

Règles administratives en matière d'environnement : quand l'administration fait ses propres lois

Robert Daigneault*

INTRODUCTION	447
1. PREMIÈRE PARTIE : LA PROCÉDURE DU SUD DU QUÉBEC	452
1.1 Les procédures d'évaluation environnementale : diversité dans l'uniformité	455
1.2 Les éléments communs aux procédures d'évaluation environnementale	456
1.3 Des orientations gouvernementales à contre-courant l'une de l'autre	463
1.3.1 L'abolition des seuils déclencheurs pour les projets miniers au Sud du Québec	464
1.3.2 Le choix fédéral d'alléger la procédure d'évaluation environnementale fédérale	467
1.3.2.1 Un mauvais choix de cible	467

* L'auteur est biologiste, fellow administrateur agréé et avocat principal du cabinet Daigneault, avocats inc. L'auteur remercie M^e Lucie Gosselin, avocate-conseil au même cabinet pour les travaux de recherche à l'appui de cette étude.

1.4	L'évaluation environnementale dans le Québec méridional	470
1.4.1	L'assujettissement des projets à la procédure et les premières étapes	470
1.4.2	Le point de départ de la participation du public	473
1.4.2.1	L'« analyse de recevabilité » de l'étude d'impact	474
1.4.2.2	Délais indus et mise à l'écart du public	475
1.4.2.3	Une étape inventée	478
1.4.2.4	Un cercle fermé d'initiés gouvernementaux.	480
1.4.2.4.1	Un accroc à la <i>Loi sur l'accès à l'information</i>	483
1.4.2.4.2	Une utilité discutable	484
1.4.2.5	Les étapes « ouvertes » au public	487
1.4.3	Un rôle inattendu du BAPE.	487
1.4.4	Dénouer un pouvoir lié	489
1.5	En conclusion, une procédure qu'il est possible de bonifier	493
2.	DUXIÈME PARTIE : LA COMPENSATION POUR LES MILIEUX HUMIDES	494
2.1	Un peu d'histoire	496
2.2	L'affaire <i>Atocas de l'Érable</i>	498
2.2.1	Les <i>Instructions 06-01</i>	499

2.2.2	La compensation pour les pertes de milieux humides	503
2.3	L'assise de la compensation : un concept vague et imprécis	505
2.3.1	Un concept « ordinaire » hors d'atteinte pour la personne ordinaire	508
2.3.2	Une imprécision inconstitutionnelle ?	509
2.4	Qualifier en droit la compensation	512
2.4.1	S'affranchir des exigences de la loi	515
2.4.2	La compensation n'est pas volontaire	516
2.4.3	Une tarification ou une taxation « en nature »	517
2.5	Les pouvoirs du ministre	518
2.5.1	La tarification suppose tout au moins un acte réglementaire	521
2.5.2	La cession d'un droit réel doit être prévue par la loi	523
2.5.3	Le pouvoir d'exiger une compensation ne peut se présumer	524
2.6	La compensation violerait les droits fondamentaux	525
2.7	Le refus de délivrance d'un certificat d'autorisation	526
2.8	En conclusion, la compensation requiert une habilitation législative	526
3.	DES EXPERTS SOUS HAUTE SURVEILLANCE	527
3.1	Le rôle et les compétences des experts	530

3.2	Le contrôle de l'expert dans l'exercice de ses fonctions	532
3.2.1	Le <i>Guide de caractérisation des terrains</i>	534
3.2.2	Le <i>Manuel de l'expert</i>	535
3.2.3	Les consignes aux experts.	538
3.2.4	Le <i>Mécanisme de gestion de la Liste des experts</i>	540
3.3	En conclusion, le Mécanisme est illégal	544
	CONCLUSION GÉNÉRALE	546

INTRODUCTION

Dans ce texte, nous examinons trois cas où l'Administration, plus précisément le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (le « MDDEP »), a instauré un corps de règles qui s'imposent à l'administré sans que pour autant la loi l'ait prévu et même parfois en dérogation avec les termes de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹ (la « L.Q.E. »). Ces cas sont les suivants :

- la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement dans le Québec méridional prévue aux articles 31.1 et s. L.Q.E. (ci-après la « Procédure du Sud du Québec ») ;
- les *Instructions 06-01* relatives à l'application du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. ;
- les règles régissant le mandat des experts au sens de l'article 31.65 L.Q.E.

Dans le premier cas, nous verrons qu'il y a un écart en ce que le législateur a prévu et le processus suivi par le MDDEP lorsqu'un projet est assujéti à la procédure du Sud du Québec. Cette procédure a connu une couverture médiatique importante ces derniers temps et deux mesures récentes, soit une modification législative à l'étude et le nouveau budget fédéral, nous donnent le prétexte d'y jeter un regard critique, non pas de fond, mais de forme. Il sera question ici de pratiques administratives davantage que de directives ou de politiques, dont l'un des effets principaux est de contribuer à l'allongement d'une procédure qui s'étend déjà sur des mois, voire des années.

Le second cas met en cause une norme administrative interne au MDDEP encadrant l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire exercé en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. Il s'agit des *Instructions 06-01*, qui concernent le traitement des demandes de certificat d'autorisation relatives à des travaux dans ce

1. L.R.Q., c. Q-2.

qu'on appelle couramment des « milieux humides » (terme cependant absent de la L.Q.E. où il est question plus précisément d'étangs, de marais, de marécages et de tourbières). Un jugement récent de la Cour supérieure (qui vient d'être porté en appel par le Procureur général du Québec) invalide ces instructions.

Le troisième cas concerne le mandat de ceux que le législateur appelle des « experts » à l'article 31.65 L.Q.E. Ces experts sont chargés par le législateur d'une fonction précise, celle d'émettre des attestations relatives aux terrains contaminés exigées par la loi. Alors que la loi laisse de toute évidence une grande marge de manœuvre à ces experts, le MDDEP leur impose plutôt des règles de fonctionnement dont la dérogation est passible de sanctions administratives.

La portée des directives, normes ou guides administratifs

Il est reconnu qu'une directive (et, *a fortiori*, une simple pratique administrative) constitue une norme juridique hiérarchiquement inférieure à la loi et au règlement. Elle ne peut aller à l'encontre de ces textes. On ne peut non plus remplacer le pouvoir réglementaire accordé à un organisme administratif par une directive de sorte qu'on ne peut agir par directive lorsque la loi accorde le pouvoir d'agir par voie réglementaire². De plus, une directive ne peut avoir pour effet de lier à l'avance le décideur. « Chaque décision devra être prise en tenant compte des particularités de chaque situation »³.

Voici ce que nous enseigne la Cour d'appel quant aux directives (notes omises)⁴ :

Il est utile de rappeler que compte tenu de l'étendue des matières confiées à l'Administration, les tribunaux ont reconnu la possibilité, voire l'occasion pour celle-ci de *baliser* son pouvoir discrétionnaire au moyen de politiques permettant du même coup au justiciable d'en mieux connaître les conditions d'exercice. Ainsi [citant Denis LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, Les Publications CCH/FM ltée, 1996, p. 3,135 et 3,136] :

-
2. J.-P. VILLAGGI, *L'administration publique québécoise et le processus décisionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 84.
 3. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 222.
 4. *Lachine General Hospital Corporation c. P.G. du Québec*, C.A. Montréal, n^o 500-09-002332-963, 31 octobre 1996, EYB 1996-65535, par. 82 et 83.

L'élaboration de politiques administratives constitue un autre phénomène inhérent à la fonction administrative. Il sera normal et même souhaitable que les détenteurs d'un pouvoir discrétionnaire, souvent mal encadrés par le législateur, indiquent à l'avance leurs orientations et leurs choix politiques globaux. Cela permettra aux personnes susceptibles d'être affectées par l'application de ces politiques de mieux se faire entendre, soit pour contester ces politiques, dans l'ensemble ou sur un point particulier, soit encore pour justifier une dérogation dans certaines circonstances.

Cette situation ne saurait cependant permettre à l'autorité à laquelle la loi confère une discrétion de s'en remettre à une ligne de conduite préétablie, au détriment de l'autonomie décisionnelle qui lui a été attribuée en vue d'apprécier chaque cas à son mérite. Surnommé par la doctrine anglaise la règle de *freedom of executive action*, ce principe interdit à l'autorité investie d'une discrétion de renoncer à ses pouvoirs au nom d'une politique édictée à des fins de cohérence [citant à nouveau Denis LEMIEUX, p. 3,135-3,136].

Pour qu'un vrai débat puisse exister lors d'une instance administrative, il importe que les personnes détentrices du pouvoir décisionnel conservent l'esprit ouvert malgré l'existence d'une politique affichée, que celle-ci émane de l'organisme lui-même ou encore d'une autorité parallèle ou supérieure. [...]

L'organisme ne devra donc pas se voir dicter illégalement sa conduite par une autorité, ni se sentir lié par ses propres directives et énoncés de politique au point de ne pouvoir tenir compte, lors d'une instance, de faits ou de facteurs qui y dérogeraient.

