaratoire de la Cour fédérale selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel au sens de l’article 58 de la LEP a été confirmée, sauf dans la mesure où, pour l’application de l’article 58 de la LEP, elle interdirait à l’appellant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Act of Settlement, 1700* (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.  
*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688* (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (Bill of Rights).  
*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.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, préambule, art. 2(1) « espèce aquatique », « espèce disparue du pays », « espèce en péril », « espèce en voie de disparition », « espèce menacée », « espèce préoccupante », « habitat », « habitat essentiel », « ministre », « ministre compétent » (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 14), « résidence », (3), 5, 6, 8(1), 11, 27, 32, 33, 37(1), 38, 39, 41(1), 42, 43, 46, 47, 48, 49 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 22), 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 73 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23), 74, 75, 77, 80(2), 83, 97, 98, ann. 1.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 2 « poissons » (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1), 7(1), 35, 36.  
*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1) « règlement ».  
*Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 99(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 25(F)).



*idem*, (2) (as am. *idem*), 14 (as am. *idem*, s. 12; 2008-239, s. 3(E)), 15(1) (as am. by SOR/2004-109, s. 12; 2008-239, s. 4), 16(1) (as am. by SOR/2004-109, s. 12), (2) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), 18(1) (as am. *idem*, s. 14), 19 (as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 5(E)), 20 (as am. by SOR/2004-109, s. 15; 2008-239, s. 6(E)), 21, 33 (as am. by SOR/2004-109, s. 18), 34 (as am. *idem*).

*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, preamble, ss. 2(1) “aquatic species”, “competent minister” (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 14), “critical habitat”, “endangered species”, “extirpated species”, “habitat”, “Minister”, “residence”, “species at risk”, “species of special concern”, “threatened species”, (3), 5, 6, 8(1), 11, 27, 32, 33, 37(1), 38, 39, 41(1), 42, 43, 46, 47, 48, 49 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 22), 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 73 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23), 74, 75, 77, 80(2), 83, 97, 98, Sch. 1

*Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 2(1) “regulation”.

*Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137 art. 42, 43, 44, 45 (mod. par DOR/2001-156, art. 10(A)), 46 (mod. par DORS/2002-380, art. 7(A)), 47, 48 (mod. par DORS/2001-156, art. 11), 49 (mod. par DORS/2002-380, art. 8(A)), 50, ann. VI.

*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, art. 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 (mod. par DORS/2010-270, art. 11), 59, 60, ann. VI (mod. par DORS/95-181, art. 3(F); 96-330, art. 4).

*Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269, art. 6(1)a) (mod. par DORS/2004-109, art. 2), b) (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), 14 (mod., *idem*, art. 12; 2008-239, art. 3(A)), 15(1) (mod. par DORS/2004-109, art. 12; 2008-239, art. 4), 16(1) (mod. par DORS/2004-109, art. 12), (2) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), 18(1) (mod., *idem*, art. 14), 19 (mod., *idem*, art. 15; 2008-239, art. 5(A)), 20 (mod. par DORS/2004-109, art. 15; 2008-239, art. 6(A)), 21, 33 (mod. par DORS/2004-109, art. 18), 34 (mod., *idem*).

*Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 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; *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; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, 337 D.L.R. (4th) 385, 26 Admin. L.R. (5th) 1; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Adam v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada*

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

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

## 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; *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; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Adam c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, [2013] 2 R.C.F. 201; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Pezim c. Colombie-Britannique*

(*Environment*), [2013] 2 F.C.R. 201, 62 C.E.L.R. (3d) 218, [2011] 4 C.N.L.R. 17; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd. et al.*, [1984] 2 S.C.R. 476, (1984), 14 D.L.R. (4th) 289, 14 Admin. L.R. 133; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, (1994), 114 D.L.R. (4th) 385, [1994] 7 W.W.R. 1; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1, 50 Admin. L.R. (2d) 199; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, 11 Admin. L.R. (3d) 1, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, 340 D.L.R. (4th) 1, [2012] 2 W.W.R. 619.

## REFERRED TO:

*Aktiebolaget Hässle v. Apotex Inc.*, 2008 FCA 88, 65 C.P.R. (4th) 5, 375 N.R. 342; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, 333 D.L.R. (4th) 463, 420 N.R. 50; *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, 420 N.R. 213; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153, 89 CLLC 14,045; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, 519 A.R. 1, 339 D.L.R. (4th) 428; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, (2005), 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, 318 D.L.R. (4th) 288, 51 C.E.L.R. (3d) 1; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 1; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548, (1997), 155 D.L.R. (4th) 572, 221 N.R. 372.

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "protect".

(*Superintendent of Brokers*), [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Aktiebolaget Hässle c. Apotex Inc.*, 2008 CAF 88; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « protect ».

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.

Goodhart, A. L. and R. E. Megarry. “Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins” (1956), 72 *L.Q.R.* 345

Hailsham of St. Marylebone, Lord. “Democracy and Judicial Independence” (1979), 28 *U.N.B.L.J.* 7.

Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement, online: Species at Risk Public Registry, online: <[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, 2006, “protéger”.

*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)>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1233, [2012] 3 F.C.R. 136, 55 C.E.L.R. (3d) 250, 379 F.T.R. 183) declaring that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act* and that it was unlawful for the appellant to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in a protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern population of killer whales. Appeal allowed in part.

## APPEARANCES

*Lorne Lachance* and *Lisa Riddle* for appellant.  
*Margot Venton* and *Tim Leadem* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Ecojustice*, Vancouver, for respondents.

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

[1] MAINVILLE J.A.: The Minister of Fisheries and Oceans (Minister) is appealing a judgment of the Federal Court cited as 2010 FC 1233, [2012] 3 F.C.R. 136 (reasons) in which Russell J. (Federal Court Judge)

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Québec : Presses de l’Université Laval, 1989.

Épaulards (*Orcinus orca*) résidents 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)>.

Goodhart, A. L. et R. E. Megarry. « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins » (1956), 72 *L.Q.R.* 345.

Hailsham of St. Marylebone, Lord. « Democracy and Judicial Independence » (1979), 28 *R.D. U.N.-B.* 7.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « protéger ».

*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)>.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1233, [2012] 3 R.C.F. 136) selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* et qu’il était illégal de la part de l’appelant de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est. Appel accueilli en partie.

## ONT COMPARU

*Lorne Lachance* et *Lisa Riddle* pour l’appelant.  
*Margot Venton* et *Tim Leadem* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.  
*Ecojustice*, Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : La Cour est saisie d’un appel interjeté par le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) contre le jugement de la Cour fédérale portant la référence 2010 CF 1233, [2012] 3 R.C.F.

declared that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (SARA) and which further declared that it was unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 in a protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern populations of killer whales.

[2] Subsection 58(5) of the SARA provides that the Minister must make an order under subsections 58(1) and (4) protecting the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species if such critical habitat “is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament”. The Minister had determined that the *Fisheries Act* legally protected some aspects of the critical habitat of killer whales and could thus be resorted to as a substitute to a protection order under the SARA.

[3] The Federal Court Judge ruled that the Minister may avoid issuing a critical habitat protection order under the SARA only where the legal protection offered that habitat under another Act of Parliament is the same as that provided under a protection order. He further ruled that the measures available to the Minister under the *Fisheries Act* could be diluted under the sweeping and largely unfettered discretions granted to the Minister under that statute. Consequently, he concluded that the *Fisheries Act* could not be resorted to as a substitute to a critical habitat protection order under the SARA.

#### Overview of conclusions

[4] The Minister is appealing to this Court on two main grounds.

[5] The first ground of appeal concerns the standard of review. The Minister submits that Parliament made him responsible for the administration of the

136 (les motifs), par lequel le juge Russell (le juge de la Cour fédérale) a déclaré que le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la LEP), et qu’il était illégal de la part du ministre de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est.

[2] Le paragraphe 58(5) de la LEP dispose que le ministre est tenu de prendre, en application des paragraphes 58(1) et (4), un arrêté protégeant l’habitat essentiel d’une espèce aquatique sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée si cet habitat n’est « pas [protégé] légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime ». Le ministre avait conclu que la *Loi sur les pêches* protégeait légalement certains aspects de l’habitat essentiel de l’épaulard et qu’il pouvait donc y avoir recours au lieu de prendre un arrêté de protection en application de la LEP.

[3] Le juge de la Cour fédérale a statué que le ministre ne peut se dispenser de prendre un arrêté de protection de l’habitat essentiel dans le cadre de la LEP que si la protection légale qu’assure une autre loi fédérale à cet habitat est la même que celle que lui offrirait un tel arrêté. Il a aussi statué que les pouvoirs discrétionnaires étendus et peu limités que la *Loi sur les pêches* confère au ministre risquent d’édulcorer les mesures que celle-ci met à sa disposition. Par conséquent, a-t-il conclu, il n’est pas permis de recourir à la *Loi sur les pêches* comme solution de rechange à la prise d’un arrêté de protection de l’habitat essentiel sous le régime de la LEP.

#### Sommaire des conclusions de la Cour

[4] Le ministre fait valoir deux moyens d’appel principaux devant notre Cour.

[5] Le premier de ces moyens concerne la norme de contrôle judiciaire. Le ministre soutient que, le législateur lui ayant confié la responsabilité d’assurer

regulatory schemes of the SARA and of the *Fisheries Act*; hence, his interpretation of their provisions is entitled to deference. The Minister bases that submission on a judgment rendered fairly recently by the Supreme Court of Canada: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*). That judgment emphasized the deference owed to an administrative tribunal when it interprets a provision of its enabling (or “home”) statute or statutes closely related to its functions.

[6] In my view, no deference is owed to the Minister as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*. The Minister’s interpretation of the Supreme Court’s most recent pronouncements is erroneous as it fails to consider the context in which they were developed and the reasons which may warrant deference to an administrative tribunal when it interprets its enabling statute. The reasonableness standard of review does not apply to the interpretation of a statute by a minister responsible for its implementation unless Parliament has provided otherwise. I thus conclude—as did the Federal Court Judge in this case—that where an application for judicial review of a decision as to the implementation of the SARA is based on an allegation that the Minister has misinterpreted a provision of the SARA—or of the *Fisheries Act* as it relates to the SARA—the Minister’s interpretation must be reviewed on a standard of correctness. The courts owe no deference to the Minister in that respect.

[7] The second ground of appeal concerns the interpretation of the SARA. The Minister does not dispute that the protection of critical habitat under the SARA is compulsory. However, the Minister submits that Parliament intended that there should be some flexibility as to the modalities of that compulsory protection. The Minister states that he does not wish to retain discretion under the *Fisheries Act* to undermine that protection or to provide protection which is inferior to that afforded under a SARA protection order. Rather, the Minister submits that certain measures under the *Fisheries Act* do protect critical habitat against destruction, and that he

l’application des systèmes de réglementation de la LEP et de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de leurs dispositions commande la retenue judiciaire. Il fonde cette thèse sur un arrêt assez récent de la Cour suprême du Canada : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*). Cet arrêt insistait sur la retenue judiciaire dont doit faire l’objet la décision d’un tribunal administratif qui interprète une disposition de sa propre loi habilitante (ou « loi constitutive ») ou d’une autre loi étroitement liée à son mandat.

[6] À mon sens, le ministre n’a pas droit à la retenue judiciaire pour ce qui concerne l’interprétation des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*. Le ministre présente une vue erronée des positions les plus récentes de la Cour suprême; en effet, il omet de tenir compte du contexte dans lequel elles ont été élaborées et des raisons qui peuvent justifier l’exercice de la retenue judiciaire à l’égard d’un tribunal administratif qui interprète sa loi habilitante. La norme du caractère raisonnable ne s’applique pas au contrôle judiciaire de l’interprétation d’une loi par un ministre chargé de son application, sauf disposition contraire du législateur. Je conclus donc — comme l’a fait le juge de la Cour fédérale dans la présente affaire — que quand la demande de contrôle judiciaire d’une décision concernant l’application de la LEP met en litige l’interprétation qu’a donnée le ministre d’une disposition de cette loi — ou de la *Loi sur les pêches* en tant qu’elle s’y rapporte —, ladite interprétation doit être contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les tribunaux judiciaires ne sont pas tenus à la déférence envers le ministre à cet égard.

[7] Le second moyen d’appel concerne l’interprétation de la LEP. Le ministre ne conteste pas le caractère obligatoire de la protection de l’habitat essentiel sous le régime de cette loi. Il soutient cependant qu’il entrait dans les intentions du législateur d’imprimer une certaine souplesse aux modalités de cette protection obligatoire. Le ministre affirme que, en cherchant à conserver le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur les pêches*, il n’essaie pas de réduire cette protection obligatoire ni d’offrir une protection inférieure à celle qu’assurerait un arrêté de protection pris sous le régime de la LEP. Certaines mesures que prévoit



should therefore be able to resort to such measures as alternatives to a SARA protection order even though they might be subject to his discretion.

[8] I do not accept the Minister's interpretation of the SARA on this point. When Parliament adopted section 58 of the SARA, its intent was to provide for compulsory and non-discretionary legal protection from destruction for the identified critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species. This protection can be achieved through a provision or measure under an Act of Parliament which legally protects from destruction of that habitat and which is not subject to dilution through discretionary ministerial action. In the absence of such a legally enforceable provision or measure, the Minister must make a protection order under subsections 58(1) and (4) of the SARA to ensure the protection of that habitat.

[9] While the Minister submits that, by retaining his discretion under the *Fisheries Act*, he does not intend to undermine the protection provided under the SARA or to provide protection that is inferior to that available under a SARA protection order, he fails to explain how his discretion under the *Fisheries Act* would be legally fettered. Parliament adopted section 58 of the SARA precisely to avoid the destruction of the identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means. If the Minister's position were accepted, the compulsory and non-discretionary protection scheme set out by Parliament under the SARA would be transformed into a protection scheme largely subject to ministerial discretion. Such was not Parliament's intent in adopting the SARA.

[10] However—and contrary to the conclusions of the Federal Court Judge in this case—there may be circumstances in which the Minister may rely on section 36 of the *Fisheries Act* (which I take to include regulations made under that section) in a protection statement made under paragraph 58(5)(b) of the SARA. Section 36 of

la *Loi sur les pêches*, fait-il valoir, protègent bel et bien l'habitat contre la destruction, de sorte que, malgré leur caractère discrétionnaire, il devrait lui être permis d'y avoir recours comme solutions de rechange à un arrêté de protection de la nature susdite.

[8] Je ne puis souscrire à l'interprétation que le ministre propose de la LEP sur ce point. L'intention du législateur, en adoptant l'article 58 de la LEP, était de prévoir une protection légale, obligatoire et non discrétionnaire pour l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Il est possible d'assurer une telle protection par une disposition d'une loi fédérale ou une mesure prise sous son régime qui protège légalement cet habitat contre la destruction et qui ne risque pas d'être édulcorée par l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel. En l'absence d'une telle disposition ou mesure légalement contraignante, le ministre doit prendre, aux fins de la protection dudit habitat, un arrêté de protection sous le régime des paragraphes 58(1) et (4).

[9] Quand il affirme que, en cherchant à conserver le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur les pêches*, il n'essaie pas de réduire la protection prévue par la LEP ni d'offrir une protection inférieure à celle qu'assurerait un arrêté de protection pris sous le régime de cette dernière loi, le ministre omet d'expliquer comment ce pouvoir discrétionnaire serait légalement limité. Le législateur a adopté l'article 58 de la LEP précisément afin d'éviter la destruction par quelque cause que ce soit de l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Si l'on acceptait la thèse du ministre, le régime de protection obligatoire et non discrétionnaire inscrit par le législateur dans la LEP se transformerait en un système de protection largement tributaire du pouvoir discrétionnaire ministériel. Or telle n'était pas l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la LEP.

[10] Cependant — et contrairement aux conclusions formulées par le juge de la Cour fédérale dans la présente affaire —, il peut se trouver des cas où le ministre aurait la faculté de citer l'article 36 de la *Loi sur les pêches* (auquel j'assimile ses dispositions réglementaires d'application) dans une déclaration de protection établie

the *Fisheries Act* prohibits the deposit of deleterious substances in water frequented by fish, unless such deposit is authorized under regulations adopted by the Governor in Council. In a given case, the combined operation of section 36 of the *Fisheries Act* and of its regulations may afford a particular endangered or threatened species the legal protection mandated by section 58 of the SARA. In such a case, it may be appropriate for the Minister to rely on those provisions for the purposes of paragraph 58(5)(b) of the SARA.

[11] However, in this case, the record contains no evidence as to the effect, if any, of section 36 and its regulations on the killer whale critical habitat at issue. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court Judge could have determined whether the Minister's reliance on section 36 could have been justified in light of the provisions of section 58 of the SARA.

Overview of the provisions of the Species at Risk Act relevant to this appeal

[12] The SARA was assented to in 2002 as the first comprehensive federal legislation seeking (a) to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct and (b) to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity. That legislation was adopted partly to meet Canada's obligations under the United Nations Convention on the Conservation of Biological Diversity [*Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24]. Some of the relevant provisions of the SARA are reproduced in a schedule to these reasons.

[13] The SARA identifies different categories of species at risk and distinguishes between extirpated species, endangered species, threatened species and species of special concern. For the purposes of this appeal, we need only concern ourselves with the scheme pertaining to listed endangered and threatened aquatic species.

sous le régime de l'alinéa 58(5)b) de la LEP. L'article 36 de la *Loi sur les pêches* interdit d'immerger ou de rejeter des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons, sauf autorisation en vertu de règlements pris par le gouverneur en conseil. Il peut ainsi se faire que l'action conjuguée de l'article 36 de la *Loi sur les pêches* et de ses dispositions réglementaires d'application assure à une espèce déterminée en voie de disparition ou menacée la protection légale prescrite par l'article 58 de la LEP. En pareil cas, il peut être permis au ministre de citer ces dispositions dans une déclaration de protection de la nature prévue à l'alinéa 58(5)b) de la LEP.

[11] Toutefois, le dossier de la présente affaire ne contient aucun élément de preuve concernant l'effet, le cas échéant, de l'article 36 et de sa réglementation d'application sur l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question. Par conséquent, la présente espèce n'offrirait au juge de la Cour fédérale aucune base pour établir si le ministre aurait pu être fondé à citer l'article 36 dans le cadre des dispositions de l'article 58 de la LEP.

Récapitulation des dispositions pertinentes pour le présent appel de la Loi sur les espèces en péril

[12] La LEP, qui a reçu la sanction royale en 2002, est la première loi fédérale à visée globale ayant pour fins : a) de prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, et b) de permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées. Le Canada a adopté cette loi en partie afin de remplir les obligations découlant pour lui de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique [*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24]. Certaines des dispositions pertinentes de la LEP sont reproduites en annexe aux présents motifs.

[13] La LEP classe les espèces en péril en quatre catégories, selon qu'elles sont disparues du pays, en voie de disparition, menacées ou préoccupantes. Cependant, le présent appel ne concerne que les dispositions applicables aux espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées.

[14] An endangered species is a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction, while a threatened species is a species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction. An aquatic species includes fish, shellfish, crustaceans, marine animals, and marine plants. It is not disputed that killer whales are an aquatic species for the purposes of the SARA: subsection 2(1) of the SARA concerning the definitions of “aquatic species”, “endangered species” and “threatened species”; section 2 of the *Fisheries Act* concerning the definition of “fish” [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1].

[15] While the Minister of the Environment is responsible for the administration of the SARA, the appellant Minister is the competent minister under that statute with respect to aquatic species, including with regard to the preparation of recovery strategies, action plans and the protection of critical habitat for such species which are endangered or threatened: subsection 2(1) “competent minister” [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 14] and “Minister”, subsections 8(1) and 37(1), section 47, and subsection 58(5) of the SARA.

[16] The SARA sets out a listing process to identify species at risk. An initial list (distinguishing between extirpated, endangered, and threatened species and species of special concern) is included in Schedule 1 of the SARA. Wildlife species may be added to, or removed from, this list—or reclassified within the list—by the Governor in Council taking into account the recommendations of an expert committee designated the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC) and after consultation with relevant stakeholders: section 27 of the SARA.

[17] The listing of an aquatic wildlife species as endangered or threatened extends important legal protections to that species. To kill, harm, harass, capture or take an individual of a listed endangered or threatened aquatic wildlife species is prohibited by subsection

[14] Une espèce en voie de disparition est une espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète, tandis qu’une espèce menacée est 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. Une espèce aquatique est une espèce sauvage de poissons — sont assimilés aux poissons les mollusques, les crustacés et les autres animaux marins — ou de plantes marines. Il n’est pas contesté que l’épaulard forme une espèce aquatique pour l’application de la LEP: voir le paragraphe 2(1) de la LEP concernant les définitions des expressions « espèce aquatique », « espèce en voie de disparition » et « espèce menacée », ainsi que l’article 2 de la *Loi sur les pêches* en ce qui a trait à la définition du terme « poissons » [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1].

[15] S’il est vrai que le ministre de l’Environnement est chargé de l’application de la LEP, le ministre appelant est le ministre compétent, sous le régime de cette loi, pour ce qui concerne les espèces aquatiques, c’est-à-dire qu’il lui incombe d’assurer la protection, notamment par l’élaboration de programmes de rétablissement et de plans d’action, de l’habitat essentiel des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées : voir les définitions de « ministre compétent » [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 14] et de « ministre » au paragraphe 2(1) de la LEP, ainsi que ses paragraphes 8(1), 37(1) et 58(5), et son article 47.

[16] La LEP prévoit un processus d’inscription pour les espèces en péril. On trouve une liste de départ de celles-ci (qui distingue les espèces disparues du pays, en voie de disparition, menacées et préoccupantes) à l’annexe 1 de la LEP. Le gouverneur en conseil peut modifier cette liste par adjonction, radiation ou reclassification, en tenant compte des recommandations d’un comité d’experts désigné « Comité sur la situation des espèces en péril au Canada » (le COSEPAC) et après consultation des intéressés : voir l’article 27 de la LEP.

[17] L’inscription d’une espèce sauvage aquatique comme espèce en voie de disparition ou menacée la fait bénéficier d’importantes mesures de protection légale. Le paragraphe 32(1) de la LEP interdit de tuer un individu d’une espèce sauvage aquatique inscrite comme

32(1) of the SARA. Possessing, collecting, buying, selling or trading an individual of such a species—or any part or derivative thereof—is prohibited by subsections 32(2) and (3). Furthermore, section 33 prohibits any person from damaging or destroying the residence or dwelling place (such as a den, nest or other similar area or place) of one or more individuals of such a species. Those who fail to respect these prohibitions are liable to large fines and to imprisonment: sections 97 and 98.

[18] The listing of an aquatic species in Schedule 1 of the SARA as endangered or threatened also requires the Minister to prepare a recovery strategy for that species within specified timelines: subsections 37(1) and 42(2) of the SARA. Such a recovery strategy must be prepared in cooperation with various stakeholders: section 39. If the Minister determines that the recovery of the endangered or threatened aquatic species is feasible, the recovery strategy must address the threats to the survival of the species identified by the COSEWIC, including any loss of habitat, and must include, *inter alia*, an identification of the species' critical habitat to the extent possible, based on the best available information, including information provided by COSEWIC, and examples of activities that are likely to result in its destruction: paragraph 41(1)(c).

[19] The proposed recovery strategy is then subject to public consultations. The Minister must consider any comments received, and make the changes he considers appropriate. Finally, the Minister must finalize the recovery strategy by including a copy in the public registry established for the purposes of the SARA: section 43. The Minister must also publicly report every five years on the implementation of the recovery strategy and the progress towards meeting its objectives: section 46.

[20] The Minister must prepare one or more action plans based on the recovery strategy, and such plans must

espèce en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre. De même, les paragraphes 32(2) et (3) interdisent de posséder, de collectionner, d'acheter, de vendre ou d'échanger un individu — y compris une partie de celui-ci ou un produit qui en provient — d'une telle espèce. En outre, le paragraphe 33 interdit d'endommager ou de détruire la résidence ou le gîte (terrier, nid, ou autre aire ou lieu semblable) d'un ou de plusieurs individus d'une espèce de la nature susdite. Les contrevenants à ces interdictions encourent de lourdes amendes et des peines d'emprisonnement : voir les articles 97 et 98.