La directive ne peut déterminer à l'avance une décision à rendre car, autrement, sa force devient celle d'une loi ou d'un règlement et enlève au décideur sa discrétion⁵. Il est établi par la jurisprudence que le décideur doit statuer sur chaque cas à son mérite et ne doit pas lui opposer péremptoirement une directive qui n'a

5. ISSALYS et LEMIEUX, *supra*, note 3, p. 536.

pas la force obligatoire d'un règlement comme nous le rappelle la Cour supérieure dans l'affaire *Services sanitaires R.S.*⁶ :

Le tribunal est d'avis que le ministre ne peut pas refuser d'étudier la demande de certificat de conformité pour les motifs invoqués ici. Il se peut que la législation actuelle ne soit pas adéquate et que la nécessité d'adopter des normes plus sévères s'impose. Toutefois, le ministre ne peut pas, en attendant que le règlement sur les évaluations environnementales et le nouveau règlement sur les résidus solides entrent en vigueur, légiférer à la place du gouvernement et établir des politiques administratives, pour se justifier de suspendre l'étude des demandes de certificat de conformité qui rencontrent les exigences réglementaires actuelles.

Ou encore, dans l'affaire *Ferme René Gagnon*⁷ :

La directive donnée par la sous-ministre transmise verbalement au directeur régional Gilbert a eu l'effet d'un règlement, ce que ni la sous-ministre ni même le ministre n'avaient le pouvoir de faire.

Voici comment s'exprime l'auteur Filion :

L'autorité administrative doit exercer son pouvoir discrétionnaire en étudiant chaque cas individuellement. Elle ne peut pas se donner une directive s'appliquant implacablement à tous les cas, car elle aurait alors changé la nature de son pouvoir : elle se serait munie d'un véritable règlement. Or, on ne peut transformer un pouvoir administratif en un pouvoir législatif, pas plus d'ailleurs, qu'un pouvoir législatif en un pouvoir administratif.⁸

Les professeurs Issalys et Lemieux rappellent que dans « l'exercice de son pouvoir, on exigera également de l'autorité administrative une certaine souplesse au plan de l'utilisation des directives émises. Aussi, celles-ci ne pourront faire l'objet d'une application rigide ou

6. *Services sanitaires R.S. c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 1431, 1433 à 1436 (C.S.).

7. *Ferme René Gagnon, s.e.n.c. c. Tribunal administratif du Québec*, C.S. Québec, n° 200-17-004913-042, 20 février 2006, juge Michel Richard, 2006 QCCS 968, par. 74 et 75.

8. M. FILION, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives : Les Directives », (1979) 29 *C. de D.* 855, 889.

automatique en l'absence de mention à cet effet dans la loi constitutive »⁹. Une directive doit s'interpréter dans un sens restrictif qui s'appliquerait « aussi bien lorsque la directive peut s'autoriser d'une disposition de portée générale dans la loi que lorsqu'elle se fonde sur une compétence 'administrative' implicite ». Le contenu de la directive sera toujours, au minimum, subordonné à un règlement établi en vertu de la même loi¹⁰, sinon à la loi elle-même.

Lorsqu'un gouvernement juge nécessaire de régir une situation par des normes de comportement, il peut faire adopter une loi ou édicter lui-même un règlement, ou bien procéder administrativement par voie de directives. Dans le premier cas, il doit s'astreindre aux formalités de l'adoption des lois et des règlements ; par contre, il sait que, une fois ces formalités respectées, les nouvelles normes entreront dans le cadre de la « légalité » et qu'en vertu de la Rule of law elles seront appliquées par les tribunaux. Dans le second cas, c'est-à-dire s'il choisit de procéder par directives, que celles-ci soient ou non autorisées législativement, il opte plutôt pour la voie moins formalisée de l'autorité hiérarchique, dont les tribunaux n'ont pas à assurer le respect. Attribuer à des directives l'effet de règlements, c'est aller au-delà de l'intention du législateur.¹¹

Ainsi que le rappelle M^e Jean Piette¹² :

Par ailleurs, lorsque le Ministère se dote de directives générales sans statut juridique, c'est généralement pour établir des points de repère uniformes sur le plan technique, tant pour les fonctionnaires que pour les justiciables, afin d'assurer une application plus uniforme et plus harmonieuse de la L.Q.E. L'intention

9. ISSALYS et LEMIEUX, *supra*, note 3, p. 655.

10. *Ibid.*, p. 538. Par exemple, lorsque dans une loi le pouvoir de prendre un règlement et celui de donner une directive se recoupent, le fait que l'objet d'une directive ait pu être traité au moyen d'un règlement n'invalide pas la directive, pour autant que celle-ci conserve un caractère non contraignant : *Thamotharem c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [2008] 1 R.C.F. 385 (C.A.F.) (cité par ISSALYS et LEMIEUX, p. 541).

11. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 19 et 20.

12. J. PIETTE, « L'usage des politiques, des guides et des directives en droit de l'environnement », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 475-524, p. 509-510 (cité avec approbation dans le jugement *Atocas de l'Érable*, v. *infra*, note 82).

est généralement fort louable. Cette approche administrative n'est cependant pas sans embûches.

En effet, le Ministre et ses représentants ne peuvent jamais appliquer ces directives comme s'il s'agissait de lois ou de règlements. Elles ne constituent pas des règles de droit et sont dépourvues de caractère obligatoire parce qu'elles n'ont pas été adoptées en vertu d'une disposition de la loi. Dans certains cas, l'adoption même d'une directive peut s'avérer illégale. D'autre part, le Ministre doit éviter d'utiliser les pouvoirs administratifs qu'il possède (notamment le pouvoir de délivrer des certificats d'autorisation) pour les imposer aux justiciables comme s'il s'agissait de règlements. En effet, lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire, le Ministre a toujours le devoir d'examiner les caractéristiques et le mérite de chaque cas individuellement. C'est ce que les tribunaux ont rappelé à de nombreuses reprises au cours des dernières années.

C'est en gardant à l'esprit ces grands principes touchant la portée et la force obligatoire des directives administratives que nous abordons maintenant les trois cas dont nous avons fait état ci-dessus.

1. PREMIÈRE PARTIE : LA PROCÉDURE DU SUD DU QUÉBEC

Le 29 mars 2012, le ministre des Finances du Canada déposait le plan budgétaire 2012-2013 du gouvernement du Canada à la Chambre des Communes. L'énoncé budgétaire s'accompagnait de mesures destinées, selon le ministre, à stimuler l'économie et l'emploi, dont des mesures destinées à alléger les exigences administratives touchant les projets industriels et, en particulier, les projets de mise en valeur de ressources naturelles. Le ministre avait particulièrement en tête la procédure d'évaluation environnementale instaurée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*¹³ (« L.C.É.E. »). Cette annonce avait d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre dans les actualités environnementales.

Pour illustrer son propos et justifier le choix des mesures que son gouvernement entend prendre, le ministre s'est servi de quelques exemples de projets pour lesquels le processus d'autorisation a souffert de longs délais. Il donne entre autres l'exemple du projet

13. L.C. 1992, ch. 37.

Rabaska, un projet de terminal méthanier qu'un groupe d'entreprises, dont Gaz métropolitain, voulaient réaliser à Lévis, au Québec.

[...] les partenaires du projet Rabaska proposent de construire un terminal de gaz naturel liquéfié près de Beaumont et Lévis (Québec), d'aménager une jetée pour assurer l'accès des navires-citernes et de construire des installations riveraines et un nouveau pipeline de 50 kilomètres jusqu'aux réseaux de transport de gaz naturel existants. *Il a fallu près de deux ans pour que la commission fédérale amorce son examen.*¹⁴ (nos italiques)

Il est vrai que, dans ce dossier, la commission fédérale a amorcé ses travaux en novembre 2006, alors que le ministre de l'Environnement du Canada avait décidé du renvoi du dossier à une commission dès janvier 2005¹⁵. Mais le choix du ministre des Finances d'utiliser le projet Rabaska comme exemple était bien maladroit. Le ministre Flaherty s'est tout simplement trompé de cible. Comme nous le verrons dans ces pages, la cause du délai dont il est question ici n'était pas attribuable aux dispositions de la L.C.É.E., mais bien à la procédure provinciale à laquelle le projet était également assujéti.

Pourtant, le Québec a conçu à la fin des années 1970 ce qui est sans doute la procédure d'évaluation environnementale la plus simple qui soit, tenant tout au plus en une dizaine d'articles dans la L.Q.E., soit les articles 31.1 à 31.9, complétés par deux règlements d'application¹⁶. C'est la procédure qui s'applique dans le Québec méridional¹⁷ (que nous appellerons dans ces pages la « procédure du Sud du Québec »). Cette procédure comporte une liste unique de projets assujettis et n'implique qu'une seule instance administrative et qu'un seul décideur. La seule variable ou incertitude dans tout le processus est la tenue ou non d'audiences publiques, un processus de

14. Gouvernement du Canada, *Plan budgétaire 2012-2013*, chapitre 3.2 : « Améliorer les conditions d'investissement des entreprises ».