[18] L'inscription d'une espèce aquatique comme espèce en voie de disparition ou menacée à l'annexe 1 de la LEP a aussi pour effet d'obliger le ministre à élaborer dans un délai déterminé un programme de rétablissement de cette espèce : voir les paragraphes 37(1) et 42(2) de la LEP. Il doit élaborer un tel programme de rétablissement en collaboration avec divers intéressés : voir l'article 39. Si le ministre conclut que le rétablissement de l'espèce aquatique en voie de disparition ou menacée est réalisable, le programme de rétablissement doit traiter des menaces à sa survie — y compris de toute perte de son habitat — précisées par le COSEPAC, et doit comporter entre autres la désignation de l'habitat essentiel de cette espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible, notamment les informations fournies par le COSEPAC, ainsi que des exemples d'activités susceptibles d'entraîner la destruction dudit habitat : voir l'alinéa 41(1)c).

[19] Le projet de programme de rétablissement fait ensuite l'objet d'une consultation publique. Le ministre étudie les observations qui lui sont présentées et apporte au projet les modifications qu'il estime indiquées. Enfin, il met le texte définitif du programme de rétablissement dans le registre public établi pour l'application de la LEP : voir l'article 43. Le ministre est également tenu d'établir, à intervalles de cinq ans, un rapport public sur la mise en œuvre du programme de rétablissement et sur les progrès réalisés dans la poursuite des objectifs qu'il expose : voir l'article 46.

[20] Le ministre doit élaborer un ou plusieurs plans d'action sur le fondement du programme de rétablissement.

include, *inter alia*: an identification of the aquatic species critical habitat and examples of activities which are likely to result in its destruction; a statement of measures which are proposed to be taken to protect the species critical habitat; an identification of any portions of the species critical habitat that have not been protected; and a statement of the measures that are to be taken to implement the recovery strategy: section 47 and paragraphs 49(1)(a), (b), (c) and (d).

[21] A final recovery strategy for a listed endangered or threatened aquatic species has important legal consequences under the SARA since the entire critical habitat identified in the recovery strategy must be protected: section 57 and subsections 58(1) to (5) of the SARA. This protection is achieved either:

(a) through provisions in or measures under the SARA or any other Act of Parliament; in such case, the Minister must identify how the critical habitat is legally protected in a protection statement made pursuant to paragraph 58(5)(b); or

(b) through a protection order made by the Minister under subsections 58(1) and (4) in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat specified in the order.

[22] Since many endangered and threatened species are not aquatic species or migratory bird species falling under primary federal jurisdiction, the SARA provides that federal action to prohibit the destruction of the critical habitat of most species must be exercised in close collaboration with provincial and territorial authorities. Consequently, different provisions of the SARA govern the protection of the critical habitat of these other species on lands which are not federal lands: sections 60 and 61 of the SARA. It is not however necessary to examine these other provisions of the SARA for the purposes of this appeal, and nothing in these reasons should be understood as pertaining to them.

Un tel plan d'action comporte notamment : la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce aquatique et des exemples d'activités susceptibles d'entraîner sa destruction; un exposé des mesures envisagées pour protéger cet habitat; la désignation de toute partie dudit habitat qui n'est pas protégée; et un exposé des mesures à prendre pour mettre en œuvre le programme de rétablissement : voir l'article 47, et les alinéas 49(1)a), b), c) et d).

[21] L'état définitif du programme de rétablissement d'une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée a d'importantes conséquences juridiques sous le régime de la LEP, puisque la totalité de l'habitat essentiel qui y est défini doit être protégée : voir l'article 57 et les paragraphes 58(1) à (5) de la LEP. Cette protection est assurée de l'une ou l'autre des manières suivantes :

a) par des dispositions de la LEP ou de toute autre loi fédérale, ou des mesures prises sous leur régime, auquel cas le ministre doit expliquer comment l'habitat essentiel est protégé légalement dans une déclaration de protection établie en application de l'alinéa 58(5)b);

b) par un arrêté de protection que prend le ministre en application des paragraphes 58(1) et (4), où il définit l'habitat essentiel ou la partie de ce dernier qui y est visé.

[22] Comme de nombreuses espèces en voie de disparition ou menacées ne sont pas des espèces aquatiques ou des oiseaux migrateurs et ne relèvent donc pas principalement de la compétence fédérale, la LEP dispose que l'action fédérale en vue d'empêcher la destruction de l'habitat essentiel de la plupart des espèces doit s'exercer en étroite collaboration avec les autorités provinciales et territoriales. Par conséquent, des dispositions distinctes de la LEP régissent la protection de l'habitat essentiel de ces autres espèces vivant ailleurs que sur le territoire domanial : voir les articles 60 et 61 de la LEP. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner ces autres dispositions de la LEP pour les besoins du présent appel, et aucun élément des présents motifs ne doit s'interpréter comme s'y rapportant.



[23] The Minister may also use his permitting and licensing authorities under the SARA or under another Act of Parliament to protect listed wildlife species, their critical habitat or their residences or dwelling places: sections 73 [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23], 74 and 75 of the SARA.

[24] The prohibitions under the SARA preventing the harvesting and trading in endangered or threatened aquatic species, the destruction of their dwelling places and the destruction of their critical habitat do not apply to activities related to public safety, health or national security that are authorized by, or under, an Act of Parliament: subsections 83(1) to (4) of the SARA.

#### *Background to these proceedings*

[25] Killer whales are the largest members of the dolphin family. They are long-lived animals with no natural predators. They are found in all three of Canada's oceans, as well as occasionally in Hudson Bay and the Gulf of St. Lawrence. In British Columbia, they have been recorded in almost all saltwater areas. Three distinct forms of killer whale inhabit Canadian Pacific waters: transient, offshore and resident. These forms are sympatric but socially isolated and differ in their dietary preferences, genetics, morphology and behaviour.

[26] Resident killer whales are the best understood. Their social organization is highly structured and their fundamental unit is matrilineal, comprising all surviving members of a female lineage. A typical matrilineal unit comprises an adult female, her offspring, and the offspring of her daughters. Both sexes remain within their natal matrilineal unit.

[27] There are two communities of resident killer whales in British Columbia: the northern resident population and the southern resident population. These resident killer whale populations are considered at risk because of their small population size, low reproductive

[23] Le ministre peut aussi utiliser les pouvoirs de délivrance de permis et de licences que lui confère la LEP ou une autre loi fédérale pour protéger les espèces sauvages inscrites, leurs habitats essentiels ou leurs résidences ou gîtes : voir les articles 73 [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23], 74 et 75 de la LEP.

[24] Les dispositions de la LEP interdisant la capture et le commerce des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées, ainsi que la destruction de leurs gîtes et de leurs habitats essentiels, ne s'appliquent pas aux activités liées à la sécurité ou à la santé publiques, ou à la sécurité nationale, autorisées sous le régime de toute autre loi fédérale : voir les paragraphes 83(1) à (4) de la LEP.

#### *Contexte de l'instance*

[25] L'épaulard est le plus grand membre de la famille des dauphins. Doté d'une grande longévité, il est sans prédateur naturel. On trouve des épaulards dans les trois océans qui baignent le Canada ainsi que, à l'occasion, dans la baie d'Hudson et le golfe du Saint-Laurent. En Colombie-Britannique, la présence de l'espèce a été notée dans presque toutes les zones d'eau salée. Trois formes distinctes d'épaulards (ou écotypes) vivent dans les eaux canadiennes du Pacifique : les épaulards migrateurs, hauturiers et résidents. Ces écotypes sont sympatriques, mais isolés socialement. De plus, ils présentent des différences génétiques, morphologiques, comportementales et alimentaires.

[26] Les épaulards résidents représentent l'écotype le mieux connu des trois. Leur organisation sociale est très structurée et leur unité fondamentale est la lignée maternelle, qui comprend tous les survivants d'une lignée femelle. Une lignée maternelle type est composée d'une femelle adulte, de sa progéniture et de celle de ses filles. Les deux sexes demeurent au sein de leur lignée maternelle leur vie durant.

[27] En Colombie-Britannique, les épaulards résidents font partie de deux communautés : la population du nord et la population du sud. Ces populations d'épaulards résidents sont considérées à risque en raison de leur faible effectif, de leur faible taux de reproduction et des

rate, and the existence of a variety of man-made threats that have the potential to prevent recovery or to cause further declines. Principal among these threats are environmental contamination, reductions in the availability and quantity of prey, and both physical and acoustic disturbance. In 2003, the southern resident killer whale population counted 85 members, while the northern resident population counted 205 members.

[28] In 2001, COSEWIC designated the southern population as endangered, and the northern population as threatened. These populations were listed accordingly in Schedule 1 of the SARA when that statute was adopted by Parliament. Consequently, under subsections 37(1) and 42(2) of the SARA, the Minister was required to prepare a recovery strategy for these killer whale populations within specified timelines. For this purpose, a Resident Killer Whale Recovery Team (the Recovery Team) comprising independent and government experts was convened in 2004.

[29] Following extensive study and review, a final draft recovery strategy was completed in May of 2006 for submission to the Minister. The manner in which critical habitat was described in this draft led to disputes between the Recovery Team and officials from the Department of Fisheries and Oceans. These disputes delayed the posting and approval of the recovery strategy, which was only included in the public registry established under the SARA in March of 2008 [*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*].

[30] Pursuant to subsection 58(5) of the SARA, the inclusion of the recovery strategy in the public registry required the Minister to ensure that the critical habitat identified in that strategy be protected within 180 days. That protection could be achieved either through a protection order made by the Minister under subsections 58(1) and (4) or through a statement by the Minister setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, would be legally protected under an Act of Parliament. The Minister did not make a protection order under the SARA. Rather, he included in the public registry a statement setting out how the critical habitat

diverses menaces anthropiques susceptibles d'empêcher le rétablissement ou de causer d'autres déclin de l'espèce. Au nombre des principales menaces figurent les contaminants environnementaux, la disponibilité et la quantité réduites des proies, et les perturbations physiques et acoustiques. En 2003, la population des épaulards résidents du sud comptait 85 membres, tandis que la population du nord en comptait 205.

[28] En 2001, le COSEPAC a désigné la population du sud au titre de population « en voie de disparition », et la population du nord au titre de population « menacée ». Les deux populations ont été inscrites à l'annexe 1 de la LEP dès que cette loi a été adoptée par le Parlement. Ainsi, en vertu des paragraphes 37(1) et 42(2) de la LEP, le ministre était tenu d'élaborer un programme de rétablissement de ces populations d'épaulards, dans les délais prescrits. À cette fin, une équipe de rétablissement des épaulards résidents (l'équipe de rétablissement) composée d'experts indépendants et gouvernementaux a été formée en 2004.

[29] Après une étude approfondie, on a achevé en mai 2006 un projet de programme de rétablissement pour présentation au ministre. La manière dont l'habitat essentiel était défini dans ce projet a suscité des différends entre l'équipe de rétablissement et les fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans. Ces différends ont retardé la publication et l'approbation du programme de rétablissement, qui n'a été mis qu'en mars 2008 dans le registre public établi en application de la LEP [*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*].

[30] Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, la mise du programme de rétablissement dans le registre obligeait le ministre à assurer dans les 180 jours la protection de l'habitat essentiel qui y était défini. Il pouvait le faire soit en prenant un arrêté de protection sous le régime des paragraphes 58(1) et (4), soit en établissant une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel ou la partie en cause de celui-ci étaient protégés légalement par des dispositions d'une loi fédérale. Le ministre n'a pas pris d'arrêté sous le régime de la LEP; il a plutôt mis dans le registre une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question était

of the concerned killer whale populations was legally protected (the Killer Whales Protection Statement) [Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement].

[31] The Killer Whales Protection Statement restricted the concept of critical habitat for the purposes of the SARA to geophysical attributes. Consequently, the Killer Whales Protection Statement identified three types of human activity which could potentially destroy the geophysical attributes of the critical habitat of the concerned killer whale populations in the identified areas. It further identified various legislative provisions, including section 35 of the *Fisheries Act* and subsection 22(1) [as am. by SOR/93-133, s. 4] of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 which were deemed to ensure the protection of these geophysical attributes. The pertinent paragraphs of the Killer Whales Protection Statement read as follows:

Human activities which could potentially destroy the geophysical attributes of critical habitat for these species, as identified in the Final Recovery Strategy, and the federal legislations, regulations and/or policies which would be used to provide protection against such destruction are:

- Industrial activities such as construction, drilling, pile driving, pipe-laying, and dredging, and construction of physical structures such as wharves and net pens for aquaculture
  - Protected under provisions of the *Fisheries Act* s. 35 and the *Canadian Environmental Protection Act, 1999* (Part 7, Division 3). This protection is supported by processes under the *Canadian Environmental Assessment Act*.
- Fishing vessels using gear that drags along the bottom
  - Protected through provisions of the *Fisheries Act* or regulations made thereunder, in particular s. 22(1) of the *Fishery (General) Regulations*. This protection is supported by processes under the Fisheries and Oceans Canada policy on Managing the Impacts of Fishing on Sensitive Benthic Areas.

selon lui protégé légalement (la déclaration de protection visant les épaulards) [Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique].

[31] Aux fins de la LEP, la déclaration de protection visant les épaulards limitait le concept d'habitat essentiel à des caractéristiques géophysiques. Cette déclaration désignait donc trois types d'activités humaines susceptibles de détruire les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel des populations d'épaulards concernées vivant dans les secteurs ciblés. Elle mentionnait en outre diverses dispositions législatives, y compris l'article 35 de la *Loi sur les pêches* et le paragraphe 22(1) [mod. par DORS/93-133, art. 4] du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, censées garantir la protection de ces caractéristiques géophysiques. Les paragraphes pertinents de la déclaration de protection visant les épaulards se lisent comme suit :

Voici quelles sont les activités humaines capables de détruire les attributs physiques de l'habitat critique de ces espèces, telles qu'on les identifie dans la stratégie de rétablissement finale, ainsi que les lois, règlements et/ou politiques du fédéral qu'on invoquerait pour assurer la protection contre une telle destruction :

- Les activités industrielles, comme la construction, le battage de pieux et le dragage, ainsi que la construction de structures physiques, comme les quais et des parcs en filets destinés à l'aquaculture :
  - Protection assurée en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les pêches* et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999* (partie 7, division 3). Les processus décrits dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* contribuent également à cette protection.
- Navires de pêche qui font appel à des engins qu'ils traînent sur le fond marin :
  - Protection assurée en vertu des dispositions de la *Loi sur les pêches* ou des règlements adoptés dans le cadre de cette loi, en particulier l'art. 22(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*. Les processus décrits dans la politique de Pêches et Océans Canada sur la gestion des répercussions de la pêche sur les zones benthique sensible[s] contribuent également à cette protection.

- Use of vessel anchors which may permanently damage the seabed, or which may serve to destroy a rubbing beach
  - Protected through provisions of the *Fisheries Act* s. 35, or of the *Oceans Act* s. 35 and/or s. 36. In addition, a Code of Conduct and outreach initiatives to inform and sensitise Canadians to the need to protect Resident Killer Whale habitat will continue to be developed and implemented.
- L'utilisation d'ancre qui peuvent endommager en permanence le fond marin ou qui peuvent servir à détruire une plage.
  - Protection assurée en vertu de l'*art. 35 de la Loi sur les pêches* ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci. Par ailleurs, un code de conduite et des initiatives de sensibilisation pour informer les canadiens au besoin de protéger l'habitat des épaulards résidents continueront d'être développés et mis en œuvre.

[32] The difficulty in defining critical habitat in terms of geophysical attributes was that some of the most important elements of the critical habitat which had been identified in the recovery strategy were left without protection. The recovery strategy had indeed identified acoustic degradation, chemical and biological contamination and diminished prey availability as key components of the critical habitat of killer whales. Yet the Killer Whales Protection Statement did not consider these components as part of "critical habitat" for the purposes of protection under the SARA. Rather, the Killer Whales Protection Statement treated these components as "ecosystem features" to be dealt with through "legislative and policy tools", and not under the SARA. The Killer Whales Protection Statement thus treated these components as follows:

While the Recovery Strategy identifies the critical habitat as a defined geophysical area, Fisheries and Oceans Canada (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. A variety of legislative and policy tools are available to manage and mitigate threats to these functions of the Resident Killer Whale critical habitat, to individuals and to populations.

- Disturbance
  - Threat management and mitigation is afforded under the Marine Mammal Regulations and the Whale Watching Guidelines developed cooperatively by industry and DFO.
- Degradation of the Acoustic Environment

[32] La difficulté liée à la définition de l'habitat essentiel de l'épaulard sous l'angle de ses caractéristiques géophysiques tenait à ce que certains des éléments les plus importants de l'habitat essentiel, désignés tels dans le programme de rétablissement, étaient laissés sans protection. En effet, le programme de rétablissement avait désigné les perturbations acoustiques, la contamination chimique et biologique, et la disponibilité réduite des proies au titre d'éléments clés de l'habitat essentiel des épaulards. Or, la déclaration de protection visant les épaulards n'englobait pas ces éléments dans l'« habitat essentiel » aux fins de la protection à assurer en vertu de la LEP. La déclaration traitait plutôt ces éléments comme des « éléments de l'écosystème » devant être protégés par des « lois et politiques », plutôt qu'en vertu de la LEP. La déclaration de protection visant les épaulards traitait ces éléments comme suit :

Alors qu'on définit l'habitat critique, dans la stratégie de rétablissement, comme une zone géophysique définie, Pêches et Océans Canada (MPO) reconnaît que d'autres caractéristiques des écosystèmes, comme l'existence de proies et la qualité de l'environnement sont des facteurs importants pour la survie et le rétablissement des épaulards vivant dans le nord et dans le sud. On dispose ainsi de divers outils législatifs et politiques pour gérer et atténuer les menaces

- Perturbation
  - La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu du Règlement sur les mammifères marins, ainsi que des directives sur l'observation des baleines que l'industrie et le MPO ont élaborées en collaboration.
- Détérioration de l'environnement acoustique

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under the Marine Mammal Regulations, the Statement of Practice with Respect to the Mitigation of Seismic Sound in the Marine Environment, and protocols for military sonar use.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Marine Environmental Quality           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under provisions of the <i>Fisheries Act</i>, or regulations made thereunder, and the <i>Canadian Environmental Protection Act, 1999</i> or regulations made thereunder.</li> </ul> </li> <li>• Availability of Prey           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under the <i>Fisheries Act</i> or regulations made thereunder, supported by the Wild Salmon Policy and use of Integrated Fisheries Management Plans.</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu du Règlement sur les mammifères marins, de l'énoncé des pratiques d'atténuation des bruits sismiques dans l'environnement marin, ainsi que des protocoles d'utilisation d'un sonar à des fins militaires.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Qualité du milieu marin           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu des dispositions de la <i>Loi sur les pêches</i> ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci, ainsi qu'en vertu de la <i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999</i> ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci.</li> </ul> </li> <li>• Disponibilité des proies           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possible en vertu de la Loi sur les pêches ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci, avec l'appui de la Politique sur le saumon sauvage et grâce à la mise en œuvre de Plans intégrés de gestion des pêches.</li> </ul> </li> </ul> |
|---|--|

### History of the litigation

[33] The respondents in this appeal challenged the lawfulness of the Killer Whales Protection Statement by initiating a judicial review application before the Federal Court in October of 2008, wherein they asked that Court to make various declarations, set aside the Killer Whales Protection Statement, and refer the matter back to the Minister for a new decision under section 58 of the SARA.

[34] In their application, the respondents argued that the critical habitat of the concerned killer whale populations included not only the geophysical elements of that habitat, but also all the other components identified in the recovery strategy. They further argued that, in a protection statement, the Minister could not resort to non-binding policy, prospective legislation or ministerial discretion.

[35] Before this judicial review application could be heard, the Minister reversed himself. Both he and the Minister of the Environment jointly issued a protection

### Chronologie du litige

[33] Les intimés au présent appel ont contesté la légalité de la déclaration de protection visant les épaulards en formant devant la Cour fédérale, en octobre 2008, une demande de contrôle judiciaire tendant à obtenir diverses conclusions déclaratoires, l'annulation de ladite déclaration et le renvoi de l'affaire devant le ministre pour une nouvelle décision sous le régime de l'article 58 de la LEP.

[34] Les intimés soutenaient dans leur demande que l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question comprenait non seulement les caractéristiques géophysiques de la zone définie, mais aussi tous les autres éléments recensés dans le programme de rétablissement. Ils faisaient en outre valoir qu'il n'est pas permis au ministre d'invoquer, dans le cadre d'une déclaration de protection, des politiques non exécutoires, ni des dispositions légales futures, ni son pouvoir discrétionnaire.

[35] Cependant, avant l'instruction de cette demande de contrôle judiciaire, le ministre a fait volte-face. Il a pris conjointement avec le ministre de l'Environnement,



order under subsections 58(1) and (4) of the SARA, which order was registered on February 19, 2009 as the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order*, SOR/2009-68 (the Killer Whales Protection Order). Maps identifying the critical habitat areas contemplated by that order are attached in a schedule to these reasons. These are the same critical habitat areas as identified in the recovery strategy.

[36] Soon after this Order was published, the respondents in this appeal sought clarification as to the scope and meaning of the Order. In response, the Minister (a) asserted that the Killer Whales Protection Order was an optional alternative to the Killer Whales Protection Statement; (b) further asserted that policy and discretionary tools could be resorted to; and (c) did not give assurances to confirm that the Killer Whales Protection Order protected the biological features of critical habitat from destruction: reasons, at paragraph 44.

[37] The respondents in this appeal were unsatisfied and consequently filed a second judicial review application before the Federal Court. This second application challenged the practice of limiting the scope of a protection order made under subsections 58(1) and (4) of the SARA to geospatial areas and geophysical elements of critical habitat.

[38] Both judicial review applications were consolidated before the Federal Court after O'Reilly J. rejected the Minister's motion to dismiss as moot the judicial review application challenging the Killer Whales Protection Statement. O'Reilly J. was satisfied that in light of the Killer Whales Protection Order, the application for judicial review challenging the Killer Whales Protection Statement was moot. However, he was also of the view that there was a serious issue as to whether that judicial review application should nevertheless be heard in the exercise of the Federal Court's discretion in such circumstances; a discretion which, he opined, would be better exercised by the judge hearing both applications on the merits.

sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP, un arrêté qui a été enregistré le 19 février 2009 sous l'intitulé *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 de l'épaulard). On trouvera en annexe des cartes représentant les aires d'habitat essentiel que vise cet arrêté et qui sont les mêmes que celles définies dans le programme de rétablissement.

[36] Peu après la publication de cet arrêté, les intimés au présent appel ont demandé des éclaircissements sur sa portée et sa signification. Le ministre leur a répondu : a) en affirmant que l'Arrêté de protection de l'épaulard était une solution de rechange facultative à la déclaration de protection visant les épaulards; b) en soutenant qu'il lui était permis de recourir à des outils discrétionnaires et de politique générale; et c) en refusant de confirmer que l'Arrêté de protection de l'épaulard protégeait contre la destruction les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel : voir les motifs, au paragraphe 44.

[37] Cette réponse n'a pas satisfait les intimés, qui ont en conséquence formé une seconde demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Cette seconde demande contestait la pratique consistant à limiter l'application de l'arrêté de protection pris sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP à des zones géospatiales et à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

[38] Les deux demandes de contrôle judiciaire ont été réunies devant la Cour fédérale après que le juge O'Reilly eut rejeté la requête du ministre tendant à faire écarter au motif de son caractère théorique la demande contestant la déclaration de protection visant les épaulards. Le juge O'Reilly a admis que, étant donné la prise de l'Arrêté de protection de l'épaulard, la demande de contrôle judiciaire contestant la déclaration de protection visant les épaulards n'avait plus qu'un caractère théorique. Cependant, il estimait aussi que se posait la question sérieuse de savoir si la Cour fédérale ne devrait pas néanmoins instruire cette demande en vertu du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose dans ce cas, pouvoir que, a-t-il expliqué, elle pourrait mieux exercer en examinant les deux demandes sur le fond.

The reasons and judgment of the Federal Court

[39] The Federal Court Judge hearing both applications on their merits granted most of the declarations sought and provided detailed reasons in support thereof.

[40] Turning his attention to the standard of review, the Federal Court Judge found that since the issues raised were essentially questions of statutory interpretation, the correctness standard applied.

[41] As to the scope of “critical habitat” under the SARA, the Federal Court Judge concluded that the issue had been conclusively decided by Campbell J. of the Federal Court in *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161 (*Environmental Defence*).

[42] The issue in *Environmental Defence* mainly concerned the scope of the expression “critical habitat” for the purposes of inclusion in a recovery strategy under paragraphs 41(1)(c) and (c.1) of the SARA. The applicants in *Environmental Defence* submitted that the constituents of habitat—and by implication of critical habitat—for specified species “are an identifiable location and the attributes of that location”: *Environmental Defence*, at paragraph 46. Campbell J. agreed, and ruled that for the purposes of the SARA, the word “areas” in the definition of “habitat” set out in the SARA did not just connote a location, “but a location that includes its special identifiable features”: *Environmental Defence*, at paragraph 58. The order of Campbell J. in *Environmental Defence* was not appealed from by the Minister, who now accepts that both the location and the components of critical habitat are contemplated by the SARA.

Les motifs et le dispositif de la décision de la Cour fédérale

[39] Le juge de la Cour fédérale, après instruction des deux demandes sur le fond, a prononcé la plupart des conclusions déclaratoires demandées et a donné un exposé détaillé des motifs y afférents.

[40] Pour ce qui concerne la norme de contrôle, le juge de la Cour fédérale a conclu que, comme les points en litige étaient pour l’essentiel des questions d’interprétation législative, la norme applicable était celle de la décision correcte.

[41] Touchant la portée de l’expression « habitat essentiel » pour l’application de la LEP, le juge de la Cour fédérale a conclu que le juge Campbell, de la même Cour, avait décidé cette question de manière concluante dans la décision *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 (*Environmental Defence*).

[42] La principale question en litige dans la décision *Environmental Defence* était celle de la portée de l’expression « habitat essentiel » aux fins de la désignation d’un tel habitat dans un programme de rétablissement en application des alinéas 41(1)c) et c.1) de la LEP. Les demandeurs, dans cette affaire, soutenaient que les éléments constitutifs de l’habitat — et par voie de conséquence de l’habitat essentiel — d’une espèce déterminée « sont un emplacement qu’il est possible de déterminer et les caractéristiques de cet emplacement » : voir *Environmental Defence*, au paragraphe 46. Le juge Campbell a accueilli ce moyen et statué que, pour l’application de la LEP, le terme « aires » employé dans la définition qu’elle donne du terme « habitat » ne désigne « pas seulement [un] emplacement, mais [un] emplacement qui comporte ses caractéristiques pouvant être précisées »; voir *Environmental Defence*, au paragraphe 58. Le ministre n’a pas interjeté appel contre l’ordonnance rendue par le juge Campbell dans cette affaire et admet maintenant que la LEP vise non seulement le lieu de l’habitat essentiel, mais aussi ses caractéristiques ou éléments.

[43] Since, in this case, the recovery strategy identified reduced availability of prey, environmental contaminants and physical and acoustic disturbance as components of the critical habitat of the concerned killer whale populations, the Federal Court Judge found that the Killer Whales Protection Order had to apply to all these components: reasons, at paragraphs 163–164 and 337–339. Moreover, in light of *Environmental Defence*, the Minister had in fact conceded this point before the Federal Court Judge: reasons, at paragraphs 159 and 163. By necessary implication, the Killer Whales Protection Statement was also flawed since it did not include these elements as critical habitat: reasons, at paragraphs 337–339.

[44] The Federal Court Judge then went on to reject the Minister's contention that the declarations sought in regard to the Killer Whales Protection Order were beyond the jurisdiction of the Federal Court. The Minister had indeed submitted that the Killer Whales Protection Order was not a "decision" subject to judicial review; he argued that the order was rather a "regulation" within the meaning of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 [s. 2(1)], and that it was thus immune from judicial review. The Federal Court Judge was not persuaded, ruling instead that Parliament had not shielded decisions under subsection 58(5) of the SARA from judicial review through the use of a privative clause or otherwise. In his view, the SARA was clearly a justiciable statute that imposed duties on the Minister, and whose actions under that statute were subject to review before the Federal Court: reasons, at paragraphs 183–184.

[45] The Federal Court Judge also decided to hear the application concerning the Killer Whales Protection Statement even if the Killer Whales Protection Order had made that application moot. Applying the factors established in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Federal Court Judge concluded that, in view of the fundamental points of law raised by the proceedings, a quite live controversy between the parties did remain: reasons, at paragraphs 242–245. He

[43] Comme, dans la présente espèce, le programme de rétablissement définissait la réduction de la disponibilité de proies, la contamination toxique, ainsi que les perturbations physiques et acoustiques, comme des éléments de l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question, le juge de la Cour fédérale a conclu que l'Arrêté de protection de l'épaulard devait s'appliquer à tous ces éléments : voir les motifs, aux paragraphes 163, 164 et 337 à 339. Qui plus est, le ministre avait en fait concédé ce point devant lui, par suite de la décision *Environmental Defence* : voir les motifs, aux paragraphes 159 et 163. Par voie de conséquence nécessaire, la déclaration de protection visant les épaulards était défectueuse aussi puisqu'elle excluait ces éléments de la définition de l'habitat essentiel : voir les motifs, aux paragraphes 337 à 339.

[44] Le juge de la Cour fédérale a ensuite rejeté l'argument du ministre selon lequel les conclusions déclaratoires demandées au sujet de l'Arrêté de protection de l'épaulard outrepassaient la compétence de la Cour fédérale. Le ministre soutenait en effet que l'Arrêté de protection de l'épaulard n'était pas une « décision » susceptible de contrôle judiciaire, mais plutôt un « règlement » au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22 [art. 2(1)], échappant à ce titre au contrôle judiciaire. Cet argument n'a pas convaincu le juge de la Cour fédérale, qui a conclu que le législateur n'avait pas mis à l'abri du contrôle judiciaire les décisions prises sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP, que ce soit par une clause privative ou par un autre moyen. Selon lui, la LEP ouvrait manifestement droit au recours judiciaire et fixait des obligations au ministre, dont les mesures prises en vertu de cette loi étaient assujetties au contrôle de la Cour fédérale : voir les motifs, aux paragraphes 183 et 184.

[45] Le juge de la Cour fédérale a aussi décidé d'instruire la demande concernant la déclaration de protection visant les épaulards en dépit du fait que la prise de l'Arrêté de protection de l'épaulard lui eût enlevé sa portée pratique. Appliquant les critères formulés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, il a conclu que, étant donné les questions de droit fondamentales que soulevait l'instance, il restait bel et bien un litige actuel entre les parties : voir les

also concluded that these points were of general importance for the interpretation and application of the SARA: reasons, at paragraphs 250–251.

[46] The Federal Court Judge then ruled that a competent minister may not resort to another federal statute as a substitute for a protection order unless that statute provides an equal level of legal protection for critical habitat as would be engaged through a protection order: reasons, at paragraphs 257 and 272. The Federal Court Judge made that ruling on the basis of a purposive reading of the pertinent provisions of the SARA; he concluded that Parliament had sought to limit ministerial discretion where the protection of critical habitat of endangered and threatened species was at issue: reasons, at paragraphs 277–280.

[47] The Federal Court Judge then went on to conclude that the *Fisheries Act*, and the regulations adopted under that statute, could not be used as a substitute for a protection order. His conclusion was based on the highly discretionary nature of the broad powers afforded to the Minister under the scheme of the *Fisheries Act*, including a broad discretion to authorize the destruction of fish habitat under subsection 35(2) and to attach conditions to a fishing licence under section 22 of the *Fishery (General) Regulations*: reasons, at paragraphs 320–321.

[48] The Federal Court Judge also discarded section 36 of the *Fisheries Act*—which prohibits the deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish—on the basis that such deposits may nevertheless be authorized through regulations adopted “at Cabinet’s discretion”: reasons, at paragraph 325.

[49] The Federal Court Judge then went on to make 11 declarations of law. These declarations read as follows:

1. With respect to the Protection Statement application:

motifs, aux paragraphes 242 à 245. Il a également conclu que ces questions étaient d’importance générale pour l’interprétation et l’application de la LEP : voir les motifs, aux paragraphes 250 et 251.

[46] Le juge de la Cour fédérale a ensuite statué qu’il n’est pas permis à un ministre compétent de recourir à une autre loi fédérale comme solution de rechange à un arrêté de protection, à moins que cette loi n’assure à l’habitat essentiel un niveau de protection égal à celui que lui garantirait un tel arrêté : voir les motifs, aux paragraphes 257 et 272. Il a statué ainsi sur la base d’une interprétation téléologique des dispositions applicables de la LEP, ayant conclu que le législateur avait voulu limiter le pouvoir discrétionnaire ministériel pour ce qui concerne la protection de l’habitat essentiel des espèces en voie de disparition et menacées : voir les motifs, aux paragraphes 277 à 280.

[47] Le juge de la Cour fédérale a ensuite conclu qu’il n’était pas permis d’utiliser la *Loi sur les pêches* ni ses règlements d’application comme solution de rechange à un arrêté de protection. Cette conclusion se fondait sur le caractère hautement discrétionnaire des vastes pouvoirs conférés au ministre par ce régime, qui lui donnait notamment toute latitude pour autoriser la destruction d’un habitat de poissons sous le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et pour assortir les permis de pêche de conditions sous l’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* : voir les motifs, aux paragraphes 320 et 321.

[48] Le juge de la Cour fédérale a aussi écarté l’article 36 de la *Loi sur les pêches* — qui interdit de rejeter des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons — au motif qu’il permet néanmoins d’autoriser de tels rejets par voie réglementaire, « à la discrétion du Cabinet » : voir les motifs, au paragraphe 325.

[49] Le juge de la Cour fédérale a ensuite formulé 11 conclusions déclaratoires, dont voici le texte :

1. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection :

- 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 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;
- 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 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.

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.

*The issues in this appeal*

[50] Though the Minister of the Environment was also a respondent before the Federal Court, only the Minister of Fisheries and Oceans has appealed to this Court. Moreover, that Minister's appeal only concerns one of the declarations made by the Federal Court Judge, namely declaration 1(d) providing that ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA, and that it was consequently unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement.

[51] The Minister raises the standard of review as a first ground of appeal. He submits that Parliament entrusted him with the responsibility to manage aquatic species under both the SARA and the *Fisheries Act*, and that, consequently, he is entitled to deference as to the interpretation of both these statutes.

[52] As a second ground of appeal, the Minister submits that he lawfully invoked the provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement, and that he may resort to such provisions in any protection statement made under subsection 58(5) of the SARA.

[53] This appeal consequently raises the following questions:

- a. What is the standard of review?
- b. Did the Minister err by relying on the provisions of the *Fisheries Act* and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement?

*Les questions en litige dans le présent appel*

[50] Bien que le ministre de l'Environnement fût codéfendeur devant la Cour fédérale, seul le ministre des Pêches et des Océans s'est pourvu en appel devant notre Cour. En outre, l'appel du ministre ne concerne qu'une des conclusions déclaratoires du juge de la Cour fédérale, à savoir la conclusion 1d), qui porte que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP et qu'il était par conséquent illégal de la part du ministre de citer dans la déclaration de protection visant les épaulards des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*.

[51] Le premier moyen d'appel du ministre concerne la norme de contrôle judiciaire. Il soutient que, le législateur lui ayant confié la responsabilité de gérer les espèces aquatiques sous le double régime de la LEP et de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de ces deux lois commande la retenue judiciaire.

[52] Comme second moyen d'appel, le ministre soutient qu'il était légal de sa part d'invoquer les dispositions de la *Loi sur les pêches* dans la déclaration de protection visant les épaulards, et qu'il lui est permis de les citer dans toute déclaration de protection prévue au paragraphe 58(5) de la LEP.

[53] Le présent appel soulève par conséquent les questions suivantes :

- a. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable?
- b. Le ministre a-t-il commis une erreur en invoquant dans la déclaration de protection visant les épaulards les dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application?

[54] In addition, as a preliminary matter, I must consider whether this appeal should be dismissed on the basis that the issues raised by the Minister are moot.

*Preliminary issue: Should this appeal be dismissed on the ground that the issues raised by the Minister are moot?*

[55] The Minister's appeal concerns the Killer Whales Protection Statement, which statement was replaced by the Killer Whales Protection Order. As both O'Reilly J. and the Federal Court Judge concluded in this case, the issues which are raised by these proceedings and which concern the Killer Whales Protection Statement are clearly moot. Hence, should this Court entertain those issues?

[56] The Minister and the respondents are not pursuing this argument before this Court, but the fact that they are not raising it does not mean that this Court can simply ignore the matter. Reluctant as this Court is to decide a matter not fully argued before it, determining if the issues are moot and if so, whether they should nevertheless be decided, is a prerequisite to the disposition of this appeal.

[57] The choice of the appropriate test to apply in deciding whether a matter is moot is a question of law. The decision of whether to hear a moot proceeding is discretionary: *Aktiebolaget Hässle v. Apotex Inc.*, 2008 FCA 88, 65 C.P.R. (4th) 5, at paragraph 11. The identification of the factors which must be considered in exercising that discretion is also a question of law: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraph 18.

[58] It cannot be disputed that the issues raised are moot. It is also clear from the Federal Court Judge's reasons at paragraphs 236 to 252 that he identified the appropriate factors to consider in exercising his discretion to nevertheless hear these issues. In an appeal from such a judgment, should this Court review the exercise

[54] Je dois en outre examiner la question préliminaire de savoir s'il faut écarter le présent appel au motif du caractère théorique des points mis en litige par le ministre.

*La question préliminaire : Faut-il écarter le présent appel au motif du caractère théorique des points mis en litige par le ministre?*

[55] L'appel du ministre concerne la déclaration de protection visant les épaulards, qui a été remplacée par l'Arrêté de protection de l'épaulard. Ainsi que le juge O'Reilly et le juge de la Cour fédérale l'ont conclu dans la présente affaire, les questions que celle-ci soulève concernant la déclaration de protection visant les épaulards sont manifestement de nature théorique. Cela étant, notre Cour devrait-elle examiner ces questions?

[56] Ni le ministre ni les intimés n'invoquent le caractère théorique devant notre Cour, mais il ne s'ensuit pas pour autant que celle-ci puisse tout bonnement passer ce problème sous silence. Quelque peu disposée qu'elle soit à statuer sur un point qui n'a pas été pleinement débattu devant elle, cette Cour ne peut décider le présent appel avant d'avoir établi si les questions en litige sont de nature purement théorique et, dans l'affirmative, si elle devrait néanmoins les trancher.

[57] Le choix du critère à appliquer au point de savoir si une affaire est de nature théorique ou non est une question de droit. La décision d'instruire une telle affaire est discrétionnaire : voir *Aktiebolaget Hässle c. Apotex Inc.*, 2008 CAF 88, au paragraphe 11. La définition des facteurs à prendre en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est aussi une question de droit; voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 18.

[58] Il est incontestable que les questions soulevées ici sont théoriques. Il est également évident, à la lecture des paragraphes 236 à 252 de ses motifs, que le juge de la Cour fédérale a défini correctement les facteurs à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'examiner ces questions malgré leur

of the Federal Court Judge's discretion on a standard of reasonableness or should this Court rather exercise anew judicial discretion and decide itself whether or not to hear the moot issues in appeal? In past appeals, this Court seems to have preferred to exercise anew the discretion: see *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, at paragraphs 26–46.

[59] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, above, at pages 358–363, and in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, above, at paragraphs 18–22, the Supreme Court of Canada has outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case:

- a. the presence of an adversarial context;
- b. the concern for judicial economy; and
- c. the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

[60] Applying these factors, I conclude that the Federal Court Judge reasonably exercised his discretion to hear the issues relating to the Killer Whales Protection Statement. I also conclude that this Court should exercise its discretion to entertain those issues even though they are moot.

[61] These issues have been fully argued before both the Federal Court and this Court; and a very live controversy exists between the parties which will persist until they are finally decided.

[62] Judicial economy will be well served if this Court addresses the issues raised. They have been fully canvassed in these proceedings and they will likely arise in

absence de portée pratique. Dans le cadre d'un appel formé contre un tel jugement, notre Cour devrait-elle contrôler l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le juge de la Cour fédérale suivant la norme du caractère raisonnable, ou devrait-elle plutôt exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'examen depuis le début et décider elle-même s'il convient ou non de connaître des questions théoriques en appel? Dans des affaires antérieures, notre Cour semble avoir retenu de préférence cette deuxième possibilité : voir *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311, aux paragraphes 26 à 46.

[59] La Cour suprême du Canada, aux pages 358 à 363 de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, précité, et aux paragraphes 18 à 22 de l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, également précité, a recommandé aux tribunaux judiciaires d'appliquer les critères suivants dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire d'instruire une affaire théorique :

- a. l'existence d'un débat contradictoire;
- b. le souci d'économie des ressources judiciaires;
- c. la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[60] Appliquant ces critères à la présente affaire, je conclus que le juge de la Cour fédérale a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire d'examiner les questions relatives à la déclaration de protection visant les épaulards. Je conclus en outre que notre Cour devrait aussi exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner ces questions malgré leur caractère théorique.

[61] Lesdites questions ont été débattues à fond devant la Cour fédérale et devant notre Cour, et il existe entre les parties un litige actuel qui persistera jusqu'à ce qu'elles soient définitivement tranchées.

[62] L'examen par notre Cour des questions en litige ne peut que favoriser l'économie des ressources judiciaires. Ces questions ont été débattues à fond dans la

the future in the context of other protection statements under the SARA. It is thus appropriate to settle these issues now rather than to await another case which will require additional efforts and expenditures to pursue.

[63] The issues raised are of public importance, and their resolution is in the public interest. This case is the first to be heard by this Court concerning the scope of a protection statement under the SARA. Many other protection statements are being prepared and may have been issued for other endangered or threatened species. Consequently, both the Minister and the respondents seek guidance as to the interpretation and application of section 58 of the SARA.

[64] Finally, this Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this appeal. The issues raised are all questions of statutory interpretation. Moreover, the Minister—acting as a member of the Executive branch of government—seeks the opinion of this Court on these issues.

#### The standard of review

##### *The Minister's position*

[65] At its core, the principal question before this Court concerns the meaning of the words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament” found in subsection 58(5) of the SARA. That is a question of statutory interpretation, and that is not disputed by the Minister.

[66] However, the Minister submits that Parliament has entrusted him with the responsibility to manage the regulatory schemes under the SARA and the *Fisheries Act*, and that consequently, his interpretation of section 58 of the SARA—and of the provisions of the

présente affaire et elles se poseront vraisemblablement de nouveau dans le contexte d'autres déclarations de protection établies sous le régime de la LEP. Il paraît donc préférable de les régler maintenant, plutôt que d'attendre une autre affaire, qui exigerait des efforts et des dépenses supplémentaires.

[63] Les questions soulevées ici sont d'importance publique, et il est dans l'intérêt public de les régler. La présente affaire est la première portée devant notre Cour concernant le contenu d'une déclaration de protection établie sous le régime de la LEP. De nombreuses autres déclarations de protection visant d'autres espèces en voie de disparition ou menacées sont en cours d'élaboration et ont peut-être été publiées. C'est pourquoi le ministre aussi bien que les intimés recherchent des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de l'article 58 de la LEP.

[64] Enfin, notre Cour ne s'écarte pas de son rôle traditionnel d'instance juridictionnelle, pas plus qu'elle n'empiète sur les domaines des pouvoirs législatif ou exécutif, en décidant d'entendre le présent appel. Les points ici en litige sont tous des questions d'interprétation législative. Qui plus est, le ministre — agissant à titre de membre du pouvoir exécutif — demande l'avis de notre Cour sur ces points.

#### La norme de contrôle

##### *La position du ministre*

[65] La principale question portée devant notre Cour concerne la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » du paragraphe 58(5) de la LEP. Il s'agit donc là d'une question d'interprétation législative, ce que le ministre ne conteste pas.

[66] Cependant, le ministre soutient que, comme le législateur lui a confié la responsabilité de gérer les systèmes de réglementation afférents à la LEP et à la *Loi sur les pêches*, son interprétation de l'article 58 de la LEP — ainsi que des dispositions de la *Loi sur les*

*Fisheries Act* and of its regulations as they relate to that section—should be given deference.

[67] The Minister relies for this proposition on *Dunsmuir* and recent decisions of the Supreme Court of Canada which have all clearly emphasized the deference which courts must show to an administrative tribunal when it interprets a provision of its enabling (or “home”) statute or statutes closely connected to its functions. The Minister notably relies on *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), at paragraphs 33–34; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraphs 15–27; and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 26. In this regard, I note that the standard which applies when the interpretation of a statute by a government official is raised in a judicial review proceeding has been questioned by this Court following *Dunsmuir*: see *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraph 35 and *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraph 19.

[68] The Minister also finds support for his position in *Adam v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Environment)*, [2013] 2 F.C.R. 201 (*Adam*), a recent decision of the Federal Court. The applicants in *Adam* were asking the Court to order the Minister of the Environment to (a) finalize a recovery strategy under the SARA for the boreal caribou located in north-eastern Alberta and (b) recommend the adoption of an emergency protection order for these caribou under subsection 80(2) of the SARA. Without proceeding with a standard of review analysis, the Court in *Adam* concluded—based on its understanding of *Dunsmuir* and *Smith*—that the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was subject to review under a reasonableness standard. Since that minister was interpreting his “home” statute (the SARA), and since no constitutional question, no

*pêches* et de ses règlements d’application pour autant qu’elles se rapportent à cet article — commande la retenue judiciaire.

[67] Le ministre invoque à l’appui de cette thèse l’arrêt *Dunsmuir* et d’autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada qui insistent toutes sans ambiguïté sur la retenue que doivent exercer les tribunaux judiciaires envers le tribunal administratif qui interprète une disposition de sa loi habilitante (ou « loi constitutive ») ou d’une loi étroitement liée à son mandat. Le ministre cite notamment les paragraphes 33 et 34 de l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*); les paragraphes 15 à 27 de l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*); et le paragraphe 26 de l’arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*). Je ferai observer à ce propos que notre Cour a constaté l’incertitude que laisse planer l’arrêt *Dunsmuir* sur la norme de contrôle judiciaire applicable à l’interprétation d’une loi par un représentant du gouvernement: voir *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, au paragraphe 35; et *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 19.

[68] Le ministre fonde aussi sa position sur une décision récente de la Cour fédérale : *Adam c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, [2013] 2 R.C.F. 201 (*Adam*). Dans cette affaire, les demandeurs priaient la Cour d’ordonner au ministre de l’Environnement : a) de mettre dans le registre, sous le régime de la LEP, un programme de rétablissement du caribou boréal vivant dans le Nord-Est de l’Alberta; et b) de recommander au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence pour la protection de cette espèce sous le régime du paragraphe 80(2) de la LEP. La Cour fédérale a conclu, sans effectuer d’analyse relative à la norme de contrôle et en se fondant sur sa lecture de l’arrêt *Dunsmuir* et de l’arrêt *Smith*, que l’interprétation donnée par le ministre de l’Environnement du paragraphe 80(2) de la LEP devait être contrôlée suivant la norme du caractère raisonnable. Elle a contrôlé ladite



question of law of central importance to the legal system as a whole, and no jurisdictional question was raised by the proceedings, the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was reviewed on a standard of reasonableness: *Adam*, at paragraph 40.