15. Ce sont les dates que nous donne la commission elle-même, dans son rapport, *infra*, note 47.

16. *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, R.R.Q., c. Q-2, r. 23 et *Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, R.R.Q., c. Q-2, r. 45.

17. Ce qu'on entend par « Québec méridional », c'est d'abord tout le bassin hydrographique du Saint-Laurent au sud du 53^e parallèle et une partie du bassin hydrographique de la baie James jusqu'à « une ligne qui coïncide avec la limite méridionale de la zone médiane et des terrains de piégeage crûs situés au sud de ladite zone médiane, tel que déterminé en vertu de la *Loi sur les droits de chasse et de pêche dans les territoires de la Baie James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q., c. D-13.1 » (art. 133 L.Q.E.).

participation du public très encadré, mise à part bien entendu l'incertitude entourant l'exercice de la discrétion gouvernementale en fin de processus.

À titre de comparaison, la L.C.É.E. comporte une centaine d'articles, avec sept règlements d'application¹⁸. Ce régime complexe prévoit des exclusions et des inclusions et plusieurs formes possibles d'évaluation et d'examen des impacts d'un projet sur l'environnement :

- examen préalable seul ;
- examen préalable avec examen par une commission ;
- examen préalable avec médiation ;
- étude approfondie seule ;
- étude approfondie avec examen par une commission ; et
- étude approfondie avec médiation.

De plus, il y a autant de décideurs que d'instances administratives dont l'aval est nécessaire à un projet (avec fort heureusement un processus de coordination entre elles)¹⁹. Son parcours et son dénouement à la fois sont imprévisibles.

Malgré tout, la procédure du Sud du Québec a souvent été décriée elle aussi pour sa lourdeur et les délais qu'elle impose à la réalisation des projets qui y sont assujettis. Nous verrons toutefois que la source de cette difficulté ne réside pas dans les textes qui en sont l'assise. Nous examinerons les grandes lignes de cette procédure, du moins telle que l'a voulue le législateur en 1978. Ensuite, nous nous pencherons sur la manière dont le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (le « MDDEP ») applique les

18. *Règlement déterminant des autorités fédérales*, DORS/96-280, *Règlement sur la coordination par les autorités fédérales des procédures et des exigences en matière d'évaluation environnementale*, DORS/97-181, *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, DORS/94-636, *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, DORS/94-638, *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*, DORS/2007-108, *Règlement sur la liste d'inclusion*, DORS/94-637 et *Règlement sur le processus d'évaluation environnementale des projets à réaliser à l'extérieur du Canada*, DORS/96-491.

19. Art. 12.1 et s. L.C.É.E.

dispositions de la loi. On constatera alors qu'il y a un écart marqué entre, d'une part, ce que prévoit la loi et, d'autre part, le processus suivi dans les faits par le MDDEP.

1.1 Les procédures d'évaluation environnementale : diversité dans l'uniformité

La procédure du Sud du Québec n'est qu'une parmi plusieurs procédures d'évaluation environnementale qui ont cours au Québec. La procédure fédérale pancanadienne établie en vertu de la L.C.É.E. en est une. Elle s'impose sur tout le territoire québécois comme d'ailleurs sur le reste du territoire canadien, et cela en se superposant à d'autres procédures qui y sont également en vigueur²⁰. Avec elle, il faut aussi compter les procédures propres au territoire de la Baie James ou « Eeyou Istchee » (« Terre des Cris ») et au territoire du Nord québécois ou « Nunavik », procédures qui sont au nombre de quatre, et y ajouter la procédure hybride applicable à la région dite « de Moinier ». Il s'agit de procédures assez et parfois très différentes les unes des autres, tant dans le mode d'assujettissement des projets que dans le cheminement prévu et dans l'exercice du pouvoir décisionnel au terme du processus.

Pour l'Eeyou Istchee et le Nunavik, l'existence de quatre procédures découle de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*²¹, qui prévoit un régime propre à chacun des deux grands territoires qu'elle couvre²² et, pour chacun de ces régimes, elle distingue une procédure fédérale et une procédure provinciale. On a donc une procédure provinciale et une procédure fédérale en territoire cri et la même chose en territoire inuit (on pourrait y ajouter la procédure qui relève des « administrateurs locaux » sur les terres de catégorie I de chaque territoire).

Cette cacophonie de procédures est temporisée par la territorialité des régimes. À tout le moins pour les régimes provinciaux, il n'y a pas de chevauchements interterritoriaux. Il y a ainsi quatre procédures provinciales différentes, pour quatre territoires bien délimités : Eeyou Istchee, Nunavik, région de Moinier et Québec méridional.

20. *P.G. du Québec c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 53 et 54.

21. *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, signée le 11 novembre 1975, telle qu'approuvée par la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q., c. C-67, et les *Conventions complémentaires*, nos 1 à 21.

22. Ces régimes sont institués par les chapitres 22 et 23 de la Convention, respectivement pour chacun des territoires de l'Eeyou Istchee et du Nunavik.

La région de Moinier couvre une partie du Québec à l'ouest du Labrador terre-neuvien, entre les 53^e et 55^e parallèles (soit environ de Fermont à Schefferville, vers l'ouest) et à l'est du 69^e méridien. Quant aux régimes fédéraux, ceux relevant de la Convention ne se chevauchent pas, mais la procédure instaurée par la L.C.É.E., elle, se superpose à n'importe quel de ces régimes²³, de sorte qu'il peut y avoir trois procédures distinctes applicables simultanément pour chacun des territoires cri et inuit. Pour la région de Moinier et le Québec méridional, les procédures provinciales, chacune sur la partie du Québec où elle s'applique, cohabitent avec la procédure émanant de la L.C.É.E., mais il n'y a pas d'autre régime fédéral ou provincial en vigueur pouvant s'y superposer.

Si ces procédures diffèrent les unes des autres sur maints aspects, les étapes qu'elles comprennent se suivent selon un schéma qu'on peut certes considérer comme l'ossature de base d'une procédure d'évaluation environnementale. Ces procédures, malgré leur diversité, comportent tout de même des éléments communs. Ces éléments sont les suivants :

L'OBJET

LE MÉCANISME D'ASSUJETTISSEMENT

LA DIRECTIVE

L'ÉVALUATION DES IMPACTS

L'EXAMEN

LA DÉCISION

LE SUIVI

1.2 Les éléments communs aux procédures d'évaluation environnementale

L'objet de l'évaluation en est la « cause ». C'est le « projet », l'activité dont on doit décider si elle peut être réalisée compte tenu de ses impacts sur l'environnement. Spontanément, ce sont les projets industriels ou les projets d'infrastructure qui nous viennent à l'esprit,

23. *P.G. du Québec c. Moses*, *supra*, note 20.

mais une évaluation environnementale peut porter sur quelque chose de moins concret, tel un programme de subventions. On peut certes concevoir que des allègements financiers destinés à stimuler l'activité économique peuvent avoir des impacts sur l'environnement, quoique indirects, surtout lorsqu'on considère que les impacts socio-économiques font partie des aspects à considérer dans une évaluation environnementale²⁴. Un projet de loi québécois sanctionné, mais jamais entré en vigueur, le prévoyait d'ailleurs expressément²⁵. Le législateur a en effet toute latitude pour décider de ce qu'il désire soumettre ou non à une évaluation environnementale.

Dans le Québec méridional et dans la région de Moinier, l'évaluation environnementale peut porter sur « une construction, un ouvrage, une activité ou une exploitation ou [l'exécution de] travaux suivant un plan ou un programme »²⁶. En vertu de la L.C.É.E., elle porte sur un « projet », défini comme suit à l'article 2 de cette loi :

Réalisation – y compris l'exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture – d'un ouvrage ou proposition d'exercice d'une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d'une catégorie d'activités concrètes désignée par règlement aux termes de l'alinéa 59b).²⁷

Dans l'Eeyou Istchee et le Nunavik, l'évaluation environnementale porte aussi sur ce que la L.Q.E. appelle un « projet », mais défini cette fois comme « un ouvrage ou activité de mise en valeur ou d'utilisation du territoire ou une mise en application d'un procédé industriel susceptible d'affecter l'environnement ou le milieu social, à l'exclusion de l'entretien et de l'exploitation des installations ou entreprises après leur mise en place »²⁸.

Le mécanisme d'assujettissement est le filtre qui détermine, parmi l'ensemble des « objets » susceptibles d'être évalués, tels que décrits par le législateur, ceux qui devront l'être. Le plus complexe des mécanismes d'assujettissement est certes celui de la

24. *Friends of the Oldman River Society, supra*, note 11.

25. *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement*, L.Q. 1992, c. 56, sanctionnée le 18 décembre 1992, mais jamais entrée en vigueur ; cette loi aurait modifié les articles 31.1 et s. L.Q.E. pour permettre, notamment, l'évaluation environnementale de « politiques » et de « programmes » de l'État.

26. Art. 31.1 L.Q.E.

27. Art. 2 L.C.É.E.

28. Art. 131, par. 11 L.Q.E.

L.C.É.E. On le retrouve à l'article 5, qui doit se lire avec trois règlements : le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, le *Règlement sur la liste d'exclusion* et le *Règlement de 2007 sur la liste d'inclusion*²⁹. Le mécanisme d'assujettissement le plus simple, comme nous le verrons, est celui de la procédure du Sud du Québec et sa liste unique de l'article 2 du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*³⁰ (ci-après le « RÉEIE »). Si le projet y est énuméré, il est assujéti. S'il n'y est pas, il ne l'est pas. L'assujettissement à la procédure d'évaluation environnementale en vertu de la L.C.É.E., à l'autre extrémité du spectre, fonctionne à trois niveaux :

- 1- les déclencheurs selon le paragraphe 5(1), incluant la liste des dispositions législatives et réglementaires désignées ;
- 2- la liste d'exclusion et la liste d'inclusion ; et
- 3- la liste d'étude approfondie. Il y a donc trois « filtres » en quelque sorte, le dernier servant à déterminer si le projet assujéti fera l'objet d'un « examen préalable »³¹, qui est une procédure allégée, ou d'une « étude approfondie »³².

On entend par « directive » (ou encore « lignes directrices » au fédéral), ce que l'Administration considère comme devant être couvert par l'étude d'impact que le promoteur devra entreprendre. En effet, dans toutes les procédures, c'est au promoteur qu'il revient de procéder à cette évaluation. On lui fournit donc un cadre pour ce faire, une sorte de table des matières détaillée de l'étude qu'il devra mener, avec des prescriptions sur la manière de procéder et ce que l'on attend comme information, tant en ce qui a trait au contenu qu'au degré de précision. Sur ce plan, les divers régimes ne se distinguent que dans la manière dont la directive est élaborée (parfois par un décideur seul, parfois par un décideur sur la recommandation d'un comité ou d'une commission). Au sujet de l'emploi du mot « directive », le juge Baudouin, alors à la Cour d'appel, a fait ce commentaire : « il ne peut s'agir en l'occurrence d'une directive au sens juridique et technique que l'on donne généralement à ce terme en droit administratif. Nous ne sommes pas en présence, en effet, d'une règle de conduite de portée interne, visant à encadrer l'activité de fonctionnaires subalternes,

29. *Supra*, note 18.

30. *Supra*, note 16.

31. Art. 18 et s. L.C.É.E.

32. Art. 21 et s. L.C.É.E.

mais bien plus *d'instructions* indiquant le contenu souhaité par le ministre de l'étude à réaliser »³³. En vertu de la L.C.É.E., l'élaboration de la directive peut se faire en commission avec la participation du public³⁴. En ce qui concerne la procédure du Sud du Québec, le contenu de l'étude d'impact est en partie déterminé par règlement³⁵.

À l'étape de *l'évaluation des impacts*, le promoteur procède à une description exhaustive de toutes les composantes de l'environnement que son projet peut toucher, à l'identification des impacts de son projet sur ces composantes, à une évaluation de ceux-ci et à la manière de les atténuer ou, à défaut, d'en compenser les effets. De telles évaluations sont très souvent estimatives, hypothétiques et subjectives. C'est un exercice de prospective faisant souvent appel à des modèles prédictifs, d'où l'importance de prévoir un suivi de ces impacts. Le promoteur doit donc aussi déterminer de quelle manière il suivra la manifestation de ces impacts dans le temps et les mesures qu'il devra ou pourra alors prendre pour les atténuer ou, à défaut, pour les compenser.

L'environnement dont il est question en matière d'évaluation environnementale est pris dans un sens très large, ainsi que le rappelle le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*³⁶ :

Je ne puis accepter que le concept de la qualité de l'environnement se limite à l'environnement biophysique seulement ; une telle interprétation est indûment étroite et contraire à l'idée généralement acceptée que l'« environnement » est un sujet diffus. [...]

Certes, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gagne-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement, sous réserve, bien entendu, des impératifs constitutionnels [...].

33. *Bellefleur c. P.G. du Québec*, C.A. Québec, n° 200-09-000136-934, EYB 1993-64831, 24 août 1993, par. 49 (italiques dans le texte).

34. Par. 16(3) L.C.É.E.

35. L'article 3 RÉEIE détaille en effet ce sur quoi « peut notamment » porter l'étude d'impact.

36. *Supra*, note 11, p. 37.

Dans la L.Q.E., le mot « environnement » est défini principalement par ses composantes biophysiques, « l'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou, d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques »³⁷. Cependant, le paragraphe *b*) de l'article 31.9 expose clairement qu'en matière d'évaluation environnementale, le concept se trouve élargi et rejoint celui décrit par le juge La Forest dans l'arrêt *Oldman River* :

31.9. Le gouvernement peut adopter des règlements pour :

[...]

b) déterminer les paramètres d'une étude d'impact sur l'environnement en ce qui concerne notamment l'impact d'un projet sur la nature, le milieu biophysique, le milieu sous-marin, les communautés humaines, l'équilibre des écosystèmes, les sites archéologiques et historiques et les biens culturels ;

[...]

Le dépôt de l'étude d'impact auprès des autorités compétentes marque la fin de l'étape d'évaluation et commence alors celle de l'*examen*. Cette nouvelle étape ne relève pas du promoteur, mais de l'Administration. On passe alors au peigne fin le résultat du travail du promoteur, en ayant recours au besoin à des personnes-ressources ayant des connaissances et des compétences dans les domaines pertinents à l'étude d'impact soumise, au projet en cause et à son milieu d'insertion. C'est généralement au stade de l'examen que l'on voit intervenir les commissions ou les comités, encore que ces derniers peuvent, en vertu de certaines procédures, être mis à contribution à d'autres étapes, dont l'élaboration de la directive au promoteur comme on l'a vu plus haut. L'étape de l'examen comprend souvent un volet public en audience.

Au terme du processus, on trouve bien sûr la *décision*, celle de donner ou non le feu vert au promoteur pour la réalisation de son projet tel quel, ou le plus souvent avec des modifications et aux conditions imposées par le décideur. La procédure du Sud du Québec méridional prévoit que c'est le gouvernement qui décide du sort du

37. Art. 1 L.Q.E.

projet. En vertu de la L.C.É.E., il y a autant de décideurs que d'« autorités responsables » appelées à poser un geste administratif avalisant le projet, qu'il s'agisse de la délivrance d'un permis ou d'une autorisation, de l'octroi d'un financement ou de la cession à bail ou autrement d'une partie du territoire domanial fédéral³⁸.

Quant au *suivi* ou « monitoring », il consiste à vérifier si les impacts anticipés se concrétisent une fois le projet amorcé et à appliquer les mesures correctives ou palliatives prévues. La L.C.É.E. le prévoit expressément³⁹. Il est implicite dans le RÉEIE, dont l'article 3, au paragraphe e), prévoit que l'étude d'impact peut traiter des paramètres suivants :

e) une énumération et une description des mesures à prendre pour prévenir, réduire ou mitiger la détérioration de l'environnement, y compris les répercussions énumérées au paragraphe c avant, pendant et après la construction ou l'exploitation du projet, y compris notamment tout équipement utilisé ou installé pour réduire l'émission de dépôt, le dégagement ou le rejet de contaminants dans l'environnement, tout contrôle d'exploitation et de surveillance, les mesures d'urgence en cas d'accident et le réaménagement du milieu touché.

Le MDDEP publie également un guide sur le suivi environnemental dans le contexte de la procédure du Sud du Québec⁴⁰.

Toutes les procédures en vigueur sur le territoire québécois, fédérales ou provinciales, suivent le schéma exposé ci-dessus, mais avec des modalités différentes. Du plus simple au plus complexe, les cas du Québec méridional et de la L.C.É.E. représentent deux extrêmes.

38. Par. 5(1) L.C.É.E.

39. Voir notamment les articles 14, 23 et 38 L.C.É.E.

40. Direction des évaluations environnementales, *Le suivi environnemental – Guide à l'intention de l'initiateur de projet*, Québec, ministère de l'Environnement, 2002.

Tableau 1
Comparaison des éléments composant la procédure
d'évaluation environnementale pancanadienne (L.C.É.E.)
et la procédure du Sud du Québec (L.Q.E.)