[69] The Minister submits that as the “competent minister” with respect to aquatic species, he is entitled to the same deference as to his interpretation of the pertinent provisions of the SARA. Likewise, as the minister responsible for the *Fisheries Act*, deference should also be extended to his interpretation of that statute and of its regulations. In short, the Minister submits that pursuant to the most recent Supreme Court of Canada jurisprudence, a presumption of deference has been extended to administrative decision makers—such as himself—when they interpret their enabling (or “home”) statutes.

[70] I disagree with the Minister. For the reasons which follow, I have concluded that no deference is owed by this Court to the Minister as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act* and its regulations.

*Historical and constitutional foundations of judicial review*

[71] It is useful to set out briefly the foundations of judicial review in Canada. The two guiding principles of the British constitution—on which the Constitution of Canada is modelled—are the sovereignty of Parliament and the rule of law. These constitutional principles were largely developed as a result of the English Civil War of the 17th Century and its aftermath. This long, difficult and often bloody struggle between the Crown and Parliament culminated in the victory of the Parliamentarians in the so-called “Glorious Revolution”, which ensured the accession to the throne of William and Mary and led to the adoption of the Bill of Rights of 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of*

interprétation suivant cette norme aux motifs que le ministre interprétait sa loi « constitutive » (la LEP), et que l’affaire ne soulevait ni une question constitutionnelle, ni une question de droit d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ni une question de compétence : voir *Adam*, au paragraphe 40.

[69] Le ministre soutient que, du fait de sa qualité de « ministre compétent » pour les espèces aquatiques, son interprétation des dispositions applicables de la LEP commande la même retenue judiciaire, et que, comme il est le ministre responsable de l’exécution de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de cette loi et des règlements d’application de celle-ci appelle pareillement la déférence. Bref, le ministre affirme que, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême du Canada, les décideurs administratifs — tels que lui-même — bénéficient d’une présomption de retenue judiciaire lorsqu’ils interprètent leurs lois habilitantes (ou « constitutives »).

[70] Je ne puis souscrire à cette thèse du ministre. Par les motifs dont l’exposé suit, j’ai conclu que l’interprétation que le Ministre donne des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application ne commande pas la déférence de notre Cour.

*Les fondements historiques et constitutionnels du contrôle judiciaire*

[71] Il ne paraît pas inutile de rappeler brièvement les fondements du contrôle judiciaire au Canada. Les deux principes directeurs de la constitution britannique — sur laquelle la nôtre est modelée — sont la souveraineté du Parlement et la primauté du droit. Ces principes constitutionnels furent en grande partie élaborés en conséquence directe et indirecte de la Guerre civile anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle. La lutte longue, difficile et souvent sanglante qui opposa durant cette période la monarchie et le Parlement s’acheva par la victoire des parlementaires avec la « Glorieuse Révolution », qui permit l’avènement de Guillaume et Marie et mena à l’adoption du Bill of Rights de 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the*

*the Crown*, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2], later followed by the *Act of Settlement, 1700* [(U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2].

[72] Through these historical events, the Crown's powers were made subject to the laws of Parliament. Prior to the Bill of Rights of 1688, the Crown had asserted that it could "Assum[e] and Exercis[e] a Power of Dispensing with and Suspending of Lawes and the Execution of Lawes without Consent of Parlyament": Preamble to the Bill of Rights of 1688. While the Bill of Rights of 1688 firmly consecrated the principle of Parliamentary sovereignty, it also implicitly empowered the courts, and particularly the common law courts, to both interpret Parliament's laws and censure unlawful behaviour on the part of Crown officials. This was further entrenched by the subsequent *Act of Settlement, 1700* which recognized the independence of the judiciary.

[73] The Bill of Rights of 1688, the *Act of Settlement, 1700*, and the constitutional principles flowing from those documents thus ensured that the Crown and its officials would be thereafter bound by Parliament's laws as interpreted by the independent common law courts: see Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 2nd edition, Volume 4, Toronto: Carswell, 1990, at pages 12–13 and 27–31; A. L. Goodhart and R. E. Megarry, "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins" (1956), 72 *L.Q.R.* 345, at page 362; Lord Hailsham of St. Marylebone, "Democracy and Judicial Independence" (1979), 28 *U.N.B.L.J.* 7, at page 9.

[74] The principles of Parliamentary sovereignty and of the rule of law are still today at the heart of judicial review: *Dunsmuir*, at paragraphs 27–30.

[75] With the expansion of state intervention in the first part of the 20th Century, Parliament set up numerous intricate legislative schemes seeking to achieve complex economic and social goals. It delegated more and more powers to various administrative bodies entrusted with the authority to implement these schemes. Parliament also created numerous administrative tribunals to adjudicate the disputes resulting from these

*Succession of the Crown*, 1688 (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2], puis de l'*Act of Settlement, 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2].

[72] C'est ainsi que la marche de l'histoire entraîna la subordination des pouvoirs de la monarchie aux lois du Parlement. Avant le Bill of Rights de 1688, l'autorité royale prétendait [TRADUCTION] « s'attribuer et exercer le pouvoir de dispenser des lois ou de leur exécution, et de suspendre les lois ou leur exécution, sans le consentement du Parlement » (préambule du Bill of Rights de 1688). Le Bill of Rights de 1688, tout en consacrant le principe de la souveraineté du Parlement, conférait implicitement aux tribunaux judiciaires, en particulier aux cours de common law, le pouvoir d'interpréter les lois du Parlement et de réprimer les actes illicites des représentants de la Couronne. Ceci se trouva plus tard confirmé par l'*Act of Settlement, 1700*, qui établissait l'indépendance du pouvoir judiciaire.

[73] Le Bill of Rights de 1688, l'*Act of Settlement, 1700* et les principes constitutionnels découlant de ces deux lois ont ainsi subordonné la Couronne et ses représentants aux lois du Parlement telles qu'interprétées par les cours de common law, devenues indépendantes : voir Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> édition, tome III, Québec : Presses de l'Université Laval, 1989, aux pages 18 à 20 et 40 à 46; A. L. Goodhart et R. E. Megarry, « Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins » (1956), 72 *L.Q.R.* 345, à la page 362; et lord Hailsham of St. Marylebone, « Democracy and Judicial Independence » (1979), 28 *R.D.U.N.-B.* 7, à la page 9.

[74] Les principes de la souveraineté du Parlement et de la primauté du droit sont encore aujourd'hui les fondements du contrôle judiciaire : voir *Dunsmuir*, aux paragraphes 27 à 30.

[75] Avec le développement de l'intervention étatique dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le Parlement a établi de nombreux et complexes régimes axés sur des objectifs économiques et sociaux non moins complexes. Il a en conséquence dû déléguer de plus en plus de pouvoirs à divers organismes administratifs chargés de mettre ces régimes en œuvre. Le Parlement a aussi créé de nombreux tribunaux administratifs pour arbitrer

complex schemes. In some cases, Parliament sought to protect these administrative bodies and tribunals from interference by the courts. This was principally achieved by the inclusion of various privative clauses in the legislation enabling these administrative bodies and tribunals to carry out their functions.

[76] Though the courts throughout the Commonwealth fiercely resisted these curtailments of their authority, they eventually relented in deference to the principle of Parliamentary sovereignty. However, the courts always maintained a right—albeit limited—to control administrative decisions on the ground that the rule of law required it in certain appropriate circumstances, notably in cases of excess of jurisdiction, abuse of power or failure to comply with principles of natural justice.

*The modern Canadian approach to judicial review of questions of law*

[77] The modern Canadian approach to judicial review of questions of law involving administrative tribunals can be ascertained from *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 (C.U.P.E.) and *Blanchard v. Control Data Canada Ltd. et al.*, [1984] 2 S.C.R. 476 (*Control Data*). Justice Lamer [as he then was] summarized as follows the Canadian approach in *Control Data*, at pages 492–493:

In principle, where there is a privative clause the superior courts should not be able to review errors of law made by the administrative tribunals. However, it is now settled that some errors of law can cause the arbitrator to lose his jurisdiction. The debate turns on the question of *which* errors of law result in the loss of jurisdiction. Contrary to the decision of Lord Denning in *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, where he said (at p. 372) that “no court or tribunal has any jurisdiction to make an error of law on which the decision of the case depends” (subsequently disapproved by the Privy Council in *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, and *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634), this Court has tended since *Nipawin, supra*, [*Service Employees’*

les différends suscités par ces régimes complexes. Dans certains cas, il a voulu mettre ces organismes et tribunaux administratifs à l’abri de l’intervention judiciaire, principalement par le moyen de l’inscription de diverses clauses privatives dans leurs lois habilitantes.

[76] Après avoir farouchement résisté dans l’ensemble du Commonwealth à cette réduction de leurs pouvoirs, les tribunaux judiciaires se sont en fin de compte laissés fléchir par respect pour le principe de la souveraineté du Parlement. Cependant, ils ont conservé le droit — encore que limité — de contrôler les décisions administratives au motif que la primauté du droit l’exigeait dans certains cas, notamment lors d’excès de compétence, d’abus de pouvoir ou de manquement aux principes de justice naturelle.

*La conception canadienne contemporaine du contrôle judiciaire relatif aux questions de droit*

[77] La conception canadienne contemporaine du contrôle judiciaire des questions de droit soulevées par les décisions des tribunaux administratifs est exposée dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (S.C.F.P.), et dans l’arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476 (*Control Data*). Le juge Lamer [tel était alors son titre] a résumé comme suit cette conception aux pages 492 et 493 de l’arrêt *Control Data* :

En principe, compte tenu de la présence d’une clause privative, les juridictions supérieures ne devraient pas pouvoir réviser les erreurs de droit des tribunaux administratifs. Toutefois, il est maintenant établi que certaines erreurs de droit peuvent faire perdre juridiction à l’arbitre. La controverse porte plutôt sur la détermination de *quelles* erreurs de droit font perdre juridiction. Contrairement à la décision de Lord Denning dans l’affaire *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, où il est dit (à la p. 372) que [TRADUCTION] «aucune cour ni aucun tribunal n’a la compétence de faire une erreur de droit dont dépend l’issue de l’affaire» (désapprouvée par la suite par le Conseil privé dans *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, et *Re Racal Communications*

*International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382] and *C.U.P.E.*, *supra*, to avoid intervening when the decision of the administrative tribunal was reasonable, whether erroneous or not. In other words, only unreasonable errors of law can affect jurisdiction. The following extract from *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 237, frequently referred to in later cases, has become the classic statement of the approach taken by this Court:

Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

This is a very severe test and signals a strict approach to the question of judicial review. It is nevertheless the test which this Court has applied and continues to apply .... [Emphasis in original.]

[78] Thus, if Parliament (or a provincial legislature) has adopted a privative clause providing that the decisions of an administrative tribunal—or of any other administrative decision maker—are not subject to judicial review for error of law, the courts should strive to respect that legislative intent and should only interfere where a given decision is unreasonable.

[79] In subsequent cases, the Supreme Court of Canada applied this approach, even in the absence of a privative clause, insofar as certain factors set out in the enabling legislation made the legislative intent clear.

[80] In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557 (*Pezim*) and in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 (*Southam*)—both of which involved a statutory appeal—the Supreme Court of Canada did not apply a correctness standard to questions of law, but rather deferred to the original decision-maker's legal analysis. In both cases, the application of the reasonableness standard flowed from legislative intent. As noted by Justice Iacobucci in *Pezim*, at pages 589–590:

*Ltd.*, [1980] 2 All .R. 634), la tendance de cette Cour depuis les affaires *Nipawin*, précitée [*Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, (1975) 1 R.C.S. 382] et *S.C.F.P.*, précitée, a été d'éviter d'intervenir lorsque la décision du tribunal administratif, erronée ou non, était raisonnable. En d'autres termes, seules les erreurs de droit déraisonnables portent atteinte à la juridiction. L'extrait suivant de l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 237, cité à maintes reprises par la suite, est devenu l'énoncé classique de l'approche de cette Cour :

Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

C'est là un test très sévère et qui marque une approche restrictive en ce qui concerne le contrôle judiciaire. C'est pourtant le test que cette Cour a appliqué et applique encore [...] [Souligné dans l'original.]

[78] Donc, si le Parlement (ou une assemblée législative provinciale) a adopté une clause privative disposant que les décisions d'un tribunal administratif déterminé — ou d'un décideur administratif déterminé, de quelque autre nature qu'il soit — ne sont pas soumises au contrôle judiciaire sous le rapport des questions de droit, les tribunaux judiciaires doivent s'efforcer de respecter l'intention du législateur et ne remettre ces décisions en cause que si elles sont déraisonnables.

[79] La Cour suprême du Canada a appliqué cette conception par la suite, et ce, même en cas d'absence de clause privative, à condition que l'intention du législateur ressorte à l'évidence de certains éléments de la loi habilitante.

[80] Dans les arrêts *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 (*Pezim*), et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*) — qui concernaient tous deux un appel prévu par la loi —, la Cour suprême du Canada s'est refusée à appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit, s'en remettant plutôt à l'analyse juridique du premier décideur. Dans ces deux affaires, c'est l'intention du législateur qui a motivé l'application de la norme du caractère raisonnable. Rappelons à ce sujet les observations formulées

The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

[81] In *Pezim* and *Southam*, privative clauses were found to be only one of many factors which may be considered for the purpose of ascertaining a legislative intent to limit the scope of a court's power to review an administrative tribunal's decision on questions of law. Factors such as the nature of the problem before the tribunal, the wording of the enabling (or "home") statute, the purpose of that statute, and the areas of expertise could be considered to ascertain legislative intent, in addition to the presence or absence of a privative clause. Consequently, a so-called "pragmatic and functional" approach—similar to the one developed in *U.E.S., local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048 for the identification of jurisdictional issues—was required in order to ascertain the scope of judicial review of an administrative tribunal's decision: *Pezim*, at page 592.

[82] Similar considerations were expressed in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 26: "The central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed." This was also reiterated in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21: "the pragmatic and functional approach inquires into legislative intent, but does so against the backdrop of the courts' constitutional duty to protect the rule of law."

par le juge Iacobucci aux pages 589 et 590 de l'arrêt *Pezim* :

Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

[81] La Cour suprême a établi dans les arrêts *Pezim* et *Southam* que les clauses privatives ne formaient qu'un des nombreux facteurs pouvant être pris en considération aux fins d'établir l'intention du législateur de limiter le pouvoir de contrôle judiciaire des décisions d'un tribunal administratif relativement à des questions de droit. Elle a posé que, en plus de l'existence ou de l'inexistence d'une clause privative, on pouvait prendre en considération aux fins susdites des facteurs tels que la nature du problème soumis au tribunal, le libellé de la loi habilitante (ou « constitutive »), l'objet de cette loi et les domaines d'expertise. Par conséquent, il fallait suivre une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle » — analogue à celle élaborée dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, en vue de la définition des questions de compétence — pour déterminer les limites du contrôle judiciaire applicable à la décision d'un tribunal administratif. Voir *Pezim*, à la page 592.

[82] Le même principe est exprimé au paragraphe 26 de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 : « La détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l'intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause. » On en retrouve aussi une formulation au paragraphe 21 de l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 : « La méthode pragmatique et fonctionnelle implique ainsi l'examen de l'intention du législateur, mais sur l'arrière-plan de l'obligation constitutionnelle des tribunaux de protéger la légalité. »



*Dunsmuir and the subsequent case law*

[83] The Minister submits in this appeal that in view of the responsibilities conferred on him by the SARA and the *Fisheries Act*, his interpretation of those statutes is not susceptible to judicial review on a standard of correctness. The Minister's position implies that the standard of review analysis ends as soon as Parliament confers on a minister the responsibility to administer a federal statute. This, the Minister submits, is the conclusion which must be drawn from the recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada. I disagree.

[84] The Supreme Court of Canada, in *Dunsmuir*, and subsequently in *Celgene*, *Mowat* and *Smith*, has not repudiated the relevance of legislative intent, nor discarded the relevance of a standard of review analysis, as the Minister implies. This is not what these decisions stand for. As noted in *Dunsmuir*, at paragraph 30, "determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent."

[85] As Justices Bastarache and LeBel jointly noted in *Dunsmuir*, at paragraphs 27 to 31, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law and with maintaining legislative supremacy. While developing a more coherent and workable framework for judicial review—notably by merging the "patently unreasonable" and "reasonableness *simpliciter*" standards of review into a single "reasonableness" standard—*Dunsmuir* still requires that a proper standard of review analysis be carried out in appropriate circumstances.

[86] For this purpose, *Dunsmuir* has set out a two-step process: first, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular question; second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to a standard of review analysis involving the factors making it possible to identify the proper standard of review: *Dunsmuir*, at paragraph 62.

*Dunsmuir et la jurisprudence postérieure*

[83] Le ministre soutient dans le présent appel que, étant donné les attributions que lui confèrent la LEP et la *Loi sur les pêches*, son interprétation de ces lois ne peut être contrôlée judiciairement suivant la norme de la décision correcte. Cette position du ministre implique que l'analyse relative à la norme de contrôle doit s'arrêter dès qu'il est constaté que le législateur a confié à un ministre la charge d'appliquer une loi fédérale. C'est là selon lui ce qu'il faut conclure de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Je dois m'inscrire en faux contre cette thèse.

[84] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dunsmuir*, puis dans les arrêts *Celgene*, *Mowat* et *Smith*, n'a pas répudié la pertinence de l'intention du législateur, ni rejeté l'utilité d'une analyse relative à la norme de contrôle, comme le ministre le laisse entendre. Ce n'est pas là la leçon de ces arrêts. En effet, comme il est rappelé au paragraphe 30 de l'arrêt *Dunsmuir*, « la suprématie législative [est assurée par] la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur ».

[85] Ainsi que les juges Bastarache et LeBel l'expliquent aux paragraphes 27 à 31 de l'arrêt *Dunsmuir*, le contrôle judiciaire est étroitement lié au maintien de la primauté du droit et à la volonté d'assurer la suprématie législative. Même s'il définit un cadre plus cohérent et plus praticable pour le contrôle judiciaire — notamment en fusionnant les normes du « caractère manifestement déraisonnable » et du « caractère raisonnable *simpliciter* » dans la norme de la « décision raisonnable » —, l'arrêt *Dunsmuir* n'en exige pas moins qu'on détermine la norme de contrôle applicable au moyen d'une analyse en bonne et due forme dans les cas qui le justifient.

[86] À cette fin, l'arrêt *Dunsmuir* a établi un processus en deux étapes : premièrement, la cour de révision établit si la jurisprudence a déjà déterminé de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une question donnée; et deuxièmement, si cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettront d'arrêter la norme de contrôle applicable : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 62.

[87] In the case of an administrative tribunal exercising adjudicative functions in the context of an adversarial process, and explicitly or implicitly empowered by its enabling statute to decide questions of law, judicial deference will normally extend to its interpretation of its enabling statute or of a statute closely connected to its functions. This conclusion was drawn in *Dunsmuir* on the basis of existing case law, which had already extensively canvassed the standard of review applicable to adjudicative administrative tribunals. As stated in *Dunsmuir*, at paragraph 54:

Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review. [Emphasis added.]

[88] However, deference on a question of law will not always apply, notably where the administrative body whose decision or action is subject to review is not acting as an adjudicative tribunal, is not protected by a privative clause, and is not empowered by its enabling legislation to authoritatively decide questions of law. A standard of review analysis is still required in appropriate cases. As noted by Justices Bastarache and LeBel at paragraphs 63 and 64 of *Dunsmuir*:

The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts

[87] Si l’on a affaire à un tribunal administratif qui statue sur des litiges dans le cadre d’une procédure contradictoire, et auquel sa loi habilitante confère explicitement ou implicitement le pouvoir de décider des questions de droit, l’interprétation qu’il donne de cette loi ou d’une loi étroitement liée à son mandat commande normalement la retenue judiciaire. L’arrêt *Dunsmuir* tirait cette conclusion de la jurisprudence existante, qui avait déjà examiné de manière approfondie la question de la norme de contrôle applicable aux tribunaux administratifs statuant sur des litiges. Citons à ce propos le paragraphe 54 de cet arrêt :

La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l’application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s’imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L’arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l’arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour s’est dissociée de la position stricte qu’elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l’interprétation, par un décideur administratif, d’une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d’annulation par voie de contrôle judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

[88] Cependant, la retenue judiciaire touchant les questions de droit ne sera pas toujours applicable, notamment si l’organisme administratif dont la décision ou les mesures font l’objet du contrôle ne statue pas sur des litiges, n’est pas protégé par une clause privative et n’est pas autorisé par sa législation habilitante à décider avec autorité des questions de droit. Il reste nécessaire d’effectuer une analyse relative à la norme de contrôle dans les cas qui le justifient. Les juges Bastarache et LeBel formulent à ce sujet les observations suivantes aux paragraphes 63 et 64 de l’arrêt *Dunsmuir* :

L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe

must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

[89] What *Dunsmuir* has made clear is that “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review”: *Dunsmuir*, at paragraph 57. Further, *Dunsmuir* has also made clear that “at an institutional level, **adjudicators**... can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions”: *Dunsmuir*, at paragraph 68 (emphasis added); *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paragraph 53.

[90] Consequently, since *Dunsmuir*, unless the situation is exceptional, the interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers’ Association*), at paragraphs 34 and 41, *per* Justice Rothstein.

[91] The decisions of *Celgene*, *Mowat*, and *Smith* relied upon by the Minister are consistent with *Dunsmuir* and with the relevance of legislative intent. Properly understood, these cases do not support the Minister’s position as to the standard of review.

peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable.

[89] Ce qui ressort à l’évidence de l’arrêt *Dunsmuir*, c’est qu’« [i]l n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (au paragraphe 57). En outre, cet arrêt précise bien que, « sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [...] possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions » (*Dunsmuir*, au paragraphe 68) [non souligné dans l’original]; voir aussi *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, au paragraphe 53.

[90] Par conséquent, depuis l’arrêt *Dunsmuir*, l’interprétation de sa loi habilitante ou de lois étroitement liées à son mandat par un tribunal qui statue sur des litiges doit être présumée, sauf cas exceptionnel, être une question d’interprétation législative qui commande la déférence lors d’un contrôle judiciaire : voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers’ Association*), aux paragraphes 34 et 41, le juge Rothstein.

[91] Les arrêts *Celgene*, *Mowat* et *Smith*, invoqués par le ministre, s’accordent avec l’arrêt *Dunsmuir* et le principe de la pertinence de l’intention du législateur. Valablement interprétés, ces arrêts n’étayent pas la position du ministre concernant la norme de contrôle.

[92] *Celgene* concerned the interpretation of an expression found in provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 by the Patented Medicine Prices Review Board. That issue of statutory interpretation was reviewed and decided on a standard of correctness. However, a question was raised as to whether correctness was the operative standard in the circumstances. This question was not answered by the Court in the light of its conclusion that the Board's decision was unsailable under a standard of review based either on correctness or on reasonableness. The Minister's reliance on this decision is therefore misplaced.

[93] *Mowat* concerned a decision to award legal costs made by the Canadian Human Rights Tribunal acting in its adjudicative capacity under the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] following an adversarial process. In issue in that case was the Tribunal's interpretation of provisions in the *Canadian Human Rights Act*. Justices LeBel and Cromwell concluded that, under *Dunsmuir*, deference should normally be extended to decisions of adjudicative tribunals as to the interpretation of their enabling statutes. Applying a reasonableness standard of review, Justices LeBel and Cromwell finally concluded that the Canadian Human Rights Tribunal's interpretation of its enabling legislation was not sustainable. Again, that case does not support the Minister's position since it concerned an adjudicative tribunal.

[94] *Smith* concerned a decision to award costs made by an Arbitration Committee established under Part V of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. The issue in that case was the Arbitration Committee's interpretation of the word "costs" in subsection 99(1) [as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 25(F)] of the *National Energy Board Act*. Justice Fish, for the majority, ruled that since the Arbitration Committee was interpreting its enabling statute, a reasonableness standard of review applied in light of the principles set out in *Dunsmuir*. This conclusion flowed from Parliament's intent, as noted at paragraph 31 of this decision:

[92] L'arrêt *Celgene* concernait l'interprétation d'une expression de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés. Cette question d'interprétation législative avait été examinée et tranchée en contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte. Cependant, la Cour suprême s'est interrogée sur le point de savoir si cette norme était bien applicable à l'espèce. Elle n'a pas répondu à cette question, ayant conclu que la décision du Conseil se révélait inattaquable qu'on y applique la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Le ministre a donc tort d'invoquer ici cet arrêt.