	L.Q.E.	L.C.É.E.
OBJET	« une construction, un ouvrage, une activité ou une exploitation ou exécuter des travaux suivant un plan ou un programme »	« Projet », défini comme la « Réalisation – y compris l'exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture – d'un ouvrage ou proposition d'exercice d'une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d'une catégorie d'activités concrètes désignée par règlement [...] »
ASSUJETTISSEMENT	31.1 [...] « dans les cas prévus par règlement » ¹	<p>5.(1) [...] a) une autorité fédérale en est le promoteur et le met en œuvre en tout ou en partie ;</p> <p>b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d'emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l'aide financière est accordée sous forme d'allègement – notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise – d'une taxe ou d'un impôt qui est prévu sous le régime d'une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d'un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l'allègement ;</p> <p>c) une autorité fédérale administre le territoire domanial et en autorise la cession, notamment par vente ou cession à bail, ou celle de tout droit foncier relatif à celui-ci ou en transfère à Sa Majesté du chef d'une province l'administration et le contrôle, en vue de la mise en œuvre du projet en tout ou en partie ;</p> <p>d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.²</p>

	L.Q.E. (suite)	L.C.É.E. (suite)
DIRECTIVE	Par le ministre.	Pour un examen préalable, par l'autorité responsable ou, si le projet met en cause plusieurs autorités responsables, celle qui agit au nom de l'ensemble des autorités responsables ; pour une étude approfondie, par le coordonnateur fédéral de l'évaluation environnementale ; pour un examen par une commission, la commission.
ÉVALUATION	Par le promoteur (appelé « initiateur » dans la L.Q.E.).	En pratique, par le promoteur, par délégation de l'autorité responsable. La L.C.É.E. prévoit deux types d'évaluation : l'examen préalable et l'étude approfondie.
EXAMEN	Par le ministre et, si une personne demande la tenue d'audiences publiques, par le BAPE.	Par l'autorité responsable, dans le cas d'un examen préalable ; par le ministre dans le cas d'une étude approfondie ; par un médiateur ou une commission lorsque le ministre en décide ainsi.
DÉCISION	Par le gouvernement.	Par la ou les autorités responsables.
SUIVI	Par le promoteur.	Par la ou les autorités responsables.

1. Ces cas sont ceux énumérés à l'article 2 du RÉEIE.
2. Le règlement dont il est question ici est le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées* ; il faut en outre tenir compte de la liste d'exclusion, de la liste d'inclusion et de la liste d'étude approfondie.

1.3 Des orientations gouvernementales à contre-courant l'une de l'autre

Comme chacun le sait, l'Assemblée nationale du Québec débat actuellement d'un projet de loi concernant les mines. Il s'agit du projet de loi n° 14, *Loi sur la mise en valeur des ressources minérales dans le respect des principes du développement durable*, nouvelle mouture du défunt projet de loi 79. Comme ce dernier, le projet de loi n° 14 a fait l'objet de longs travaux en commission parlementaire. C'est la

Commission de l'agriculture, des pêcheries, de l'énergie et des ressources naturelles (la « CAPERN ») qui en a fait l'étude. Au cours de ses travaux, la CAPERN a apporté plusieurs amendements au projet initial.

1.3.1 L'abolition des seuils déclencheurs pour les projets miniers au Sud du Québec

L'un de ces amendements, apporté en décembre 2011, concerne l'évaluation environnementale des projets miniers. L'amendement législatif vise à élargir le champ d'application de la procédure du Sud du Québec. Jusqu'à présent, l'ouverture d'une mine métallifère ou d'amiante dans cette partie du Québec n'était assujettie à cette procédure que si sa capacité de production était de 7 000 tonnes et plus par jour⁴¹. L'amendement adopté en commission abolirait ce seuil de 7 000 tonnes, faisant en sorte que tout projet d'ouverture d'une mine métallifère ou d'amiante se trouverait assujetti à la procédure, quelle que soit la capacité de production prévue. Il en serait de même de la construction et de l'exploitation d'une usine de traitement de minerai. Le seuil d'assujettissement est actuellement le même, soit 7 000 tonnes par jour, du moins pour le traitement de minerai métallifère. Ce seuil serait également aboli.

Voici le texte intégral de l'amendement adopté par la CAPERN :

Article 96.2

« RÈGLEMENT SUR L'ÉVALUATION ET L'EXAMEN DES IMPACTS SUR L'ENVIRONNEMENT »

96.2 L'article 2 du Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement (R.R.Q., c. Q-2, r. 23) est modifié :

1^o par le remplacement du paragraphe *n.8* du premier alinéa par le suivant :

n.8) la construction et l'exploitation d'une usine de traitement de minerai ;

2^o par le remplacement du paragraphe *p* du premier alinéa par le suivant :

41. RÉEIE, art. 2, par. *n.8*.

p) l'ouverture et l'exploitation d'une mine.

Sont cependant exclus les travaux assujettis au Règlement sur le pétrole, le gaz naturel et les réservoirs souterrains (R.R.Q., c. M-13.1, r. 1) et qui ne sont pas autrement visés par le présent règlement, ainsi que l'exploitation des substances minérales de surface telle que définie à la *Loi sur la mise en valeur des ressources minérales dans le respect des principes du développement durable* (L.R.Q., c. M-13.1) et l'exploitation de la couche arable des sols.⁴²

Les paragraphes en question du RÉEIE, qui se trouveront ainsi modifiés par voie législative, se lisent actuellement comme suit :

n.8) la construction d'une usine de traitement :

- de minerai métallifère ou d'amiante dont la capacité de traitement est de 7 000 tonnes métriques ou plus par jour ;
- de minerai d'uranium ;
- de tout autre minerai dont la capacité de traitement est de 500 tonnes métriques ou plus par jour ;

p) l'ouverture et l'exploitation :

- d'une mine métallifère ou d'amiante dont la capacité de production est de 7 000 tonnes métriques ou plus par jour ;
- d'une mine d'uranium ;
- de toute autre mine dont la capacité de production est de 500 tonnes métriques ou plus par jour.

Sont cependant exclus les travaux assujettis au Règlement sur le pétrole, le gaz naturel, la saumure et les réservoirs souterrains, édicté par le décret 1539-88 du 12 octobre 1988, et qui ne sont pas autrement visés par le présent règlement.

42. Les travaux de la CAPERN sur le projet de loi n° 14 se sont déroulés du 5 octobre 2011 au 28 février 2012 ; les amendements adoptés peuvent être consultés sur le site Internet de l'Assemblée nationale à l'adresse suivante : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CAPERN/mandats/Mandat-16661/index.html>>.

Sont également exclues les carrières et sablières au sens du Règlement sur les carrières et sablières (R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 2).

On entend par « mine », l'ensemble des infrastructures de surface et souterraines destinées à l'extraction de minerai.

Les paragraphes *n.1* à *n.8* avaient été ajoutés (et le paragraphe *p* modifié) en 1996⁴³, non sans réticence, pour faire contrepoids à l'entrée en vigueur des dispositions de la L.C.É.E. le 22 décembre 1994 et le 19 janvier 1995. Québec cherchait ainsi à enlever au gouvernement fédéral le monopole de l'évaluation environnementale des projets industriels qui, jusqu'alors dans le Québec méridional, échappaient pour la plupart à l'évaluation environnementale provinciale. Toutefois, en plus de prévoir des seuils déclencheurs pour certains projets, comme la capacité quotidienne de 7 000 tonnes prévue actuellement, la modification réglementaire de 1996 était accompagnée d'une mesure destinée à rassurer les milieux industriels qui redoutaient la longueur du processus. L'article 16.1 fut ajouté au RÉEIE :

16.1. Une fois déposé l'avis prévu à l'article 31.2 de la Loi relativement à un projet soumis à la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement en vertu du second alinéa du paragraphe *j*, des paragraphes *n* à *n.11* ou du paragraphe *p* du premier alinéa de l'article 2, le délai maximum à l'intérieur duquel le ministre doit soumettre au gouvernement, pour décision, le dossier de la demande d'autorisation est de 15 mois.

Le délai prescrit par le premier alinéa court à partir de la date du dépôt de l'avis susmentionné. Ce délai n'inclut toutefois pas la période de temps pendant laquelle l'initiateur du projet prépare l'étude d'impact ou tout complément d'information exigé par le ministre.

Le législateur québécois fait donc maintenant le choix (du moins en commission parlementaire) d'abolir les seuils fixés en 1996 et, par voie de conséquence, d'élargir l'application de la procédure d'évaluation environnementale à tout projet minier ou de traitement de minerai métallifère, quelle qu'en soit la taille.

43. *Règlement modifiant le Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*, Décret 101-96, (1996) *G.O.* II, 1232.

1.3.2 Le choix fédéral d'alléger la procédure d'évaluation environnementale fédérale

Ce choix d'inclure les plus petits projets tranche avec celui que vient d'annoncer le gouvernement fédéral dans son plan budgétaire 2012-2013, dont nous avons fait état brièvement plus haut. À l'opposé du Québec, ce gouvernement veut alléger la procédure d'évaluation environnementale fédérale en exemptant les projets de faible envergure. Il évoque aussi la possibilité de reconnaître une évaluation environnementale provinciale afin d'éviter les chevauchements. Comme Québec l'a fait en 1996 pour les projets industriels, le gouvernement fédéral envisage aussi de fixer des délais à la procédure. Par exemple, il propose que le délai de l'examen par une commission⁴⁴ soit de 24 mois. Celui d'une évaluation environnementale « type » (on présume qu'on vise ici l'étude approfondie) serait de 12 mois⁴⁵.

Pour justifier ces choix, le ministre fédéral des Finances dénonce la lenteur et la lourdeur du processus dans des termes non équivoques :

Or, ceux qui veulent investir dans nos ressources sont confrontés à un labyrinthe de plus en plus tortueux de règles et d'examens administratifs de plus en plus lourds, ce qui engendre des coûts et des retards susceptibles de décourager les investisseurs et de réduire la viabilité économique de grands projets.⁴⁶

1.3.2.1 Un mauvais choix de cible

On a vu plus haut qu'en se servant du projet Rabaska comme exemple, le ministre des Finances a déploré que la commission fédérale ait mis près de deux ans à amorcer son examen du projet. Ce délai est exact. Le rapport de la commission d'examen conjoint du projet Rabaska confirme que c'est le 20 janvier 2005 que le ministre de l'Environnement du Canada a décidé de soumettre le projet Rabaska à une commission fédérale en vertu de la L.C.É.E., soit à peine neuf

44. L'expression « Panel Reviews » dans la version anglaise du plan budgétaire a été très maladroitement traduite par « Examens de groupes de travail », qui ne veut rien dire ; dans la L.C.É.E., l'expression « Panel Review » est donnée par « Examen par une commission » (voir le titre qui précède l'article 29 de la Loi).

45. *Plan budgétaire 2012-2013, supra*, note 14.

46. *Ibid.*

mois après le dépôt de l'avis de projet. La commission fédérale a cependant commencé ses travaux le 4 décembre 2006.

C'est en avril 2004 qu'un avis de projet a été soumis aux autorités fédérale et provinciale par la société en commandite Gaz Métro, agissant pour le compte de la société en commandite Rabaska qui n'était pas encore constituée à ce moment-là. À la suite de la recommandation de quatre autorités responsables fédérales, soit l'Office national de l'énergie, Pêches et Océans Canada, Transports Canada et l'Office des transports du Canada, le ministre de l'Environnement du Canada a décidé, le 20 janvier 2005, de soumettre le projet à une commission fédérale en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Il est à noter que l'Office national de l'énergie a par la suite indiqué qu'il n'agissait plus à titre d'autorité responsable dans la présente évaluation environnementale.

Pour sa part, après avoir jugé recevable l'étude d'impact, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, M. Claude Béchar, a donné au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) le mandat de rendre publique l'étude d'impact et de tenir une période d'information et de consultation publiques du 10 octobre au 24 novembre 2006. C'est au cours de cette période que 50 requêtes d'audience publique ont été adressées au Ministre (annexe 1). Le 19 octobre 2006, il a confié au BAPE le mandat de tenir une audience publique sur le projet en vertu de l'article 31.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Il a également demandé au BAPE de constituer, si les circonstances s'y prêtaient, une commission d'examen conjoint avec le gouvernement du Canada.

[...]

Le mandat de la commission a débuté le 4 décembre 2006. [...] ⁴⁷

Que s'est-il passé pour que la commission se mette à l'œuvre si tardivement ? Pour répondre à cette question, il faut remonter au 19 mai 2004, soit tout juste après que les promoteurs du projet Rabaska aient déposé leur avis de projet. Le Canada et le Québec con-

47. Bureau d'audiences publiques sur l'environnement et Commission d'examen conjoint, *Projet d'implantation du terminal méthanier Rabaska et des infrastructures connexes – Rapport d'enquête et d'audience publique*, Québec, mai 2007, p. 1 et 2.

cluaient l'*Entente de collaboration Canada-Québec en matière d'évaluation environnementale*⁴⁸. En vertu de cette entente, tout comme pour le projet de terminal méthanier de Cacouna, son projet concurrent, l'examen du projet Rabaska a été confié à une commission d'examen conjoint constituée sous l'empire de cette nouvelle entente. Ce n'est toutefois qu'en octobre 2006, soit 30 mois après le dépôt de l'avis de projet, que le ministre provincial donnait au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, le « BAPE », le mandat de tenir une audience publique sur le projet. Or, le paragraphe 14(2) de l'entente prévoit qu'une telle commission d'examen conjoint « réalise son mandat simultanément à celui de la Commission du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement chargée de tenir une audience publique sur le projet ». Pour le projet Rabaska (comme pour le projet Cacouna d'ailleurs), le ministre fédéral s'est donc retrouvé à la remorque du ministre provincial et des échéances de la procédure du Sud du Québec.

À la décharge des autorités administratives cependant, l'étude du dossier au BAPE nous montre que ce n'est au mieux qu'en février 2006 qu'auraient pu commencer les travaux de la commission. En effet, l'étude d'impact du promoteur a été déposée en janvier 2006⁴⁹ et il fallait d'abord que démarre la période d'information et de consultation publiques prévue au second alinéa de l'article 31.3 L.Q.E. avant qu'une commission du BAPE ne puisse être formée. Néanmoins, de février à décembre 2006, ce sont tout de même neuf autres mois qui se sont écoulés avant que ne commencent les audiences publiques, d'où le délai de presque deux ans entre la décision de janvier 2005 prise par le ministre fédéral de l'Environnement et le début des travaux de la commission, délai auquel fait allusion le ministre fédéral des Finances dans son budget 2012-2013.

Il y a certes ici quelque chose d'assez étonnant lorsque l'on compare, tout au moins dans les textes législatifs, les dispositions établissant chacune des procédures d'évaluation environnementale, celle des articles 31.1 et s. de la L.Q.E. dans le cas du Québec méridional et de la région de Moinier et celle de la L.C.É.E. C'est que la simplicité de la procédure provinciale n'est qu'apparente. Derrière les dispositions claires de la Loi, ce sont les exigences administratives qui causent des délais.

48. Cette entente a été renouvelée en 2010.

49. Le dossier n'indique pas, toutefois, si une étude d'impact provisoire avait d'abord été déposée.

1.4 L'évaluation environnementale dans le Québec méridional

La procédure d'évaluation environnementale du Sud du Québec est bien connue. C'est celle qui met en scène le BAPE. Elle est prévue à la section IV.1 du chapitre I de la L.Q.E., le chapitre II étant consacré aux procédures applicables à l'Eeyou Istchee et au Nunavik et aux organismes de protection de l'environnement et du milieu social œuvrant dans ces territoires. La procédure méridionale instaure, comme on l'a vu, une règle d'assujettissement très simple, une liste unique, à savoir les « cas prévus par règlement » auxquels renvoie l'article 31.1 L.Q.E. :

31.1. Nul ne peut entreprendre une construction, un ouvrage, une activité ou une exploitation ou exécuter des travaux suivant un plan ou un programme, *dans les cas prévus par règlement du gouvernement*, sans suivre la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement prévue dans la présente section et obtenir un certificat d'autorisation du gouvernement. (nos italiques)

1.4.1 L'assujettissement des projets à la procédure et les premières étapes

Avec une procédure à liste unique, il est relativement facile pour le promoteur de s'y retrouver. Si le projet fait partie de la liste, il est assujéti. Sinon, il ne l'est pas et ne peut pas l'être, du moins dans le cas de la procédure du Sud du Québec⁵⁰. Quant aux procédures à deux listes, comme celles de l'Eeyou Istchee et du Nunavik, qui comportent une liste de projets « obligatoirement assujéti » (annexe A de la L.Q.E.) et de projets « obligatoirement soustraits » (annexe B de la L.Q.E.), elles posent le problème des projets qui ne se retrouvent énumérés ni dans l'une, ni dans l'autre. Une procédure intermédiaire sert alors à déterminer si un projet dit « de zone grise » sera ou non assujéti. Au départ donc, pour ces projets de zone grise, le promoteur ne sait pas si la procédure s'appliquera à son projet, ce qui crée indéniablement une incertitude à la fois quant aux délais et aux efforts qui devront être consentis par le promoteur.

50. *Construction Bérou inc. c. Paradis*, [1993] R.J.Q. 1497 (C.S.), 1511, désistement en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-001029-933, 1^{er} octobre 1996.

Pour l'application de l'article 31.1 L.Q.E., on a vu que les « cas prévus par règlement » sont ceux de l'article 2 du RÉEIE. On y énumère plus de 40 projets distincts, principalement des projets d'infrastructures publiques et des projets industriels. Il suffit de consulter cette liste pour savoir si le projet sera ou non assujéti à la procédure du Sud du Québec. Le promoteur sait donc rapidement à quoi s'en tenir. Cela n'exclut pas qu'on ait eu malgré tout à débattre dans certains cas de l'assujettissement de projets précis. Certains des paragraphes du premier alinéa de l'article 2 du RÉEIE ont ainsi fait l'objet d'un débat judiciaire :

a) la construction et l'exploitation subséquente d'un barrage ou d'une digue placé à la décharge d'un lac dont la superficie totale excède ou excédera 200 000 m² ou d'un barrage ou d'une digue destiné à créer un réservoir d'une superficie totale excédant 50 000 m² ;⁵¹

b) tout programme ou projet de dragage, creusage, remplissage, redressement ou remblayage à quelque fin que ce soit dans un cours d'eau visé à l'annexe A ou dans un lac, à l'intérieur de la limite des inondations de récurrence de 2 ans, sur une distance de 300 m ou plus ou sur une superficie de 5 000 m² ou plus, et tout programme ou projet de dragage, creusage, remplissage, redressement ou remblayage, à quelque fin que ce soit, égalant ou excédant de façon cumulative les seuils précités, pour un même cours d'eau visé à l'annexe A ou pour un même lac, à l'exception des travaux exécutés dans une rivière qui draine un bassin versant de moins de 25 km², des travaux de drainage superficiel ou souterrain dans la plaine de débordement d'un cours d'eau visé dans l'annexe A, des travaux de construction d'un remblai sur une terre agricole privée dans la plaine de débordement d'un cours d'eau visé dans l'annexe A afin de protéger cette terre contre les inondations ainsi que des travaux exécutés dans une rivière conformément à un acte d'accord, un règlement ou un procès-verbal municipal en vigueur avant le 30 décembre 1980 [...]⁵²

51. *P.G. du Québec c. Forces motrices Batiscaan inc.*, C.A. Québec, n° 200-09-003978-027 (C.A.), 1^{er} décembre 2003, AZ-50209510, sur la notion de « réservoir ».