[93] L'arrêt *Mowat* concernait une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne, statuant sur un litige selon la fonction que lui assigne la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], avait adjugé des dépens à la plaignante à l'issue d'une procédure contradictoire. La question en litige dans cette affaire était l'interprétation donnée par le Tribunal de dispositions de ladite loi. Les juges LeBel et Cromwell ont conclu que, selon l'arrêt *Dunsmuir*, les décisions des tribunaux statuant sur un litige commandaient normalement la déférence pour ce qui concerne l'interprétation de leurs lois habilitantes. Appliquant donc la norme de la décision raisonnable, ils ont en fin de compte conclu au caractère intenable de l'interprétation donnée par le Tribunal de sa loi habilitante. On voit donc que cet arrêt n'étaye pas non plus la position du ministre, puisqu'il s'appliquait à un tribunal qui statuait à l'égard d'un litige.

[94] Quant à l'arrêt *Smith*, il visait une décision d'adjudication de frais rendue par un comité d'arbitrage constitué en vertu de la partie V de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7. La question en litige dans cette affaire touchait à l'interprétation donnée par le comité d'arbitrage du terme « frais » que contient le paragraphe 99(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 25(F)] de cette loi. Le juge Fish a statué au nom de la majorité que, comme le comité d'arbitrage interprétait sa loi habilitante, il découlait des principes formulés dans l'arrêt *Dunsmuir* que sa décision devait être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable. Cette

... in fixing the costs that must be paid by expropriating parties, the Committee has been expressly endowed by Parliament with a wide “margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (*Dunsmuir*, at para. 47): the only costs that must be awarded under s. 99(1) are those “determined by the Committee to have been reasonably incurred” [emphasis in original]. This statutory language reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the NEBA to resolve. [Emphasis added.]

[95] The analytical framework and the presumption set out in *Dunsmuir* have been recently described as follows by Justice Fish in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, above, at paragraphs 35 and 36:

An administrative tribunal’s decision will be reviewable for correctness if it raises a constitutional issue, a question of “general law ‘that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise’”, or a “true question of jurisdiction or *vires*”. It will be reviewable for correctness as well if it involves the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paras. 58–61; *Smith*, at para. 26; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (“*Toronto City*”), at para. 62, per LeBel J.).

The standard of reasonableness, on the other hand, normally prevails where the tribunal’s decision raises issues of fact, discretion or policy; involves inextricably intertwined legal and factual issues; or relates to the interpretation of the tribunal’s enabling (or “home”) statute or “statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at paras. 51 and 53–54; *Smith*, at para. 26).

[96] This analytical framework and this presumption must be understood in the context in which they were developed: they concern adjudicative tribunals. The presumption is derived from the past jurisprudence which had extensively considered the standard of review applicable to the decisions of such tribunals. By empowering an administrative tribunal to adjudicate a matter between parties, Parliament is presumed to have

conclusion se fondait sur l’intention du législateur, comme l’explique le paragraphe 31 de l’arrêt *Smith* :

[...] le législateur a expressément laissé au comité une grande marge d’appréciation lui permettant « d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » lorsqu’il est appelé à fixer les frais que les autorités expropriantes doivent payer (*Dunsmuir*, par. 47). Les seuls frais qui peuvent être accordés en vertu du par. 99(1) sont ceux « que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours » [souligné dans l’original]. Le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la LONE. [Non souligné dans l’original.]

[95] Le juge Fish a récemment exposé comme suit, aux paragraphes 35 et 36 de l’arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, précité, le cadre d’analyse et la présomption découlant de l’arrêt *Dunsmuir* :

La décision d’un tribunal administratif est assujettie à la norme de la décision correcte si elle soulève une question constitutionnelle; une question de « droit générale “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre” »; une « question touchant véritablement à la compétence »; ou une question portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 58–61; *Smith*, par. 26; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (« *Toronto (Ville)* »), par. 62, le juge LeBel).

En revanche, la norme de la raisonabilité l’emporte généralement lorsque la décision du tribunal administratif touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique; lorsque les faits et le droit s’entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés; ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une « loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 51 et 53–54; *Smith*, par. 26).

[96] Il faut replacer ce cadre d’analyse et cette présomption dans le contexte où ils ont été établis : ils s’appliquent aux tribunaux administratifs qui statuent à l’égard d’un litige. La présomption découle de la jurisprudence antérieure, qui avait examiné de manière approfondie la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de tels tribunaux. Il est présumé que, en conférant à un tribunal administratif le pouvoir de



restricted judicial review of that tribunal's interpretation of its enabling statute and of statutes closely connected to its adjudicative functions. That presumption may however be rebutted if it can be found that Parliament's intent is inconsistent with the presumption.

[97] The Minister is inviting this Court to expand the above-described *Dunsmuir* analytical framework and presumption to all administrative decision makers who are responsible for the administration of a federal statute. I do not believe that *Dunsmuir* and the decisions of the Supreme Court of Canada which followed *Dunsmuir* stand for this proposition.

[98] What the Minister is basically arguing is that the interpretation of the SARA and of the *Fisheries Act* favoured by his Department and by the government's central agencies, such as the Department of Justice, should prevail. The Minister thus seeks to establish a new constitutional paradigm under which the Executive's interpretation of Parliament's laws would prevail insofar as such interpretation is not unreasonable. This harks back to the time before the Bill of Rights of 1688 where the Crown reserved the right to interpret and apply Parliament's laws to suit its own policy objectives. It would take a very explicit grant of authority from Parliament in order for this Court to reach such a far-reaching conclusion.

[99] The issues in this appeal concern the interpretation of a statute by a minister who is not acting as an adjudicator and who thus has no implicit power to decide questions of law. Of course, the Minister must take a view on what the statute means in order to act. But this is not the same as having a power delegated by Parliament to decide questions of law. The presumption of deference resulting from *Dunsmuir*, which was reiterated in *Alberta Teachers' Association*, at paragraphs 34 and 41, does not extend to these circumstances. The standard of review analysis set out at paragraphs 63 and 64 of *Dunsmuir* must thus be carried out in the circumstances of this case in order to ascertain Parliament's intent.

statuer sur des différends selon une procédure contradictoire, le législateur a restreint le contrôle judiciaire dont est susceptible l'interprétation que donne ce tribunal de sa loi habilitante et des lois étroitement liées à son mandat juridictionnel. Il est cependant possible de réfuter cette présomption en établissant son incompatibilité avec l'intention du législateur.

[97] Le ministre invite notre Cour à étendre le cadre analytique et la présomption de l'arrêt *Dunsmuir* tels que formulés plus haut à l'ensemble des décideurs administratifs chargés de l'application d'une loi fédérale. Or je ne pense pas que ce principe puisse se déduire de l'arrêt *Dunsmuir* ni des arrêts postérieurs de la Cour suprême du Canada.

[98] Le ministre soutient, pour l'essentiel, que l'interprétation de la LEP et de la *Loi sur les pêches* à laquelle souscrivent son ministère et les organismes centraux de l'État, tels que le ministère de la Justice, devrait l'emporter. Il tend ainsi à établir un nouveau paradigme constitutionnel selon lequel l'interprétation donnée par l'exécutif des lois du Parlement prévaudrait à condition de ne pas être déraisonnable. Ce nouveau paradigme nous ramènerait à l'époque qui a précédé le Bill of Rights de 1688, où la Couronne se réservait le droit d'interpréter et d'appliquer les lois du Parlement en fonction de ses propres objectifs politiques. Il faudrait que le Parlement adopte des dispositions très explicites dans ce sens pour que notre Cour prononce une conclusion d'une portée aussi considérable.

[99] Les questions en litige dans le présent appel concernent l'interprétation d'une loi par un ministre qui ne statue pas à l'égard d'un litige et qui ne dispose donc pas d'un pouvoir implicite de décider des questions de droit. Bien sûr, le ministre doit se faire une idée de la signification de la loi applicable pour pouvoir agir. Mais cela n'équivaut pas à disposer du pouvoir, délégué par le Parlement, de décider des questions de droit. La présomption de retenue judiciaire découlant de l'arrêt *Dunsmuir*, et réaffirmée aux paragraphes 34 et 41 de l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, ne s'applique pas à ce cas. Il faut donc dans la présente affaire effectuer l'analyse relative à la norme de contrôle que prévoient les paragraphes 63 et 64 de l'arrêt *Dunsmuir* afin d'établir l'intention du Parlement.

[100] In other words, does Parliament intend to shield the Minister’s interpretation of the pertinent provisions of the SARA and of the *Fisheries Act* from judicial review on a standard of correctness? On the basis of the standard of review analysis further set out below, I answer in the negative.

*Standard of review analysis*

[101] First, neither the SARA nor the *Fisheries Act* contains a privative clause. This is a strong indication of Parliament’s intent not to shield the Minister’s legal interpretation of these statutes from judicial review.

[102] Second, as provided in section 57 of the SARA, the purpose of section 58 is “to ensure that ... all of the critical habitat is protected”. Hence, under subsection 58(5), the Minister “must” make a protection order to protect identified critical habitat unless that habitat is “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament”. These are all indications that Parliament has greatly restricted the Minister’s discretion. It would be strange indeed if the Minister’s interpretation of such restrictive legislative language could somehow prevail in order to curtail Parliament’s intent in adopting these provisions. Here again, Parliament’s intent not to shield the Minister’s legal interpretation from judicial review appears clear.

[103] Third, the Minister acts in an administrative capacity, and not as an adjudicator, when preparing and issuing a protection statement under subsection 58(5) of the SARA. The fact that Parliament has not had to set up an independent administrative tribunal to adjudicate legal issues under the SARA—including legal issues resulting from section 58—is a further indication of the legislative intent to empower the courts with authority to adjudicate these issues on a standard of correctness. The question in issue is one of statutory interpretation which the courts are best equipped to answer in the circumstances of this case.

[100] Autrement dit, l’intention du Parlement est-elle de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l’interprétation que donne le ministre des dispositions applicables de la LEP et de la *Loi sur les pêches*? Me fondant sur l’analyse relative à la norme de contrôle exposée ci-dessous, je réponds à cette question par la négative.

*Analyse relative à la norme de contrôle*

[101] Premièrement, ni la LEP ni la *Loi sur les pêches* ne contiennent de clause privative. C’est là un signe fort de l’intention du législateur de ne pas mettre à l’abri du contrôle judiciaire l’interprétation juridique de ces lois par le ministre.

[102] Deuxièmement, comme le précise l’article 57 de la LEP, son article 58 a pour objet de « faire en sorte que [...] tout l’habitat essentiel soit protégé ». Par conséquent, aux termes du paragraphe 58(5), le ministre « est tenu » de prendre un arrêté visant à protéger l’habitat essentiel désigné, à moins qu’il ne soit « [protégé] légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime ». Ce sont là autant d’indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire du ministre. Il serait pour le moins curieux que l’interprétation donnée par le ministre d’un libellé aussi restrictif puisse d’une manière ou d’une autre l’emporter de sorte à contrer l’intention du Parlement qui a adopté ces dispositions. Ici encore, l’intention du Parlement de ne pas mettre l’interprétation juridique du ministre à l’abri du contrôle judiciaire paraît manifeste.

[103] Troisièmement, le ministre ne statue pas à l’égard d’un litige mais remplit plutôt une fonction administrative lorsqu’il élabore et publie une déclaration de protection sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP. Le fait que le Parlement n’ait pas créé un tribunal administratif indépendant pour trancher les questions de droit qui se soulèvent sous le régime de la LEP, notamment de son article 58, est un autre signe de l’intention qu’il avait de conférer aux tribunaux judiciaires le pouvoir de se prononcer sur ces questions suivant la norme de la décision correcte. Le point en litige est une question d’interprétation législative que les tribunaux

[104] Finally, though the Minister—acting on the advice of the officials of the Department of Fisheries and Oceans—can certainly claim expertise in the management of the fisheries and of fish habitat, this does not confer on the Minister expertise in the interpretation of statutes. Expertise in fisheries does not necessarily confer special legal expertise to interpret the statutory provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*.

[105] For these reasons, the issues of statutory interpretation raised by this appeal will be reviewed and determined on a standard of correctness.

*Did the Minister err by relying on the provisions of the Fisheries Act and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement?*

*The Minister's position*

[106] The Minister concedes that the protection of the critical habitat of endangered and threatened aquatic species under the SARA is not discretionary. However, the Minister submits that Parliament intended that he be allowed some flexibility as to how to provide that compulsory protection. The Minister further submits that such flexibility would not exist if the conclusions of the Federal Court Judge are upheld by this Court.

[107] The Minister adds that not every instrument relied on in a protection statement need be a “legal provision” which provides mandatory, enforceable protection against the destruction of critical habitat. This alternative approach would give him a large degree of flexibility in determining how that protection should be best provided. This, the Minister submits, is what Parliament intended. Had Parliament intended only a legal prohibition from destruction to protect critical habitat—as it has done for residences and the killing, harming or harassing of individuals—it would

judiciaires sont le plus aptes à décider dans les circonstances de la présente affaire.

[104] Enfin, bien que le ministre des Pêches et des Océans — conseillé par les fonctionnaires de son ministère — puisse certainement faire état d’expertise en matière de gestion des pêches et de l’habitat des poissons, il n’en est pas pour autant pourvu d’expertise dans l’interprétation des lois. Les connaissances halieutiques, en effet, ne confèrent pas nécessairement une expertise juridique spéciale pour interpréter les dispositions de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*.

[105] Pour ces motifs, les questions d’interprétation législative que soulève le présent appel seront examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.

*Le ministre a-t-il commis une erreur en invoquant les dispositions de la Loi sur les pêches et de ses règlements d’application dans déclaration de protection visant les épaulards?*

*La position du ministre*

[106] Le ministre admet que la protection de l’habitat essentiel des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées sous le régime de la LEP n’est pas laissée à sa discrétion. Il fait cependant valoir que le législateur avait l’intention de lui accorder une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer cette protection obligatoire. Il soutient en outre que la confirmation par notre Cour des conclusions du juge de la Cour fédérale le priverait de cette latitude.

[107] Il n’est pas nécessaire, ajoute le ministre, que tous les instruments invoqués dans une déclaration de protection soient des [TRADUCTION] « dispositions légales » prévoyant des mesures obligatoires et exécutoires de protection de l’habitat essentiel contre la destruction. Cette approche lui donnerait une considérable marge de manœuvre pour établir les meilleurs moyens d’assurer la protection en question. C’était là, selon le ministre, l’intention du Parlement. Si ce dernier avait envisagé de protéger l’habitat essentiel seulement par une interdiction légale de destruction — comme

not have provided the alternative of a protection statement. Consequently, protection measures relied upon in a protection statement need not be prohibitions from destruction.

[108] The Minister also submits that he is seeking this flexibility not to undercut the protection of critical habitat or to provide protection which is inferior to what would be provided under a prohibition order. Rather, the Minister argues that there are other methods which can protect the critical habitat from destruction. The Minister specifically identifies provisions of the *Fisheries Act* as appropriate alternatives to a protection order. While the Minister recognizes that he has unfettered discretion under the *Fisheries Act* to manage fisheries, “where he has undertaken to comply with the SARA critical habitat protection requirements by reliance on the provisions of the *Fisheries Act*, the discretion will be exercised taking into account that reliance” (appellant’s memorandum, at paragraph 47).

[109] The difficulty I have with the Minister’s position is that it is not compatible with the provisions of the SARA, which clearly require compulsory “legal protection” for all identified critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species. If I were to accept the Minister’s position, the compulsory non-discretionary critical habitat protection scheme under the SARA would be effectively replaced by the discretionary management scheme of the *Fisheries Act*. That is not what the SARA provides for.

*Interpretation of the pertinent provisions of the SARA*

[110] The preamble of the SARA recognizes that “the habitat of species at risk is key to their conservation”. In this respect, section 57 of the SARA—which is an interpretative provision—provides that all critical habitat identified in a recovery strategy must be protected within

c’est le cas pour la résidence, ainsi que pour le fait de tuer des individus d’une espèce sauvage, de leur nuire ou de les harceler —, il n’aurait pas prévu la solution de rechange que constitue la déclaration de protection. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que les mesures de protection invoquées dans une déclaration de protection soient des interdictions de destruction.

[108] Le ministre affirme en outre que, en voulant s’assurer cette flexibilité, il ne cherche pas à réduire la protection de l’habitat essentiel ni à donner une protection inférieure à celle qu’assurerait un arrêté de protection. C’est plutôt, explique-t-il, qu’il existe d’autres méthodes aptes à protéger l’habitat essentiel contre la destruction. Il cite des dispositions déterminées de la *Loi sur les pêches* comme solutions de rechange légitimes à un arrêté de protection. S’il reconnaît que cette loi lui confère un pouvoir discrétionnaire de gestion des pêches sans restriction, il ajoute que [TRADUCTION] « dans le cas où il se sera engagé à se conformer aux prescriptions de la LEP touchant la protection de l’habitat essentiel au moyen des dispositions de la *Loi sur les pêches*, il exercera son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de cet engagement » (mémoire de l’appelant, au paragraphe 47).

[109] Le problème que soulève la position du ministre est qu’elle n’est pas compatible avec les dispositions de la LEP, qui prévoient clairement l’obligation d’assurer une « protection juridique » à tout l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Accepter la position du ministre reviendrait à remplacer dans les faits le dispositif non discrétionnaire de protection de l’habitat essentiel de la LEP par le dispositif discrétionnaire de gestion de la *Loi sur les pêches*. Ce n’est pas là ce que prévoit la LEP.

*Interprétation des dispositions applicables de la LEP*

[110] Le préambule de la LEP pose en principe que « l’habitat des espèces en péril est important pour leur conservation ». Aux fins de cette conservation, l’article 57 de la LEP — qui est une disposition d’interprétation — porte que tout l’habitat essentiel désigné au

180 days after the recovery plan is included in the public registry:

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).  
[Emphasis added.]

[111] Section 58 of the SARA adds that this protection must be achieved through legally enforceable measures. The pertinent provisions of section 58 read as follows:

Destruction of critical habitat

**58.** (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) the listed species is an aquatic species;

...

Application

(4) ... 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.

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, ... with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat ...

(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

programme de rétablissement doit être protégé dans les 180 jours suivant la mise de celui-ci dans le registre :

Objet

**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).  
[Je souligne.]

[111] L'article 58 de la LEP ajoute que cette protection doit être assurée par des mesures légalement contraignantes. Les dispositions pertinentes de cet article sont libellées comme suit :

**58.** (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 :

[...]

b) si l'espèce inscrite est une espèce aquatique;

[...]

Destruction de l'habitat essentiel

Application

Obligation : arrêté ou déclaration



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. [Emphasis added.]

[112] The proper approach to the interpretation of these statutory provisions consists in determining the intent of Parliament according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the SARA as a whole: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21.

[113] The meaning of the word “protect” is defined as follows in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd edition [Toronto: Oxford University Press, 2004]: “attempt to preserve (a threatened plant or animal species) by legislating against hunting, collecting, etc.”; “restrict by law access to or development of (land) in order to preserve its wildlife or its undisturbed state.” Likewise, the word “protéger” is defined as follows in the *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006] : “Rendre inefficaces les efforts pour compromettre, faire disparaître (qqch.). → **garantir, sauvegarder**.... Couvrir de manière à intercepter ce qui peut nuire, à mettre à l’abri des chocs, des agents atmosphériques, du regard d’autrui. → **abriter, défendre, garantir, préserver**.”

[114] In view of these dictionary definitions, it can safely be concluded that Parliament’s intent was to avoid interference with and destruction of critical habitat. We are far removed from the concept of critical habitat management advanced by the Minister. Moreover, the juxtaposition of the word “legally” (*légalement*) with the word “protected” (*protégés*) to form the expression

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. [Je souligne.]

[112] La méthode à suivre pour interpréter ces dispositions légales consiste à déterminer l’intention du Parlement au moyen d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la LEP dans son ensemble : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21.

[113] Le terme *protect* (protéger) est défini comme suit dans la 2<sup>e</sup> édition du *Canadian Oxford Dictionary* [Toronto : Oxford University Press, 2004] : « *attempt to preserve (a threatened plant or animal species) by legislating against hunting, collecting, etc.* »; « *restrict by law access to or development of (land) in order to preserve its wildlife or its undisturbed state* » (s’efforcer de préserver (une espèce végétale ou animale menacée) en légiférant contre la chasse, le ramassage, etc.; limiter par la loi l’accès (à des terres) ou l’exploitation (de terres) afin de les maintenir dans leur état originel, ou d’en préserver la faune ou la flore). De même, *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006] donne la définition suivante du verbe « protéger » : « Rendre inefficaces les efforts pour compromettre, faire disparaître (qqch.). → **garantir, sauvegarder** [...] Couvrir de manière à intercepter ce qui peut nuire, à mettre à l’abri des chocs, des agents atmosphériques, du regard d’autrui. → **abriter, défendre, garantir, préserver**. »

[114] On peut déduire sans risque d’erreur de ces définitions lexicographiques que l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel. Nous sommes là très loin du concept de gestion de l’habitat essentiel mis de l’avant par le ministre. Qui plus est, la juxtaposition des termes « protégés » (*protected*) et « légalement » (*legally*) pour former le

“legally protected” (*protégés légalement*) leaves little ambiguity as to the intent of Parliament: critical habitat must be preserved through legally enforceable measures.

[115] A legal protection scheme is not a regulatory management scheme. Had Parliament’s intent been to authorize the Minister to regulate critical habitat of aquatic species through existing regulatory schemes—such as the *Fisheries Act*—it would not have adopted a provision requiring the compulsory non-discretionary legal protection of that habitat.

[116] This textual analysis is reinforced by a contextual and purposive analysis.

[117] Section 57 of the SARA provides in no uncertain language that the purpose of section 58 is to ensure that all the critical habitat is protected by provisions in, or measures under, an Act of Parliament or by a protection order issued under subsections 58(1) and (4) of the SARA. Surely this is an indication that there must be some equivalence between the two contemplated means of protection. They need not be the same, but surely they must have the same objective. Pursuant to subsection 58(1), the objective of a protection order is to ensure that “no person ... destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species ... if ... the listed species is an aquatic species”. Provisions in, or measures under, an Act of Parliament should thus—in principle—achieve the same objective if they are to be resorted to as a substitute to a protection order.

[118] The Minister however cites the reference to “agreements under section 11” found in paragraph 58(5)(a) of the SARA. He concludes from this reference that Parliament’s intent was to allow non-compulsory discretionary measures as alternatives to a protection order. The Minister’s argument, based on this reference, is misguided. Section 11 conservation agreements are simply referred at paragraph 58(5)(a) as examples of alternative measures which may be taken to protect critical habitat from destruction. However, if

syntagme « protégés légalement » (*legally protected*) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes.

[115] Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire. Si le législateur avait eu l’intention d’autoriser le ministre à réglementer l’habitat essentiel des espèces aquatiques dans le cadre des systèmes existants de réglementation — par exemple celui de la *Loi sur les pêches* —, il n’aurait pas adopté une disposition exigeant la protection légale, obligatoire et non discrétionnaire de cet habitat.

[116] Les analyses contextuelle et téléologique viennent confirmer cette analyse textuelle.

[117] L’article 57 de la LEP dispose sans aucune ambiguïté que son article 58 a pour objet de faire en sorte que tout l’habitat essentiel soit protégé, soit par des dispositions d’une loi fédérale ou une mesure prise sous son régime, soit par la prise d’un arrêté de protection en application des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP. Comment ne pas en conclure qu’il doit y avoir une certaine équivalence entre les deux moyens de protection envisagés? On n’exige pas qu’ils soient identiques, mais ils doivent certainement avoir le même objectif. Aux termes du paragraphe 58(1), l’objectif de l’arrêté de protection est d’interdire « de détruire un élément de l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée [...] si l’espèce inscrite est une espèce aquatique ». Les dispositions d’une loi fédérale ou la mesure prise sous son régime qu’on veut invoquer comme solution de rechange à l’arrêté de protection doivent donc — en principe — remplir le même objectif que cet arrêté.

[118] Le ministre invoque cependant les termes « les accords conclus au titre de l’article 11 » de l’alinéa 58(5)a) de la LEP, pour conclure que l’intention du Parlement était de permettre la prise de mesures discrétionnaires et non obligatoires comme solutions de rechange à l’arrêté de protection. L’argument que le ministre fonde sur cette disposition est erroné. L’alinéa 58(5)a) cite les accords de conservation conclus au titre de l’article 11 simplement comme exemples des mesures de rechange à l’arrêté de protection qui peuvent

a section 11 conservation agreement is to constitute a valid alternative to a protection order, it must ensure that the critical habitat is “legally protected” from destruction.

[119] There may be a wide variety of conservation agreements under section 11 of the SARA. Subsection 11(2) identifies agreements providing “measures with respect to (a) monitoring the status of species; (b) developing and implementing education and public awareness programs; (c) developing and implementing recovery strategies, action plans and management plans; (d) protecting the species’ habitat, including its critical habitat; or (e) undertaking research projects in support of recovery efforts for the species”. Only a section 11 conservation agreement under paragraph 11(2)(d) protecting a species critical habitat could qualify under section 58, and only insofar as that agreement legally protects that habitat from destruction through non-discretionary means. Were it otherwise, the Minister could simply “contract himself out” of section 58, which is an absurd proposition.

[120] Sections 74 and 77 of the SARA also support the view that the provisions in, or measures under, an Act of Parliament should achieve the same objective as a protection order if they are to be accepted as a substitute to such an order.

[121] Section 74 of the SARA restricts the authority of a “competent minister”—including the appellant Minister in this case—from entering into an agreement, issuing a permit or licence or making an order under another Act of Parliament—such as the *Fisheries Act*—authorizing a person to engage in an activity “affecting” the critical habitat of a listed wildlife species unless (a) the activity is scientific research relating to the conservation of the species and conducted by qualified persons; (b) the activity benefits the species or is required to enhance its survival; or (c) affecting the species is incidental to the carrying out of the activity: paragraph 74(a) and subsection 73(2) of the SARA.

être prises pour protéger l’habitat essentiel de la destruction. Mais il ne faut pas oublier que pour constituer une solution de rechange valable à l’arrêté de protection, l’accord de conservation conclu au titre de l’article 11 doit faire en sorte que l’habitat essentiel soit « [protégé] légalement » contre la destruction.

[119] Toutes sortes d’accords de conservation peuvent être conclus au titre de l’article 11 de la LEP. Le paragraphe 11(2) dispose qu’un tel accord peut prévoir « des mesures en ce qui concerne : a) le suivi de la situation de l’espèce; b) l’élaboration et la mise en œuvre de programmes d’éducation et de sensibilisation du public; c) l’élaboration et la mise en œuvre de programmes de rétablissement, de plans d’action et de plans de gestion; d) la protection de l’habitat de l’espèce, notamment de son habitat essentiel; e) la mise sur pied de projets de recherche visant à favoriser le rétablissement de l’espèce ». Parmi les accords de conservation conclus au titre de l’article 11, seuls ceux que prévoit l’alinéa 11(2)d), destinés à protéger l’habitat essentiel d’une espèce, peuvent remplir les conditions de l’article 58, et seulement pour autant qu’ils protègent légalement cet habitat contre la destruction par des moyens non discrétionnaires. S’il en était autrement, le ministre pourrait tout simplement se soustraire par contrat à l’application de l’article 58, interprétation qu’il serait absurde d’envisager.

[120] Les articles 74 et 77 de la LEP étayaient aussi le point de vue selon lequel les dispositions d’une loi fédérale ou la mesure prise sous son régime doivent remplir le même objectif que l’arrêté de protection pour être acceptables comme solution de rechange à celui-ci.

[121] L’article 74 de la LEP ne permet au « ministre compétent » — notamment au ministre appelant à la présente instance — de conclure un accord, de délivrer un permis ou une licence, ou de prendre un arrêté en application d’une autre loi fédérale — telle que la *Loi sur les pêches* —, aux fins d’autoriser l’exercice d’une activité « touchant » l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite, que s’il s’agit d’une des activités suivantes : a) des recherches scientifiques sur la conservation des espèces menées par des personnes compétentes; b) une activité qui profite à l’espèce ou qui est nécessaire à l’augmentation de ses chances de survie; c) une activité qui ne touche l’espèce que de

[122] Even in such limited circumstances, the agreement may be entered into, or the permit issued, pursuant to section 74 only if the competent minister is of the opinion that all reasonable alternatives have been considered and the best solution has been adopted, measures have been taken to minimize the impact of the activity, and the activity will not jeopardize the survival or recovery of the species: paragraph 74(a) and subsection 73(3) of the SARA.

[123] Moreover, subsection 77(1) of the SARA provides that a person or body—other than a “competent minister”—authorized under any Act of Parliament to issue or approve a licence, a permit or any other authorization for an activity that may result in the destruction of critical habitat of a listed wildlife species may only proceed after consulting the competent minister and considering reasonable alternatives. However, where the critical habitat is subject to section 58—such as the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species—subsection 77(2) of the SARA provides, for greater certainty, that section 58 applies even though such a licence, permit or other authorization has been issued. It is noteworthy that subsection 77(2) refers to section 58 of the SARA as a whole, including both a protection order made under subsections 58(1) and (4), and a protection statement made under paragraph 58(5)(b), thus emphasizing that both measures seek to protect critical habitat from destruction.

[124] It is apparent from the overall structure of the SARA that critical habitat of species subject to section 58—such as listed endangered or threatened aquatic species—cannot be destroyed or detrimentally affected through a permit or other authorization issued in application of section 74 or 77 of the SARA. This is another indication that the purpose of section 58—under a protection order or through statutory provisions or measures identified in a protection statement—is to protect critical

façon incidente : voir l’alinéa 74a) et le paragraphe 73(2) de la LEP.

[122] Et même dans un cadre déjà aussi restreint, l’article 74 ne permet au ministre compétent de conclure l’accord ou de délivrer le permis que s’il estime que toutes les solutions de rechange raisonnables ont été envisagées et que la meilleure solution a été retenue, que toutes les mesures possibles ont été prises afin de réduire au minimum les conséquences négatives de l’activité, et que celle-ci ne mettra pas en péril la survie ou le rétablissement de l’espèce; voir l’alinéa 74a) et le paragraphe 73(3) de la LEP.

[123] En outre, le paragraphe 77(1) de la LEP dispose que toute personne ou tout organisme — autre qu’un ministre compétent — habilité par une loi fédérale à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d’une activité susceptible d’entraîner la destruction d’un élément de l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s’il a consulté le ministre compétent et envisagé les solutions de rechange raisonnables. Cependant, si l’habitat essentiel relève de l’article 58 — s’il s’agit par exemple de l’habitat essentiel d’une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée —, le paragraphe 77(2) de la LEP dispose qu’il est entendu que l’article 58 est d’application même si l’autorisation en cause a été délivrée. Il est à noter que le paragraphe 77(2) fait référence à l’article 58 dans son ensemble, et donc aussi bien à l’arrêté de protection pris en application des paragraphes 58(1) et (4) qu’à la déclaration de protection établie sous le régime de l’alinéa 58(5)b), soulignant ainsi que ces mesures tendent toutes deux à protéger l’habitat essentiel contre la destruction.

[124] Il ressort à l’évidence de la structure d’ensemble de la LEP que l’habitat essentiel d’une espèce visée à son article 58 — par exemple une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ne peut être détruit ou subir de conséquences négatives du fait d’un permis ou d’une autre autorisation délivré sous le régime de ses articles 74 ou 77. C’est là une autre indication que l’article 58 a pour objet de protéger l’habitat essentiel contre la destruction — soit

habitat from destruction, including from destruction resulting from activities authorized under federal permits, licences or authorizations issued or entered into under Acts of Parliament.

[125] In conclusion, a textual, contextual and purposive analysis of section 58 of the SARA shows that Parliament is precisely seeking to avoid the destruction of identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means, including through activities authorized under discretionary permits or licences. Consequently, a provision in, or a measure under, an Act of Parliament only legally protects critical habitat for the purposes of section 58 if that provision or measure prevents the destruction of critical habitat through legally enforceable means which are not subject to ministerial discretion.

*Section 35 of the Fisheries Act*

[126] I will now turn to the *Fisheries Act* to ascertain if the provisions of that statute may be relied upon by the Minister for the purposes of section 58 of the SARA.

[127] Subsection 35(1) of the *Fisheries Act* prohibits any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, subsection 35(2) allows the Minister to authorize the alteration, disruption or destruction of fish habitat under any conditions he deems appropriate. The prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), thus constitute a legal means whereby the Minister is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. In other words, subsection 35(2) allows the Minister to issue a permit to a person to engage in conduct harmful to fish habitat that would otherwise contravene subsection 35(1): *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 49.

au moyen d'un arrêté de protection, soit par l'application de dispositions légales ou de mesures citées dans une déclaration de protection —, y compris contre la destruction qui résulterait d'activités faisant l'objet de permis, de licences ou d'autres autorisations délivrés en vertu de lois fédérales.

[125] L'analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l'article 58 de la LEP montre donc que le Parlement cherche précisément à éviter la destruction de l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées d'où que puisse venir cette destruction, y compris d'activités autorisées par des permis ou licences délivrés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, une disposition d'une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d'une telle loi ne peut protéger légalement l'habitat essentiel aux fins de l'article 58 que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d'un pouvoir discrétionnaire ministériel.

*L'article 35 de la Loi sur les pêches*

[126] Je m'appliquerai maintenant à examiner la *Loi sur les pêches* afin d'établir s'il est permis au ministre d'en invoquer les dispositions aux fins de l'article 58 de la LEP.

[127] Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Cependant, son paragraphe 35(2) permet au ministre d'autoriser la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson dans les circonstances qui selon lui le justifient. Les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent donc un moyen légal pour le ministre de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Autrement dit, le paragraphe 35(2) habilite le ministre à délivrer des permis autorisant des activités préjudiciables à l'habitat du poisson qui, non ainsi autorisées, enfreindraient le paragraphe 35(1) : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 49.



[128] The provision reads 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.

[129] In the Minister’s submission, it “is irrelevant” that subsection 35(2) allows for the alteration, disruption or destruction of fish habitat, since “the mere possibility of a future authorization can not negate the fact that s. 35(1) provides habitat protection”: appellant’s memorandum, at paragraph 51. He adds that “[a]lthough the Minister’s discretion under the *Fisheries Act* is generally very broad, where the Minister has relied on the protections provided by the *Fisheries Act* to meet the requirements of the SARA, that reliance will guide the exercise of discretion to ensure that critical habitat remains protected”: appellant’s memorandum, at paragraph 2.

[130] The Minister reads subsection 35(1) in isolation from subsection 35(2). However, both subsections are closely related and interdependent; they must be read and understood together. There is no dispute that the protection offered fish habitat under subsection 35(1) may be waived at the discretion of the Minister acting under subsection 35(2). Consequently, this provision cannot ensure that the critical habitat of endangered or threatened aquatic species is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA.

[131] The Minister—through his counsel—states that he intends not to use his discretion under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* to authorize the destruction of critical habitat. However, he does not explain how his intent can be legally enforced should he change his

[128] L’article 35 de la *Loi sur les pêches* se lit comme 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

[129] Selon le ministre, il [TRADUCTION] « est dénué de pertinence » que le paragraphe 35(2) permette la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson puisque [TRADUCTION] « la simple possibilité d’une autorisation future n’enlève rien au fait que le paragraphe 35(1) garantit la protection de cet habitat »; voir le paragraphe 51 du mémoire de l’appelant. [TRADUCTION] « S’il est vrai, ajoute-t-il, que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la *Loi sur les pêches* est en général très étendu, dans les cas où il aura invoqué les mécanismes de protection prévus dans cette loi pour remplir les exigences de la LEP, cet engagement guidera l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de manière à garantir la protection de l’habitat essentiel » : voir le paragraphe 2 du mémoire de l’appelant.

[130] Le ministre interprète le paragraphe 35(1) indépendamment du paragraphe 35(2). Or ces deux paragraphes sont interdépendants et étroitement liés; il faut les lire et les comprendre ensemble. Il n’est pas contesté que le ministre, en vertu du paragraphe 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit le paragraphe 35(1). Par conséquent, ce dernier paragraphe ne peut pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « [protégé] légalement » au sens de l’article 58 de la LEP.

[131] Le ministre fait valoir par la voix de son avocat qu’il a l’intention de s’abstenir d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’autoriser la destruction d’habitats essentiels que lui confère le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Cependant, il n’explique pas comment il

mind in the future for some presumably good reason; nor does he explain how his current intent would bind his successors. Intent not to use discretion is not legally enforceable. A mere intent does not ensure that critical habitat is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA.

*Section 36 of the Fisheries Act*

[132] Section 36 of the *Fisheries Act* is meant to prevent the pollution of water frequented by fish—which includes marine animals—by prohibiting any person from depositing deleterious substances of any type in such water or in any place under any conditions where the deleterious substances may enter such water. However, subsection 36(4) of the *Fisheries Act* allows for the deposit of wastes, pollutants and deleterious substances in such waters or places in a quantity or concentration and under the conditions authorized by regulation made by the Governor in Council under any Act of Parliament or under subsection 36(5) of the *Fisheries Act*.

[133] The pertinent provisions of section 36 of the *Fisheries Act* read as follows:

**36. ...**

Deposit of deleterious substance prohibited

(3) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where the deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of the deleterious substance may enter any such water.

Deposits authorized by regulation

(4) No person contravenes subsection (3) by depositing or permitting the deposit in any water or place of

serait possible d’obtenir juridiquement l’exécution de son intention dans le cas où il changerait plus tard d’avis pour un motif que nous supposons valable, ni non plus comment son intention actuelle lierait ses successeurs. L’intention de ne pas faire usage d’un pouvoir discrétionnaire n’est pas légalement contraignante. Une simple intention ne suffit pas à garantir que l’habitat essentiel sera « [protégé] légalement » au sens de l’article 58 de la LEP.

*L’article 36 de la Loi sur les pêches*

[132] L’article 36 de la *Loi sur les pêches* vise à prévenir la pollution des eaux où vivent des poissons — auxquels sont assimilés les autres animaux marins — en interdisant d’immerger ou de rejeter une substance nocive dans de telles eaux, ou en quelque autre lieu si le risque existe que cette substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux. Cependant, le paragraphe 36(4) de la même loi permet d’immerger ou de rejeter dans les eaux ou lieux en cause les déchets, polluants et substances nocives désignés par des règlements que le gouverneur en conseil aura pris en application de toute loi fédérale ou du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches*, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

[133] Les dispositions applicables de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont les suivantes :

**36. [...]**

(3) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d’immerger ou de rejeter une substance nocive — ou d’en permettre l’immersion ou le rejet — dans des eaux où vivent des poissons, ou en quelque autre lieu si le risque existe que la substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.

(4) Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d’immerger ou de rejeter :

Dépôt de substances nocives prohibé

Immersion permise par règlement

(a) waste or pollutant of a type, in a quantity and under conditions authorized by regulations applicable to that water or place made by the Governor in Council under any Act other than this Act; or

(b) a deleterious substance of a class, in a quantity or concentration and under conditions authorized by or pursuant to regulations applicable to that water or place or to any work or undertaking or class thereof, made by the Governor in Council under subsection (5).

Regulations  
for  
authorizing  
certain  
deposits

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

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

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

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

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

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

a) les déchets ou les polluants désignés par les règlements applicables aux eaux ou lieux en cause pris par le gouverneur en conseil en application d'une autre loi, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales, qui y sont fixées soient respectées;

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements applicables aux eaux ou lieux en cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe (5), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

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

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

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

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

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

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

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

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

[134] The principal regulations made under subsection 36(5) of the *Fisheries Act* are the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222, and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

[135] The *Metal Mining Effluent Regulations* allow the deposit of mining effluent that contain deleterious substances into waters frequented by fish insofar as (a) the concentration of the deleterious substance in the effluent does not exceed the authorized limits set out in the regulations; (b) the pH of the effluent is equal to or greater than 6.0 but is not greater than 9.5; and (c) the deleterious substance is not an acutely lethal effluent. The authorization is subject to numerous conditions set out in the Regulations and which concern in particular environmental effects monitoring, effluent monitoring, and reporting.

[136] The *Pulp and Paper Effluent Regulations* allow, for the purpose of paragraph 36(4)(b) of the *Fisheries Act*, the deposit in any water or place—up to certain prescribed maxima—of any matter that consumes oxygen dissolved in water and of suspended solids by

(a) the owner or operator of a pulp or paper mill: paragraph 6(1)(a) [as am. by SOR/2004-109, s. 2] and section 14 [as am. *idem*, s. 12; 2008-239, s. 3(E)];

(b) the owner or operator of a facility that treats effluent from a pulp or paper mill and who is specifically so authorized: subsection 6(2) [as am. by SOR/2004-109, s. 2], paragraphs 15(1)(c) [as am. *idem*, s. 12] and (d) [as am. *idem*], subsections 16(4) [as am. *idem*] and 18(1) [as am. *idem*, s. 14] and section 21;

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

[134] Les principaux règlements pris en application du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches* sont le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222, et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

[135] Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* permet le rejet d’effluents miniers contenant des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons si les conditions suivantes sont réunies : a) la concentration des substances nocives dans l’effluent ne dépasse pas les limites fixées dans ce règlement; b) le pH de l’effluent est égal ou supérieur à 6,0 mais ne dépasse pas 9,5; et c) la substance nocive n’est pas un effluent à létalité aiguë. L’autorisation de rejet est subordonnée à de nombreuses autres conditions que prévoit le Règlement, concernant en particulier les études de suivi des effets sur l’environnement, le suivi de l’effluent et l’établissement de rapports.

[136] Le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* permet, pour l’application de l’alinéa 36(4)(b) de la *Loi sur les pêches*, le rejet ou l’immersion dans des eaux ou en un autre lieu — selon des limites quantitatives déterminées — de matières qui consomment l’oxygène dissous dans l’eau et de matières en suspension par :

a) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers : alinéa 6(1)(a) [mod. par DORS/2004-109, art. 2] et article 14 [mod., *idem*, art. 12; 2008-239, art. 3(A)];

b) le propriétaire ou l’exploitant d’une installation qui traite l’effluent d’une fabrique de pâtes et papiers, si l’immersion ou le rejet est expressément autorisé : paragraphe 6(2) [mod. par DORS/2004-109, art. 2], alinéas 15(1)(c) [mod., *idem*, art. 12] et (d) [mod., *idem*], paragraphes 16(4) [mod., *idem*] et 18(1) [mod., *idem*, art. 14] et article 21;

(c) the owner and operator of a pulp or paper mill that treats waste water in addition to its own effluent, that commenced operations before November 3, 1971, and who is specifically so authorized: paragraphs 6(1)(b) [as am. *idem*, s. 2] and 15(1)(a) [as am. *idem*, s. 12], subsections 16(1) [as am. *idem*] and 18(1) [as am. *idem*, s. 14] and section 19 [as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 5(E)];

(d) the owner or operator of a pulp or paper mill that commenced operations before November 3, 1971, who has since that date treated effluent from the production of dissolving grade sulphite pulp, and who is specifically so authorized: paragraphs 6(1)(b) and 15(1)(b) [as am. *idem*, s. 4], subsections 16(2) [as am. by SOR/2004-109, s. 12] and 18(1), and section 20 [as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 6(E)];

(e) the Port Alberni Mill: sections 33 [as am. by SOR/2004-109, s. 18] and 34 [as am. *idem*].

There are also numerous conditions set out in the regulations concerning monitoring and reporting.

[137] The Federal Court Judge ruled that section 36 of the *Fisheries Act* could not be relied on by the Minister for the purposes of a protection statement under section 58 of the SARA. He based this ruling on his conclusion that though this section “prohibits the deposit of a deleterious substance into water frequented by fish [it] allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion”: reasons, at paragraph 325. I am unable to agree with that ruling.

[138] Compliance with subsection 36(3) of the *Fisheries Act* may not be waived by the Minister through a licence, permit or other authorization, nor may the Minister authorize derogations from the *Metal Mining Effluent Regulations* or the *Pulp and Paper Effluent Regulations*. Measures under this section and these regulations are legally enforceable and are not subject to ministerial discretion. This section and the regulations made under it thus provide for compulsory, non-discretionary and legally enforceable measures.

c) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers qui traite des eaux usées en plus de son propre effluent et qui a été mise en exploitation avant le 3 novembre 1971, sous réserve d’autorisation expresse : alinéas 6(1)(b) [mod., *idem*, art. 2] et 15(1)(a) [mod., *idem*, art. 12], paragraphes 16(1) [mod., *idem*] et 18(1) [mod., *idem*, art. 14], et article 19 [mod. *idem*, art. 15; 2008-239, art. 5(A)];

d) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers mise en exploitation avant le 3 novembre 1971 et qui traite l’effluent provenant de la production de pâte au bisulfite pour transformation chimique depuis cette date, sous réserve d’autorisation expresse : alinéas 6(1)(b) et 15(1)(b) [mod., *idem*, art. 4], paragraphes 16(2) [mod. par DORS/2004-109, art. 12] et 18(1), et article 20 [mod., *idem*, art. 15; 2008-239, art. 6(A)];

e) la fabrique de Port Alberni : articles 33 [mod. par DORS/2004-109, art. 18] et 34 [mod., *idem*].

Ce règlement prévoit aussi de nombreuses conditions relatives aux études de suivi et à l’établissement de rapports.

[137] Le juge de la Cour fédérale a statué qu’il n’était pas permis au ministre d’invoquer l’article 36 de la *Loi sur les pêches* aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’article 58 de la LEP, se fondant sur sa conclusion que cet article « interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais [...] prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire à la discrétion du Cabinet »; voir le paragraphe 325 des motifs. Je ne puis le suivre à cet égard.

[138] Le ministre ne peut permettre de dérogations au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations au *Règlement sur les effluents des mines de métaux* ou au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*. Les mesures prises sous le régime de ce paragraphe et de ces règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce paragraphe et ses dispositions réglementaires d’application garantissent donc



[139] Like most other regulatory provisions, regulations made under section 36 of the *Fisheries Act* may be adopted or amended from time to time. The fact a statutory provision or a regulatory provision may be eventually modified does not entail that it may not be relied upon by the Minister for the purposes of subsection 58(5) of the SARA. Were it otherwise, the Minister could rely on no statutory or regulatory provision. This is not what subsection 58(5) of the SARA provides. There is a fundamental difference between a non-discretionary and legally enforceable regulation and a discretionary ministerial licensing scheme.

[140] In a given case, the combined operation of section 36 of the *Fisheries Act* and of the regulations made under that section may afford protection from destruction for critical habitat. Indeed, the limits set out in the *Metal Mining Effluent Regulations* and the *Pulp and Paper Effluent Regulations* are legally enforceable and may, in appropriate circumstances, be viewed as protecting critical habitat. Where this is the case, section 36 and its regulations may afford a particular endangered or threatened species the legal protection mandated by section 58 of the SARA. In such appropriate cases, these provisions may be relied upon as ensuring that critical habitat is “legally protected” under section 58 of the SARA. Consequently, in appropriate circumstances, section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations may be relied upon in a protection statement made under paragraph 58(5)(b) of the SARA.

[141] However, in this case, there is no evidence in the record before this Court showing whether the pollution controls set out in these regulations protect from destruction the critical habitat of the concerned killer whale populations. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court Judge could have determined whether the Minister’s reliance on section 36 of the *Fisheries Act* could have been

des mesures obligatoires, non discrétionnaires et légalement contraignantes.