52. *Entreprises M.G. de Guy ltée c. P.G. du Québec*, [1996] R.J.Q. 258 (C.A.), sur la « limite des hautes eaux printanières moyennes » devenue dans le paragraphe b la « limite des inondations de récurrence de 2 ans ».

e) la construction, la reconstruction ou l'élargissement, sur une longueur de plus de 1 km, d'une route ou autre infrastructure routière publique prévue pour 4 voies de circulation ou plus ou dont l'emprise possède une largeur moyenne de 35 m ou plus, à l'exception de la reconstruction ou de l'élargissement d'une telle route ou infrastructure routière dans une emprise qui, le 30 décembre 1980, appartient déjà à l'initiateur du projet ; [...]⁵³

w) l'installation ou l'utilisation d'équipements servant, en tout ou en partie, au traitement, hors du lieu de leur production, de matières dangereuses résiduelles, au sens de l'article 5 du Règlement sur les matières dangereuses, à des fins d'élimination par dépôt définitif ou par incinération.⁵⁴

Hormis quelques cas d'interprétation de la portée de la liste de l'article 2 du RÉEIE, l'assujettissement ou non à la procédure du Sud du Québec ne pose généralement pas de problèmes.

L'article 31.2 L.Q.E. marque le point de départ du processus. Il prévoit que le promoteur ouvre le bal en déposant auprès du ministre un avis de projet, pour lequel ni la L.Q.E. ni la réglementation ne prévoient de forme précise⁵⁵ et qui n'a pas à correspondre exactement à ce que sera le projet au terme du processus, étant donné qu'il est appelé à connaître des modifications, des ajustements, parfois de véritables transformations jusqu'à ce que sa forme finale soit approuvée par les autorités⁵⁶.

Le même article prévoit qu'ensuite, le ministre délivre au promoteur sa directive d'étude d'impact, étape qui a été longtemps une source importante de délais. On remarque toutefois que les directives sont émises de plus en plus rapidement après réception de l'avis de projet. Plusieurs directives dites « sectorielles », c'est-à-dire par catégories de projet, ont été produites au fil des ans par le MDDEP, ce qui

53. *Gauthier c. Brassard*, C.A. Québec, n° 200-09-002351-986, 12 mai 1999, REJB 1999-12332, sur un nouveau tracé modifiant le calcul de la largeur moyenne de l'emprise.

54. *Bécharde c. Selenco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2267 (C.S.), sur la portée du paragraphe *w* relativement à l'entreposage associé au traitement de ce qui était alors des « déchets dangereux » (expression devenue « matières dangereuses » avec l'entrée en vigueur du *Règlement sur les matières dangereuses*).

55. Le MDDEP a cependant mis au point un formulaire, disponible sur son site Internet : <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/evaluations/foravis.htm>>.

56. *Conseil régional de l'environnement de Montréal c. P.G. du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-17-030340-064, 9 juin 2008, par. 91 et s.

a permis de réduire les délais de délivrance de directives aux promoteurs⁵⁷.

1.4.2 Le point de départ de la participation du public

C'est dans l'application de l'article suivant, l'article 31.3 L.Q.E., que les choses se compliquent, mais pour des raisons autres que ce qu'il prescrit.

31.3. Après avoir reçu l'étude d'impact sur l'environnement, le ministre la rend publique et indique à l'initiateur du projet d'entreprendre l'étape d'information et de consultation publiques prévue par règlement du gouvernement.

Une personne, un groupe ou une municipalité peut, dans le délai prescrit par règlement du gouvernement, demander au ministre la tenue d'une audience publique relativement à ce projet.

À moins qu'il ne juge la demande frivole, le ministre requiert le Bureau de tenir une audience publique et de lui faire rapport de ses constatations ainsi que de l'analyse qu'il en a faite.

On touche ici à un aspect fondamental de la procédure : la participation du public. On voit que l'article 31.3 dans son ensemble concerne uniquement cette participation et rien d'autre : 1- l'étude d'impact est rendue publique ; 2- le promoteur amorce la période d'information et de consultation publiques ; 3- on peut demander la tenue d'une audience publique et 4- le ministre doit alors requérir le BAPE de tenir une audience publique (sauf s'il juge la demande frivole)⁵⁸.

La participation publique est au cœur des discussions de ceux qui étudient et/ou utilisent l'ÉIE. Elle permet aux populations

57. Il existe des directives génériques pour les projets suivants : aéroport, construction de gazoduc, creusage ou dragage d'entretien, digue, barrage, centrale hydroélectrique ou détournement de fleuve ou de rivière, dragage, creusage ou remblayage en milieu hydrique, incinération de déchets ou gestion de matières dangereuses, projet industriel, lieu d'enfouissement technique, ligne d'énergie électrique à haute tension, projet minier, parc éolien, port ou quai, poste électrique, production animale, route, stabilisation de berges.

58. Sur le caractère discrétionnaire de ce pouvoir du ministre, voir *3760063 Canada inc. c. Mulcair*, C.S. Montréal, n° 500-17-020897-040, 29 novembre 2006, EYB 2006-111605 (requête en autorisation d'appel rejetée, 20 décembre 2006, EYB 2006-111984).

touchées par l'évaluation d'impacts d'un projet d'empêcher le gouvernement d'y favoriser le maître d'ouvrages, d'émettre son avis sur le projet et ses impacts et de faire ses suggestions par rapport à des enjeux importants qui n'y ont pas été évoqués. De plus, cela permet au public d'avoir une meilleure connaissance du processus d'évaluation environnementale, d'apprendre à s'organiser pour faire valoir ses droits. Cela a pour conséquence une plus grande confiance du public envers la procédure. Cela responsabilise également le public quant à la prise de décision relative au projet.⁵⁹

1.4.2.1 L'« analyse de recevabilité » de l'étude d'impact

Dans les faits, ce n'est cependant pas ce qui se produit et, quoi qu'on ait pu en dire, ce n'est pas la participation du public qui allonge indûment les délais d'application de la procédure du Sud du Québec. Contrairement à ce que la loi indique, lorsque le ministre reçoit l'étude d'impact, *il ne la rend pas publique*. Il attend plutôt que son ministère complète ce que l'on appelle « l'analyse de recevabilité », c'est-à-dire que les analystes de son ministère émettent un « avis de recevabilité » de l'étude d'impact, signé par le chargé de projet du MDDEP. La pratique est à ce point ancrée que le BAPE attribue une cote particulière à ces avis de recevabilité, la cote « PR7 », avis qui font partie de tous les dossiers constitués par le BAPE en vertu de la procédure. Ces avis se concluent habituellement par l'énoncé suivant :

L'analyse du dossier faite *en consultation avec les ministères et organismes* démontre que l'étude d'impact, incluant le document complémentaire, répond de façon satisfaisante aux exigences de la directive du ministre.

Considérant que l'étude d'impact et les documents complémentaires déposés *répondent de façon satisfaisante à la directive ministérielle* émise pour ce projet, nous recommandons que celle-ci soit rendue publique et que soit entreprise l'étape d'information et de consultation publiques.⁶⁰ (nos italiques)

59. A.-L. BOUVIER, *L'évolution de l'évaluation des impacts depuis le début des années 1970 : le cas des grands barrages hydroélectriques au Québec*, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en géographie, Université du Québec à Montréal, avril 2006, p. 36 et 37.

60. Pour chaque projet ayant fait l'objet d'une intervention du BAPE, on peut consulter ces *Avis sur la recevabilité de l'étude d'impact* dans les dossiers du BAPE sous la cote « PR7 ».

L'analyse de recevabilité s'amorce dès réception de la première version de l'étude d'impact et peut se prolonger au-delà de la réception de l'étude d'impact finale. Il peut s'écouler plusieurs mois, voire plus d'une année entre le dépôt de l'étude d'impact et le moment où le chargé de projet émet son avis favorable. Durant cette période, le MDDEP transmet au promoteur des questions et formule des commentaires sur l'étude d'impact déposée, questions et commentaires auxquels le promoteur doit bien sûr répondre. Les réponses données à une première série de questions et commentaires peuvent en engendrer une deuxième, et ainsi de suite.