[139] Comme la plupart des autres dispositions réglementaires, les dispositions d’application de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont adoptées selon les besoins et peuvent être modifiées s’il y a lieu. Le fait qu’une disposition légale ou réglementaire risque d’être un jour ou l’autre modifiée n’a pas pour conséquence d’interdire au ministre de l’invoquer pour l’application du paragraphe 58(5) de la LEP. S’il en allait autrement, le ministre ne pourrait invoquer aucune disposition légale ou réglementaire. Ce n’est pas là ce que prévoit le paragraphe 58(5). Il y a une différence fondamentale entre une réglementation non discrétionnaire et légalement contraignante, et un système discrétionnaire d’autorisation ministérielle.

[140] Il peut arriver que l’effet conjugué de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application garantisse la protection de l’habitat essentiel contre la destruction. En effet, les limites fixées dans le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* sont légalement contraignantes et peuvent, quand les conditions nécessaires sont réunies, être considérés comme protégeant l’habitat essentiel. Si ces conditions sont remplies, l’article 36 et ses règlements d’application peuvent assurer à une espèce déterminée en voie de disparition ou menacée la protection légale qu’exige l’article 58 de la LEP, et il est permis de les invoquer comme garanties que l’habitat essentiel est « [protégé] légalement » sous le régime de cet article. Par conséquent, lorsque les circonstances le justifient, il est permis d’invoquer ledit article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application dans une déclaration de protection établie sous le régime de l’alinéa 58(5)b) de la LEP.

[141] Cependant, dans la présente affaire, aucun élément du dossier dont dispose notre Cour ne tend à répondre à la question de savoir si les mécanismes anti-pollution prévus par ces règlements protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause. Par conséquent, il n’y avait rien dans la présente affaire sur quoi le juge de la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si le ministre aurait eu la faculté

justified in light of the provisions of section 58 of the SARA.

[142] Consequently, to the extent that the Federal Court Judge's declaration impedes the Minister from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations for the purposes of a protection statement made under paragraph 58(1)(b) of the SARA, it cannot stand. However, in light of the evidentiary record before us and the nature of these proceedings, we need not decide if the Minister's reliance on this provision met the requirements of section 58 of the SARA in this case.

#### *The regulation of fisheries*

[143] In the Killer Whales Protection Statement, the Minister relied on the existing fishery management scheme adopted under the *Fisheries Act*. The Minister submits that the existing salmon fishery management scheme offers adequate protection to ensure the availability of salmon prey for the concerned killer whale populations.

[144] In his memorandum, the Minister cites, for this purpose, section 22 of the *Fishery (General) Regulations*; sections 51 to 60 [s. 58 (as am. by SOR/2010-270, s. 11)] and Schedule VI of the *Pacific Fisheries Regulations, 1993*, SOR/93-54; and sections 42 to 50 [ss. 45 (as am. by SOR/2001-156, s. 10(E)), 46 (as am. by SOR/2002-380, s. 7(E)), 48 (as am. by SOR/2001-156, s. 11), 49 (as am. by SOR/2002-380, s. 8(E))] and Schedule VI of the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, SOR/96-137. These regulations, in the Minister's view, are measures taken under an Act of Parliament which "legally protect" critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA.

[145] Section 22 of the *Fishery (General) Regulations* empowers the Minister to specify, at his discretion, licence conditions for the proper management and control of fisheries and for the conservation and protection of fish. Sections 51 to 60 and Schedule VI of the *Pacific*

d'invoquer l'article 36 de la *Loi sur les pêches* dans le cadre des dispositions de l'article 58 de la LEP.

[142] En conséquence, dans la mesure où elle interdit au ministre d'invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l'article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application aux fins de l'établissement d'une déclaration de protection sous le régime de l'alinéa 58(1)b) de la LEP, la conclusion déclaratoire du juge de la Cour fédérale ne peut être confirmée. Cependant, étant donné la preuve produite devant notre Cour et la nature de la présente instance, nous n'avons pas à décider si l'article 58 de la LEP permettait en l'occurrence au ministre d'invoquer cet article de la *Loi sur les pêches*.

#### *La réglementation des pêches*

[143] Le ministre a invoqué dans la déclaration de protection visant les épaulards le système existant de gestion des pêches adopté dans le cadre de la *Loi sur les pêches*. Il soutient que le système existant de gestion de la pêche au saumon suffit à assurer la disponibilité du saumon comme proie pour les populations d'épaulards en question.

[144] Le ministre cite dans son mémoire, à l'appui de cette affirmation, l'article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*; les articles 51 à 60 [art. 58 (mod. par DORS/2010-270, art. 11)] et l'annexe VI du *Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/94-54; ainsi que les articles 42 à 50 [art. 45 (mod. par DORS/2001-156, art. 10(A)), 46 (mod. par DORS/2002-380, art. 7(A)), 48 (mod. par DORS/2001-156, art. 11), 49 (mod. par DORS/2002-380, art. 8(A))] et l'annexe VI du *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137. Ces dispositions réglementaires, selon le ministre, constituent des mesures prises sous le régime d'une loi fédérale qui « prot[è]ge[n]t légalement » l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP.

[145] L'article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* confère au ministre le pouvoir d'assortir à son gré les permis de conditions visant à assurer une gestion et une surveillance judicieuses des pêches, ainsi que la conservation et la protection du poisson. Les

*Fisheries Regulations, 1993*, and sections 42 to 50 and Schedule VI of the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996* respectively outline a management regime for commercial and sports salmon fisheries in Pacific Ocean waters and in British Columbia.

[146] The Minister's reliance on these regulations is misguided. These regulations do not seek to prohibit the destruction of salmon prey as an element of critical habitat. Rather, they provide the framework for the management of the Pacific salmon fisheries under a highly discretionary ministerial licensing scheme.

[147] Subsection 7(1) of the *Fisheries Act* gives the Minister "absolute discretion" to issue fishing licences, while paragraph 22(1)(a) of the *Fishery (General) Regulations* allows the Minister to specify in a licence the quantities of fish that are permitted to be taken. These are very broad discretionary powers: *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), at paragraph 37.

[148] This Court should not approve the substitution of the non-discretionary and compulsory critical habitat protection scheme of section 58 of the SARA by the discretionary fisheries management scheme established under the *Fisheries Act* and its regulations.

[149] The protection of critical habitat should not be confused with the management of critical habitat. The SARA calls for both the protection of critical habitat under section 58 and for management measures to ensure the recovery of that habitat through action plans and other methods.

[150] As held in *Environmental Defence*, critical habitat connotes both a location—in this case the areas identified in the recovery strategy and illustrated in the maps attached to these reasons—and the attributes of that location—in this case the availability of salmon

articles 51 à 60 et l'annexe VI du *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* définissent un régime de gestion de la pêche commerciale au saumon dans le Pacifique, et les articles 42 à 50 et l'annexe VI du *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique* font de même pour la pêche sportive au saumon en Colombie-Britannique.

[146] Le ministre n'est pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires. Ces dispositions n'ont pas pour objet d'interdire la destruction du saumon en tant que proie de l'espèce en péril et élément de son habitat essentiel. Elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d'un système d'autorisation ministérielle hautement discrétionnaire.

[147] Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* dispose que le ministre peut « à discrétion » délivrer des permis de pêche, et l'alinéa 22(1)a) du *Règlement de pêche (dispositions générales)* l'habilite à spécifier sur de tels permis les quantités de poissons qui peuvent être prises. Ce sont là des pouvoirs discrétionnaires très étendus : voir *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; et *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), au paragraphe 37.

[148] Notre Cour ne peut avaliser le remplacement du régime non discrétionnaire et obligatoire de protection de l'habitat essentiel que définit l'article 58 de la LEP par le système discrétionnaire de gestion des pêches établi dans le cadre de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application.

[149] Il faut éviter de confondre la protection et la gestion de l'habitat essentiel. La LEP exige à la fois la protection de l'habitat essentiel dans le cadre de son article 58 et la prise de mesures de gestion propres à assurer le rétablissement de cet habitat, par exemple sous la forme de plans d'action.

[150] Comme il a été posé en principe dans l'arrêt *Environmental Defence*, la notion d'habitat essentiel recouvre aussi bien un espace géographique — en l'occurrence les zones définies dans le programme de rétablissement et représentées sur les cartes ci-annexées

prey in those areas. Section 58 requires that the salmon prey in those identified areas be protected from destruction. SARA also requires that management measures be taken outside those areas to ensure the recovery of that critical habitat, i.e. improving the availability of salmon prey in the areas. These management measures can be provided for in action plans under sections 47 to 54 [s. 49 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 22)] of the SARA or through licence conditions adopted under section 75 of the SARA.

[151] Though the Minister is justified to pursue management measures to improve salmon prey availability for the concerned killer whale populations, he cannot use these management measures as a substitute for the mandatory protection of such prey within the critical habitat areas identified in the recovery strategy, as required under section 58 of the SARA.

### Conclusions

[152] For the reasons set out above, declaration 1(d) found in the judgment of the Federal Court Judge should be upheld save insofar as, for the purposes of section 58 of the SARA, it impedes the Minister from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and the regulations adopted under that section. I would therefore allow this appeal to that extent only, and consequently quash in part declaration 1(d) of the Federal Court's judgment. Giving the judgment which should have been given, I would therefore replace that declaration with the following:

Ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the *Species at Risk Act*, and it was unlawful for the Minister to have cited provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement where such provisions are subject to ministerial discretion.

— que les caractéristiques de cet espace — en l'occurrence la disponibilité de saumon comme proie dans ces zones. L'article 58 exige que soit protégé contre la destruction le saumon pouvant servir de proie à l'espèce en péril dans ces zones désignées. La LEP exige aussi la prise de mesures de gestion à l'extérieur de ces zones afin d'assurer le rétablissement de l'habitat essentiel, c'est-à-dire d'accroître la disponibilité du saumon comme proie dans lesdites zones. Ces mesures de gestion peuvent revêtir la forme de plans d'action dressés en application des articles 47 à 54 [art. 49 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 22)] de la LEP, ou de l'adjonction, en vertu de son article 75, de conditions aux autorisations ministérielles.

[151] Quoique le ministre soit fondé de prendre des mesures de gestion propres à accroître la disponibilité de saumon comme proie pour les populations d'épaulards en question, ces mesures ne sont pas des substituts à la protection légalement contraignante dont doit bénéficier cette proie dans les limites des aires de l'habitat essentiel désignées par le programme de rétablissement, tel que l'exige l'article 58 de la LEP.

### Conclusions

[152] Pour ces motifs, la conclusion déclaratoire 1d) formulée dans le jugement du juge de la Cour fédérale devrait être confirmée sauf dans la mesure où, pour l'application de l'article 58 de la LEP, elle interdirait au ministre d'invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l'article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application. En conséquence, j'accueillerais le présent appel sous ce seul rapport et j'annulerais partiellement la conclusion déclaratoire susdite, laquelle, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je remplacerais par la suivante :

Le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril*, et il était illégal de la part du ministre de citer dans la déclaration de protection visant les épaulards des dispositions de la *Loi sur les pêches* pour autant qu'elles sont tributaires dudit pouvoir discrétionnaire ministériel.

[153] The respondents have been largely successful in this appeal. I would therefore award costs to the respondents.

NADON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[153] Les intimés ayant en grande partie obtenu gain de cause dans le présent appel, je leur accorderais les dépens.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### APPENDIX A

Pertinent provisions of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29

Preamble

Recognizing that

Canada's natural heritage is an integral part of our national identity and history,

wildlife, in all its forms, has value in and of itself and is valued by Canadians for aesthetic, cultural, spiritual, recreational, educational, historical, economic, medical, ecological and scientific reasons,

Canadian wildlife species and ecosystems are also part of the world's heritage and the Government of Canada has ratified the United Nations Convention on the Conservation of Biological Diversity,

providing legal protection for species at risk will complement existing legislation and will, in part, meet Canada's commitments under that Convention,

the Government of Canada is committed to conserving biological diversity and to the principle that, if there are threats of serious or irreversible damage to a wildlife species, cost-effective measures to prevent the reduction or loss of the species should not be postponed for a lack of full scientific certainty,

...

#### ANNEXE A

Dispositions pertinentes de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29

Attendu :

Préambule

que le patrimoine naturel du Canada fait partie intégrante de notre identité nationale et de notre histoire;

que les espèces sauvages, sous toutes leurs formes, ont leur valeur intrinsèque et sont appréciées des Canadiens pour des raisons esthétiques, culturelles, spirituelles, récréatives, éducatives, historiques, économiques, médicales, écologiques et scientifiques;

que les espèces sauvages et les écosystèmes du Canada font aussi partie du patrimoine mondial et que le gouvernement du Canada a ratifié la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique;

que l'attribution d'une protection juridique aux espèces en péril complétera les textes législatifs existants et permettra au Canada de respecter une partie des engagements qu'il a pris aux termes de cette convention;

que le gouvernement du Canada s'est engagé à conserver la diversité biologique et à respecter le principe voulant que, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à une espèce sauvage, le manque de certitude scientifique ne soit pas prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance;

[...]



	knowledge of wildlife species and ecosystems is critical to their conservation,	que la connaissance des espèces sauvages et des écosystèmes est essentielle à leur conservation;	
	the habitat of species at risk is key to their conservation	que l'habitat des espèces en péril est important pour leur conservation;	
	...	[...]	
Definitions	<b>2.</b> (1) The definitions in this subsection apply in this Act.	<b>2.</b> (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.	Définitions
	...		
"aquatic species" « espèce aquatique »	"aquatic species" means a wildlife species that is a fish, as defined in section 2 of the <i>Fisheries Act</i> , or a marine plant, as defined in section 47 of that Act.	« espèce aquatique » Espèce sauvage de poissons, au sens de l'article 2 de la <i>Loi sur les pêches</i> , ou de plantes marines, au sens de l'article 47 de cette loi.	« espèce aquatique » "aquatic species"
	...		
"competent minister" « ministre compétent »	"competent minister" means (a) the Minister responsible for the Parks Canada Agency with respect to individuals in or on federal lands administered by that Agency;  (b) the Minister of Fisheries and Oceans with respect to aquatic species, other than individuals mentioned in paragraph (a); and  (c) the Minister of the Environment with respect to all other individuals.	« espèce disparue du pays » Espèce sauvage qu'on ne trouve plus à l'état sauvage au Canada, mais qu'on trouve ailleurs à l'état sauvage.  « espèce en péril » Espèce sauvage disparue du pays, en voie de disparition, menacée ou préoccupante.  « espèce en voie de disparition » Espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète.  « espèce menacée » 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.	« espèce disparue du pays » "extirpated species"  « espèce en péril » "species at risk"  « espèce en voie de disparition » "endangered species"  « espèce menacée » "threatened species"
	...		
"critical habitat" « habitat essentiel »	"critical habitat" means the habitat that is necessary for the survival or recovery of a listed wildlife species and that is identified as the species' critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.	« espèce préoccupante » Espèce sauvage qui peut devenir une espèce menacée ou une espèce en voie de disparition par l'effet cumulatif de ses caractéristiques biologiques et des menaces signalées à son égard.	« espèce en voie de disparition » "endangered species"  « espèce menacée » "threatened species"  « espèce préoccupante » "species of special concern"
	...		
"endangered species" « espèce en voie de disparition »	"endangered species" means a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction.	[...]	
	...		
"extirpated species" « espèce disparue du pays »	"extirpated species" means a wildlife species that no longer exists in the wild in Canada, but exists elsewhere in the wild.	« habitat » a) S'agissant d'une espèce aquatique, les frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont sa survie dépend, directement ou indirectement, ou aires où elle s'est déjà trouvée et où il est possible de la réintroduire;	« habitat » "habitat"

“habitat” « <i>habitat</i> »	<p>“habitat” means</p> <p>(a) in respect of aquatic species, spawning grounds and nursery, rearing, food supply, migration and any other areas on which aquatic species depend directly or indirectly in order to carry out their life processes, or areas where aquatic species formerly occurred and have the potential to be reintroduced; and</p> <p>(b) in respect of other wildlife species, the area or type of site where an individual or wildlife species naturally occurs or depends on directly or indirectly in order to carry out its life processes or formerly occurred and has the potential to be reintroduced.</p>	<p>b) s’agissant de toute autre espèce sauvage, l’aire ou le type d’endroit où un individu ou l’espèce se trouvent ou dont leur survie dépend directement ou indirectement ou se sont déjà trouvés, et où il est possible de les réintroduire.</p>	[...]	
			<p>« habitat essentiel » 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.</p>	« habitat essentiel » “critical habitat”
			[...]	
			« ministre » Le ministre de l’Environnement.	« ministre » “Minister”
“Minister” « <i>ministre</i> »	“Minister” means the Minister of the Environment.			
			« ministre compétent »	« ministre compétent » “competent minister”
“residence” « <i>résidence</i> »	<p>“residence” means a dwelling-place, such as a den, nest or other similar area or place, that is occupied or habitually occupied by one or more individuals during all or part of their life cycles, including breeding, rearing, staging, wintering, feeding or hibernating.</p>	<p>a) En ce qui concerne les individus présents dans les parties du territoire domanial dont la gestion relève de l’Agence Parcs Canada, le ministre responsable de celle-ci;</p>		
		<p>b) en ce qui concerne les espèces aquatiques dont les individus ne sont pas visés par l’alinéa a), le ministre des Pêches et des Océans;</p>		
		<p>c) en ce qui concerne tout autre individu, le ministre de l’Environnement.</p>	[...]	
“species at risk” « <i>espèce en péril</i> »	<p>“species at risk” means an extirpated, endangered or threatened species or a species of special concern.</p>			
“species of special concern” « <i>espèce préoccupante</i> »	<p>“species of special concern” means a wildlife species that may become a threatened or an endangered species because of a combination of biological characteristics and identified threats.</p>	<p>« résidence » Gîte — terrier, nid ou autre aire ou lieu semblable — occupé ou habituellement occupé par un ou plusieurs individus pendant tout ou partie de leur vie, notamment pendant la reproduction, l’élevage, les haltes migratoires, l’hivernage, l’alimentation ou l’hibernation.</p>	[...]	« résidence » “residence”
“threatened species” « <i>espèce menacée</i> »	<p>“threatened species” means 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.</p>			

Competent minister	(3) A reference to a competent minister in any provision of this Act is to be read as a reference to the competent minister in respect of the wildlife species, or the individuals of the wildlife species, to which the provision relates.	(3) La mention de ministre compétent dans une disposition de la présente loi vaut celle du ministre compétent à l'égard d'une espèce sauvage, ou des individus d'une telle espèce, auxquels la disposition s'applique.	Ministre compétent
	...	[...]	
Binding on Her Majesty	5. This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.	5. La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.	Obligation de Sa Majesté
	...	[...]	
Purposes	6. The purposes of this Act are to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct, to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity and to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened.	6. La présente loi vise à prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées.	Objet
	...	[...]	
Responsibility of Minister	8. (1) The Minister is responsible for the administration of this Act, except in so far as this Act gives responsibility to another minister.	8. (1) Sous réserve des dispositions de la présente loi conférant une responsabilité particulière à un autre ministre, le ministre est responsable de l'application de la présente loi.	Responsabilité du ministre
	...	[...]	
Conservation agreements — species at risk	11. (1) A competent minister may, after consultation with every other competent minister, and with the Canadian Endangered Species Conservation Council or any of its members if he or she considers it appropriate to do so, enter into a conservation agreement with any government in Canada, organization or person to benefit a species at risk or enhance its survival in the wild.	11. (1) Après consultation de tout autre ministre compétent et, s'il l'estime indiqué, du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril ou de tout membre de celui-ci, le ministre compétent peut conclure avec un gouvernement au Canada, une organisation ou une personne un accord de conservation qui est bénéfique pour une espèce en péril ou qui améliore ses chances de survie à l'état sauvage.	Accord de conservation : espèce en péril
Contents	(2) The agreement must provide for the taking of conservation measures and any other measures consistent with the purposes of this Act, and may include measures with respect to	(2) L'accord doit prévoir des mesures de conservation et d'autres mesures compatibles avec l'objet de la présente loi, et peut prévoir des mesures en ce qui concerne :	Contenu de l'accord
	(a) monitoring the status of the species;	a) le suivi de la situation de l'espèce;	
	(b) developing and implementing education and public awareness programs;	b) l'élaboration et la mise en oeuvre de programmes d'éducation et de sensibilisation du public;	

	(c) developing and implementing recovery strategies, action plans and management plans;	c) l'élaboration et la mise en oeuvre de programmes de rétablissement, de plans d'action et de plans de gestion;	
	(d) protecting the species' habitat, including its critical habitat; or	d) la protection de l'habitat de l'espèce, notamment son habitat essentiel;	
	(e) undertaking research projects in support of recovery efforts for the species.	e) la mise sur pied de projets de recherche visant à favoriser le rétablissement de l'espèce.	
	...	[...]	
Killing, harming, etc., listed wildlife species	<b>32.</b> (1) No person shall kill, harm, harass, capture or take an individual of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species.	<b>32.</b> (1) Il est interdit de tuer un individu d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre.	Abattage, harcèlement, etc.
Possession, collection, etc.	(2) No person shall possess, collect, buy, sell or trade an individual of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species, or any part or derivative of such an individual.	(2) Il est interdit de posséder, de collectionner, d'acheter, de vendre ou d'échanger un individu — notamment partie d'un individu ou produit qui en provient — d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée.	Possession, achat, etc.
Deeming	(3) For the purposes of subsection (2), any animal, plant or thing that is represented to be an individual, or a part or derivative of an individual, of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species is deemed, in the absence of evidence to the contrary, to be such an individual or a part or derivative of such an individual.	(3) Pour l'application du paragraphe (2), tout animal, toute plante ou toute chose présentée comme un individu — notamment partie d'un individu ou produit qui en provient — d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée est réputée, sauf preuve contraire, être tel individu, telle partie ou tel produit.	Présomption
Damage or destruction of residence	<b>33.</b> No person shall damage or destroy the residence of one or more individuals of a wildlife species that is listed as an endangered species or a threatened species, or that is listed as an extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada.	<b>33.</b> Il est interdit d'endommager ou de détruire la résidence d'un ou de plusieurs individus soit d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée, soit d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada.	Endommagement ou destruction de la résidence
	...	[...]	
Preparation — endangered or threatened species	<b>37.</b> (1) If a wildlife species is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species, the competent minister must prepare a strategy for its recovery.	<b>37.</b> (1) Si une espèce sauvage est inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée, le ministre compétent est tenu d'élaborer un programme de rétablissement à son égard.	Élaboration
	...	[...]	

Commitments to be considered

**38.** In preparing a recovery strategy, action plan or management plan, the competent minister must consider the commitment of the Government of Canada to conserving biological diversity and to the principle that, if there are threats of serious or irreversible damage to the listed wildlife species, cost-effective measures to prevent the reduction or loss of the species should not be postponed for a lack of full scientific certainty.

...

Contents if recovery feasible

**41.** (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

(a) a description of the species and its needs that is consistent with information provided by COSEWIC;

(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;

(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.1) a schedule of studies to identify critical habitat, where available information is inadequate;

(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;

(e) any other matters that are prescribed by the regulations;

**38.** Pour l'élaboration d'un programme de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance.

[...]

**41.** (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 :

a) une description de l'espèce et de ses besoins qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC;

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) 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) un calendrier des études visant à désigner l'habitat essentiel lorsque l'information accessible est insuffisante;

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) tout autre élément prévu par règlement;

Engagements applicables

Rétablissement réalisable



	(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.	
	...	[...]	
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
Comments	<b>43.</b> (1) Within 60 days after the proposed recovery strategy is included in the public registry, any person may file written comments with the competent minister.	<b>43.</b> (1) Dans les soixante jours suivant la mise du projet dans le registre, toute personne peut déposer par écrit auprès du ministre compétent des observations relativement au projet.	Observations
Finalization of recovery strategy	(2) Within 30 days after the expiry of the period referred to in subsection (1), the competent minister must consider any comments received, make any changes to the proposed recovery strategy that he or she considers appropriate and finalize the recovery strategy by including a copy of it in the public registry.	(2) Dans les trente jours suivant la fin du délai prévu au paragraphe (1), le ministre compétent étudie les observations qui lui ont été présentées, apporte au projet les modifications qu'il estime indiquées et met le texte définitif du programme de rétablissement dans le registre.	Texte définitif du programme de rétablissement
	...	[...]	
Reporting	<b>46.</b> The competent minister must report on the implementation of the recovery strategy, and the progress towards meeting its objectives, within five years after it is included in the public registry and in every subsequent five-year period, until its objectives have been achieved or the species' recovery is no longer feasible. The report must be included in the public registry.	<b>46.</b> Il incombe au ministre compétent d'établir un rapport sur la mise en œuvre du programme de rétablissement et sur les progrès effectués en vue des objectifs qu'il expose, à intervalles de cinq ans à compter de sa mise dans le registre, et ce, jusqu'à ce que ces objectifs soient atteints ou que le rétablissement de l'espèce ne soit plus réalisable. Il met son rapport dans le registre.	Suivi

	<i>Action Plan</i>	<i>Plan d'action</i>	
Preparation	<p><b>47.</b> The competent minister in respect of a recovery strategy must prepare one or more action plans based on the recovery strategy. If there is more than one competent minister with respect to the recovery strategy, they may prepare the action plan or plans together.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>47.</b> Le ministre compétent responsable d'un programme de rétablissement est tenu d'élaborer un ou plusieurs plans d'action sur le fondement de celui-ci. Si plusieurs ministres compétents sont responsables du programme, les plans d'action peuvent être élaborés conjointement par eux.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Élaboration
Contents	<p><b>49.</b> (1) An action plan must include, with respect to the area to which the action plan relates,</p> <p>(a) an identification of the species' critical habitat, to the extent possible, based on the best available information and consistent with the recovery strategy, and examples of activities that are likely to result in its destruction;</p> <p>(b) a statement of the measures that are proposed to be taken to protect the species' critical habitat, including the entering into of agreements under section 11;</p> <p>(c) an identification of any portions of the species' critical habitat that have not been protected;</p> <p>(d) a statement of the measures that are to be taken to implement the recovery strategy, including those that address the threats to the species and those that help to achieve the population and distribution objectives, as well as an indication as to when these measures are to take place;</p> <p>(d.1) the methods to be used to monitor the recovery of the species and its long-term viability;</p> <p>(e) an evaluation of the socio-economic costs of the action plan and the benefits to be derived from its implementation; and</p> <p>(f) any other matters that are prescribed by the regulations.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>49.</b> (1) Le plan d'action comporte notamment, en ce qui concerne l'aire à laquelle il s'applique :</p> <p>a) la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible et d'une façon compatible avec le programme de rétablissement, et des exemples d'activités susceptibles d'entraîner sa destruction;</p> <p>b) un exposé des mesures envisagées pour protéger l'habitat essentiel de l'espèce, notamment la conclusion d'accords en application de l'article 11;</p> <p>c) la désignation de toute partie de l'habitat essentiel de l'espèce qui n'est pas protégée;</p> <p>d) un exposé des mesures à prendre pour mettre en oeuvre le programme de rétablissement, notamment celles qui traitent des menaces à la survie de l'espèce et celles qui aident à atteindre les objectifs en matière de population et de dissémination, ainsi qu'une indication du moment prévu pour leur exécution;</p> <p>d.1) les méthodes à utiliser pour surveiller le rétablissement de l'espèce et sa viabilité à long terme;</p> <p>e) l'évaluation des répercussions socioéconomiques de sa mise en oeuvre et des avantages en découlant;</p> <p>f) tout autre élément prévu par règlement.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Contenu du plan d'action

Monitoring and reporting	<p><b>55.</b> The competent minister must monitor the implementation of an action plan and the progress towards meeting its objectives and assess and report on its implementation and its ecological and socio-economic impacts five years after the plan comes into effect. A copy of the report must be included in the public registry.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>55.</b> Cinq ans après la mise du plan d'action dans le registre, il incombe au ministre compétent d'assurer le suivi de sa mise en oeuvre et des progrès réalisés en vue de l'atteinte de ses objectifs. Il l'évalue et établit un rapport, notamment sur ses répercussions écologiques et socioéconomiques. Il met une copie de son rapport dans le registre.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Suivi et rapport
Purpose	<p><b>57.</b> 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</p> <p>(a) provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or</p> <p>(b) the application of subsection 58(1).</p>	<p><b>57.</b> 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 :</p> <p>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;</p> <p>b) soit par l'application du paragraphe 58(1).</p>	Objet
Destruction of critical habitat	<p><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</p> <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><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 :</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>	Destruction de l'habitat essentiel
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</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</p>	Zone de protection

	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.	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.	
Application	(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> .	(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.	Application
Application	(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.	(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.	Application
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.	(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.	Obligation : arrêté ou déclaration
	...	[...]	
Powers of competent minister	<b>73.</b> (1) The competent minister may enter into an agreement with a person, or issue a permit to a person, authorizing the person to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals.	<b>73.</b> (1) Le ministre compétent peut conclure avec une personne un accord l'autorisant à exercer une activité touchant une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus, ou lui délivrer un permis à cet effet.	Pouvoirs du ministre compétent

Purpose	<p>(2) The agreement may be entered into, or the permit issued, only if the competent minister is of the opinion that</p> <p>(a) the activity is scientific research relating to the conservation of the species and conducted by qualified persons;</p> <p>(b) the activity benefits the species or is required to enhance its chance of survival in the wild; or</p> <p>(c) affecting the species is incidental to the carrying out of the activity.</p>	<p>(2) Cette activité ne peut faire l'objet de l'accord ou du permis que si le ministre compétent estime qu'il s'agit d'une des activités suivantes :</p> <p>a) des recherches scientifiques sur la conservation des espèces menées par des personnes compétentes;</p> <p>b) une activité qui profite à l'espèce ou qui est nécessaire à l'augmentation des chances de survie de l'espèce à l'état sauvage;</p> <p>c) une activité qui ne touche l'espèce que de façon incidente.</p>	Activités visées
Pre-conditions	<p>(3) The agreement may be entered into, or the permit issued, only if the competent minister is of the opinion that</p> <p>(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species have been considered and the best solution has been adopted;</p> <p>(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species or its critical habitat or the residences of its individuals; and</p> <p>(c) the activity will not jeopardize the survival or recovery of the species.</p>	<p>(3) Le ministre compétent ne conclut l'accord ou ne délivre le permis que s'il estime que :</p> <p>a) toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'espèce ont été envisagées et la meilleure solution retenue;</p> <p>b) toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'espèce, son habitat essentiel ou la résidence de ses individus;</p> <p>c) l'activité ne mettra pas en péril la survie ou le rétablissement de l'espèce.</p>	Conditions préalables
Explanation in public registry	<p>(3.1) If an agreement is entered into or a permit is issued, the competent minister must include in the public registry an explanation of why it was entered into or issued, taking into account the matters referred to in paragraphs (3)(a), (b) and (c).</p>	<p>(3.1) Si un accord est conclu ou un permis délivré, le ministre compétent met dans le registre les raisons pour lesquelles l'accord a été conclu ou le permis délivré, compte tenu des considérations mentionnées aux alinéas (3)a) à c).</p>	Raisons dans le registre
Terms and conditions	<p>(6) The agreement or permit must contain any terms and conditions governing the activity that the competent minister considers necessary for protecting the species, minimizing the impact of the authorized activity on the species or providing for its recovery.</p>	<p>(6) Le ministre compétent assortit l'accord ou le permis de toutes les conditions — régissant l'exercice de l'activité — qu'il estime nécessaires pour assurer la protection de l'espèce, minimiser les conséquences négatives de l'activité pour elle ou permettre son rétablissement.</p>	Conditions
Review of agreements and permits	<p>(7) The competent minister must review the agreement or permit if an emergency order is made with respect to the species.</p>	<p>(7) Le ministre compétent est tenu de réviser l'accord ou le permis si un décret d'urgence est pris à l'égard de l'espèce.</p>	Révision des accords et permis



Amendments of agreements and permits	(8) The competent minister may revoke or amend an agreement or a permit to ensure the survival or recovery of a species.	(8) Il peut révoquer ou modifier l'accord ou le permis au besoin afin d'assurer la survie ou le rétablissement d'une espèce.	Modification des accords et permis
Maximum term	(9) No agreement may be entered into for a term longer than five years and no permit may be issued for a term longer than three years.	(9) La durée maximale de validité d'un permis est de trois ans et celle d'un accord, de cinq ans.	Durée de validité
...		[...]	
Competent minister acting under other Acts	<p>74. An agreement, permit, licence, order or other similar document authorizing a person or organization to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals that is entered into, issued or made by the competent minister under another Act of Parliament has the same effect as an agreement or permit under subsection 73(1) if</p> <p>(a) before it is entered into, issued or made, the competent minister is of the opinion that the requirements of subsections 73(2) to (6) and (9) are met; and</p> <p>(b) after it is entered into, issued or made, the competent minister complies with the requirements of subsection 73(7).</p>	<p>74. A le même effet qu'un accord ou permis visé au paragraphe 73(1) tout accord, tout permis, toute licence ou tout arrêté — ou autre document semblable — conclu, délivré ou pris par le ministre compétent en application d'une autre loi fédérale et ayant pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité touchant une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus, si :</p> <p>a) avant la conclusion, la délivrance ou la prise, le ministre compétent estime que les exigences des paragraphes 73(2) à (6) et (9) sont remplies;</p> <p>b) après la conclusion, la délivrance ou la prise, le ministre compétent se conforme aux exigences du paragraphe 73(7).</p>	Autres lois fédérales : ministres compétents
Adding terms and conditions	<p>75. (1) A competent minister may add terms and conditions to protect a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals to any agreement, permit, licence, order or other similar document authorizing a person to engage in an activity affecting the species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals that is entered into, issued or made by the competent minister under another Act of Parliament.</p>	<p>75. (1) Le ministre compétent peut ajouter des conditions visant la protection d'une espèce sauvage inscrite, de tout élément de son habitat essentiel ou de la résidence de ses individus à tout accord, tout permis, toute licence ou tout arrêté — ou autre document semblable — conclu, délivré ou pris par lui en application d'une autre loi fédérale et ayant pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité touchant l'espèce, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus.</p>	Adjonctions de conditions
Amending terms and conditions	(2) A competent minister may also revoke or amend any term or condition in any of those documents to protect a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals.	(2) Il peut aussi annuler ou modifier les conditions d'un tel document pour protéger une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus.	Modification de conditions

Treaties and  
land claims  
agreements

(3) The competent minister must take into account any applicable provisions of treaty and land claims agreements when carrying out his or her powers under this section.

(3) Pour l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu du présent article, le ministre compétent prend en compte les dispositions applicables des traités et des accords sur des revendications territoriales.

Traités et  
accords sur  
les  
revendica-  
tions  
territoriales

...

[...]

Licences,  
permits,  
etc., under  
other Acts  
of  
Parliament

77. (1) Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wild-life species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

77. (1) Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

Permis  
prévus par  
une autre loi  
fédérale

(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and

a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

Application  
of section  
58

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

Application  
de  
l'interdiction

...

[...]

General  
exception

83. (1) Subsections 32(1) and (2), section 33, subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1), regulations made under section 53, 59 or 71 and emergency orders do not apply to a person who is engaging in

83. (1) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1), les règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 et les décrets d'urgence ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités :

Exceptions  
générales

(a) activities related to public safety, health or national security, that are authorized by or under any other Act of Parliament or activities under the *Health of Animals Act* and the *Plant Protection Act* for the health of animals and plants; or

a) en matière soit de sécurité ou de santé publiques ou de sécurité nationale autorisées sous le régime de toute autre loi fédérale, soit de santé des animaux et des végétaux autorisées sous le régime de la *Loi sur la santé des animaux* et la *Loi sur la protection des végétaux*;

	(b) activities authorized under section 73, 74 or 78 by an agreement, permit, licence, order or similar document.	<i>b)</i> autorisées par un accord, un permis, une licence, un arrêté ou un autre document visé aux articles 73, 74 ou 78.	
Authoriza- tion of activities under other Acts	(2) A power under an Act described in paragraph (1)(a) may be used to authorize an activity prohibited by subsection 32(1) or (2), section 33, subsection 36(1), 58(1), 60(1) or 61(1), a regulation made under section 53, 59 or 71 or an emergency order only if the person exercising the power	(2) Toute activité interdite aux termes des paragraphes 32(1) ou (2), de l'article 33, des paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) ou 61(1), des règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 ou d'un décret d'urgence peut être autorisée au titre d'une loi visée à l'alinéa (1)a) si la personne qui l'autorise :	Autorisation au titre d'une autre loi
	(a) determines that the activity is necessary for the protection of public safety, health, including animal and plant health, or national security; and	<i>a)</i> conclut qu'elle est nécessaire à la protection de la sécurité ou de la santé publiques — notamment celle des animaux et des végétaux — ou de la sécurité nationale;	
	(b) respects the purposes of this Act to the greatest extent possible.	<i>b)</i> respecte, dans la mesure du possible, l'objet de la présente loi.	
Exceptions — land claims agreements	(3) Subsections 32(1) and (2), section 33, subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1) and regulations made under section 53, 59 or 71 do not apply to a person who is engaging in activities in accordance with conservation measures for wildlife species under a land claims agreement.	(3) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1) et les règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités conformes aux régimes de conservation des espèces sauvages dans le cadre d'un accord sur des revendications territoriales.	Exceptions : accords sur des revendica- tions territoriales
Exemptions for permitted activities	(4) Subsections 32(1) and (2), section 33 and subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1) do not apply to a person who is engaging in activities that are permitted by a recovery strategy, an action plan or a management plan and who is also authorized under an Act of Parliament to engage in that activity, including a regulation made under section 53, 59 or 71.	(4) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1) ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités autorisées, d'une part, par un programme de rétablissement, un plan d'action ou un plan de gestion et, d'autre part, sous le régime d'une loi fédérale, notamment au titre d'un règlement pris en vertu des articles 53, 59 ou 71.	Exemptions : activités autorisées
	...	[...]	
	SCHEDULE 1	ANNEXE 1	
	(Subsections 2(1), 42(2) and 68(2)) LIST OF WILDLIFE SPECIES AT RISK	(paragraphes 2(1), 42(2) et 68(2)) LISTE DES ESPÈCES EN PÉRIL	
	...	[...]	
	PART 2	PARTIE 2	
	ENDANGERED SPECIES	ESPÈCES EN VOIE DE DISPARITION	
	...	[...]	

Whale, Killer (*Orcinus orca*) Northeast Pacific southern resident population

*Épaulard population résidente du sud du Pacifique Nord-Est*

...

PART 3

THREATENED SPECIES

...

Whale, Killer (*Orcinus orca*) Northeast Pacific northern resident population

*Épaulard population résidente du nord du Pacifique Nord-Est*

Épaulard (*Orcinus orca*) population résidente du Sud du Pacifique Nord-Est

*Whale, Killer Northeast Pacific southern resident population*

[...]

PARTIE 3

ESPÈCES MENACÉES

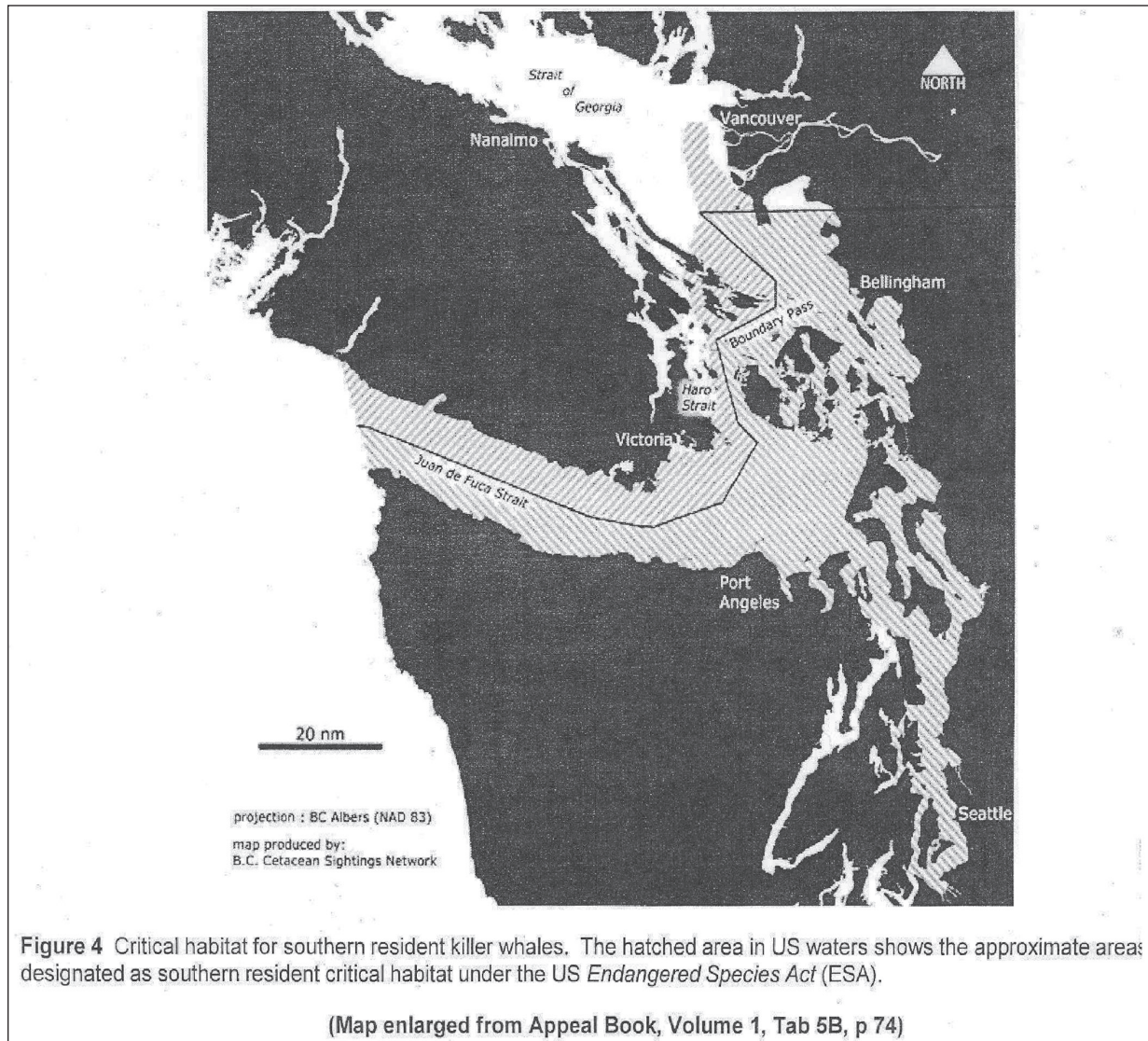
[...]

Épaulard (*Orcinus orca*) population résidente du Nord du Pacifique Nord-Est

*Whale, Killer Northeast Pacific northern resident population*

## APPENDIX B

## ANNEXE B

MAP OF CRITICAL HABITAT FOR SOUTHERN  
RESIDENT KILLER WHALESCARTE DE L'HABITAT ESSENTIEL DES ÉPAU-  
LARDS RÉSIDENTS DU SUD

**Figure 4** Critical habitat for southern resident killer whales. The hatched area in US waters shows the approximate areas designated as southern resident critical habitat under US *Endangered Species Act* (ESA).

**Figure 4** Habitat essentiel des épaulards résidents du sud. La partie hachurée des eaux américaines représente approximativement les zones désignées par l'*Endangered Species Act* des États-Unis comme formant l'habitat essentiel de cette population d'épaulards.

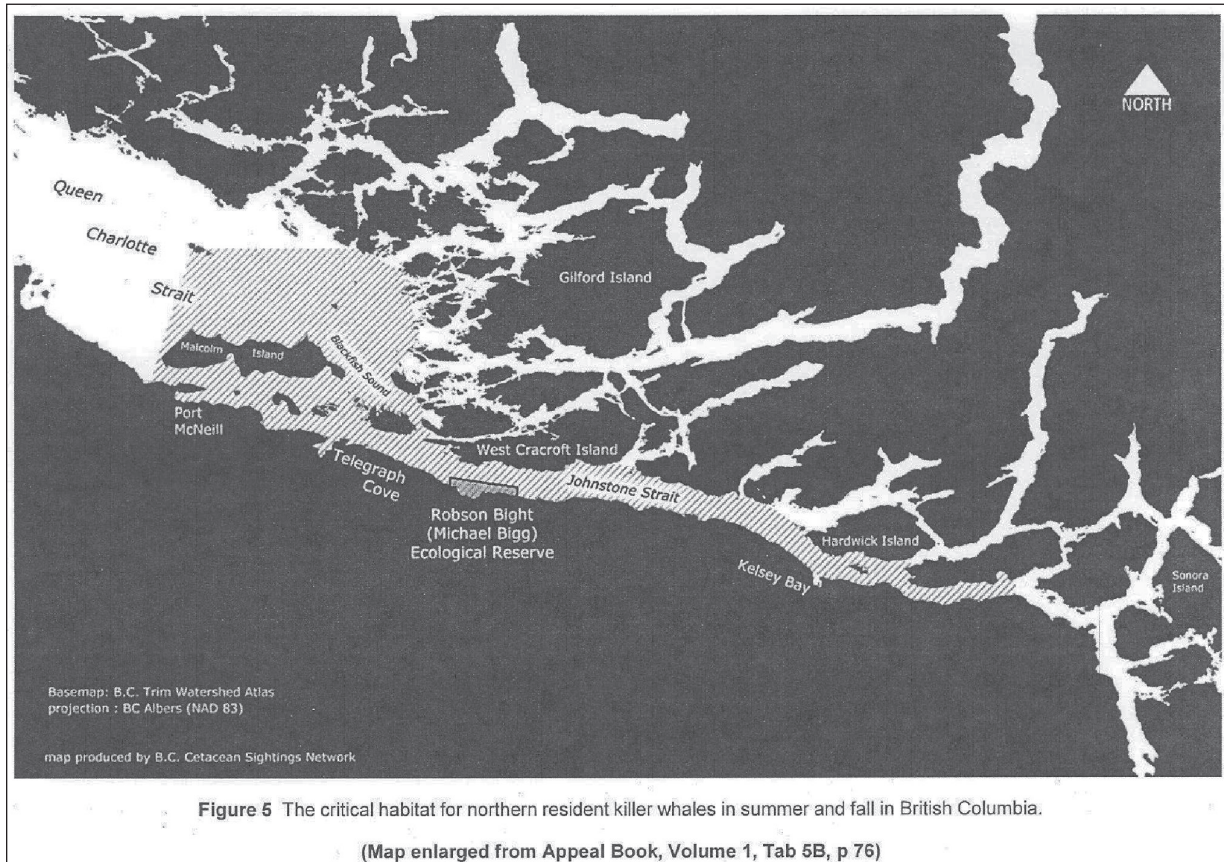
(Map enlarged from Appeal Book,  
Volume 1, Tab 5B, p 74)

Carte tirée du cahier d'appel  
(volume 1, onglet 5B, page 74) et agrandie



## APPENDIX C

## ANNEXE C

MAP OF CRITICAL HABITAT FOR NORTHERN  
RESIDENT KILLER WHALESCARTE DE L'HABITAT ESSENTIEL DES  
ÉPAULARDS RÉSIDENTS DU NORD

**Figure 5** The critical habitat for northern resident killer whales in summer and fall in British Columbia.

(Map enlarged from Appeal Book,  
Volume 1, Tab 5B, p 76)

**Figure 5** Habitat essentiel estival et automnal des épaulards résidents du nord en Colombie-Britannique.

Carte tirée du cahier d'appel  
(volume 1, onglet 5B, page 76) et agrandie