Lorsqu'une version provisoire de l'étude d'impact est terminée, l'initiateur de projet peut la soumettre à la Direction des évaluations environnementales afin qu'elle entreprenne l'analyse de recevabilité, en consultation avec les autres ministères et organismes concernés. Cette étape a pour but de vérifier si les éléments de la directive et du règlement ont été traités de manière satisfaisante dans l'étude d'impact, notamment si les informations requises pour apprécier la qualité et la pertinence des données sont fournies et si les méthodes sont appropriées. Si nécessaire, des questions et commentaires sont adressés à l'initiateur de projet afin que celui-ci apporte des précisions ou des compléments d'information à son étude d'impact.

Lorsque l'initiateur le juge à propos, il dépose officiellement auprès du ministre l'étude d'impact de même que tous les autres documents constituant le dossier d'autorisation. La Direction des évaluations environnementales est alors chargée de produire l'avis de recevabilité. Ce document informe le ministre que l'étude d'impact rencontre les exigences de la directive et lui donne la perspective nécessaire pour décider s'il est pertinent de la rendre publique. (Document 2002)

1.4.2.2 *Délais indus et mise à l'écart du public*

L'étape de l'analyse de recevabilité a quatre conséquences importantes :

- 1- des renseignements normalement protégés par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁶¹ (« *Loi sur l'accès à l'information* ») sont communiqués à des tiers ;

61. L.R.Q., c. A-2.1.

- 2- le déroulement de la procédure est retardé ;
- 3- le travail d'analyse de l'étude d'impact se trouve dédoublé en partie et, surtout ;
- 4- le moment où le public peut participer formellement au processus est reporté.

Soit, tôt dans le processus, le promoteur est invité à mettre le public à contribution. Dès l'étape de l'avis de projet, en fait, et même avant, mais cela reste son choix. Autrement, le public doit attendre que le promoteur entreprenne l'étape d'information et de consultation publiques prévue au premier alinéa de l'article 31.3 L.Q.E.

Le Ministère encourage l'initiateur de projet à mettre à profit la capacité des citoyens et des collectivités à faire valoir leurs points de vue et leurs préoccupations par rapport aux projets qui les concernent. À cet effet, le Ministère appuie les initiatives de l'initiateur de projet en matière de consultation publique.

Plus concrètement, le Ministère incite fortement l'initiateur de projet à adopter des plans de communication en ce qui a trait à leur projet, à débiter le processus de consultation avant ou dès le dépôt de l'avis de projet et à y associer toutes les parties concernées, tant les individus, les groupes et les collectivités que les ministères et autres organismes publics et parapublics. Il est utile d'amorcer la consultation le plus tôt possible dans le processus de planification des projets pour que les opinions des parties intéressées puissent exercer une réelle influence sur les questions à étudier, les choix et les prises de décision. Plus la consultation intervient tôt dans le processus qui mène à une décision, plus grande est l'influence des citoyens sur l'ensemble du projet et nécessairement, plus le projet risque d'être acceptable socialement.⁶²

Quelques exemples tirés du site Web du BAPE témoignent du délai qui peut courir entre la réception de l'étude d'impact par le ministre et le début de la période d'information et de consultation publiques. Ces exemples ont été triés de manière à varier les types de

62. Direction des évaluations environnementales, *Guide de réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Faune, 2003, « Introduction », section 5.0.

projet et à couvrir autant que possible les trois décennies d'application de la procédure du Sud du Québec :

Tableau 2
Calendrier des étapes franchies dans l'étude de certains projets assujettis à la procédure du Sud du Québec

Projet ¹	Dépôt de l'étude d'impact ²	Avis de recevabilité	Amorce de la période d'information et de consultation publiques	Amorce des audiences publiques	Délai avant le début du processus public ³
274 : Usine AP50 à Jonquière	février 2009	juillet 2010	août 2010	novembre 2010	18 mois
263 : Aménagement hydroélectrique à Sheldrake	juin 2008	mars 2009	mars 2009	mai 2009	9 mois
251 : Agrandissement d'un LES ⁴ à Lachenaie	avril 2007	octobre 2007	octobre 2007	décembre 2007	6 mois
247 : Agrandissement d'un LES à Magog	décembre 2005	juillet 2006 à avril 2007	janvier 2007	mai 2007	13 mois
241 : Terminal méthanier à Lévis	janvier 2006	septembre 2006	octobre 2006	décembre 2006	9 mois
230 : Terminal méthanier à Cacouna	mai 2005	février 2006	février 2006	mai 2006	9 mois
217 : Parc éolien à Baie-des-Sables	décembre 2004	février 2005	mars 2005	mai 2005	3 mois
188 : Centrale de cogénération à Bécancour	mai 2003	septembre 2003	septembre 2003	novembre 2003	4 mois
151 : Agrandissement d'un LES à St-Athanasie	mars 1999	octobre 2000	octobre 2000	février 2001	19 mois
127 : Aménagement d'un DMS ⁵ à St-Nicéphore	janvier 1995	novembre 1997	décembre 1997	avril 1998	35 mois
Marina à St-Jean-Baptiste-de-Nicolet	mars 1987 ⁶	janvier 1989	février 1989	---- ⁷	22 mois

118 : DMS à Pierrefonds	septembre 1995	octobre 1996	novembre 1996	mars 1997	13 mois
106 : Centrale hydroélectrique sur la Chaudière	juin 1995	mai 1996	août 1996	novembre 1996	14 mois
86 : Agrandissement d'un LES à Ste-Anne-de-la-Rochelle	avril 1994	mai 1994	mai 1994	août 1994	1 mois
53 : Centrale hydroélectrique sur la Coulonge	juin 1990	juillet 1991	octobre 1991	février 1992	16 mois
39 : Agrandissement de marina à Valleyfield	octobre 1988	juillet 1989	novembre 1989	mai 1990	13 mois
31 : Intercepteur et émissaire d'eaux usées à Chicoutimi	janvier 1986	mai 1988	juin 1988	avril 1989	29 mois

1. Les numéros correspondent au numéro correspondant du mandat du BAPE.
2. Il n'a pas toujours été possible de déterminer s'il s'agissait du dépôt de l'étude d'impact finale.
3. Il s'agit du délai écoulé entre le dépôt de l'étude (2^e colonne) et le début de la période d'information et de consultation publiques (4^e colonne).
4. « LES » : lieu d'enfouissement sanitaire.
5. « DMS » : dépôt de matériaux secs.
6. Il s'agissait de la version provisoire ; la version finale a été déposée en septembre 1987.
7. Il n'y a pas eu d'audiences publiques dans ce cas.

1.4.2.3 Une étape inventée

L'étape de l'analyse de recevabilité n'est nulle part prévue par le législateur. Elle nous apparaît de plus dérogatoire aux dispositions de la L.Q.E. et de sa réglementation. L'article 31.3 est à notre avis impératif : « Après avoir reçu l'étude d'impact sur l'environnement, le ministre la rend publique [...] ». Rien dans la L.Q.E. ne justifie que le ministre mette ainsi des mois à s'acquitter de cette tâche, rien dans la L.Q.E. n'indique qu'il ait d'abord à procéder à une analyse approfondie de l'étude d'impact reçue avant de la rendre publique. C'est d'ailleurs ce que confirme la Cour d'appel :

Ainsi, le ministre, *avant la consultation publique, n'a pas à déclarer* si oui ou non, à son avis, et à ce stade du dossier, l'étude d'impact du promoteur est *recevable ou non*.⁶³ (nos italiques)

63. *Bellefleur, supra*, note 33, par. 50.

D'ailleurs, l'article 31.5 L.Q.E. précise bien que c'est à la toute fin du processus que le ministre se prononce sur le caractère satisfaisant de l'étude d'impact :

31.5. (1^{er} alinéa) Lorsque l'étude d'impact *est jugée satisfaisante par le ministre*, elle est soumise, avec la demande d'autorisation, au gouvernement. Ce dernier peut délivrer un certificat d'autorisation pour la réalisation du projet avec ou sans modification et aux conditions qu'il détermine ou refuser de délivrer le certificat d'autorisation. [...] (nos italiques)

L'analyse de recevabilité déroge donc à l'article 31.3 qui prévoit que le ministre rend publique l'étude d'impact dès qu'il l'a reçue. D'ailleurs, on ne prévoit aucun « avis de recevabilité » dans ce qui doit constituer le dossier de la demande de certificat d'autorisation mise à la disposition du public⁶⁴ :

12. Le dossier de la demande de certificat d'autorisation soumis à la consultation publique doit notamment comprendre :

- a) l'étude d'impact sur l'environnement ;
- b) tous les documents présentés par le requérant à l'appui de sa demande de certificat d'autorisation ;
- c) tout renseignement, étude ou recherche effectuée à la demande du ministre en vertu de l'article 31.4 de la Loi et disponible à ce moment-là ;
- d) l'avis déposé par l'initiateur du projet auprès du ministre en vertu de l'article 31.2 de la Loi ;
- e) la directive rendue par le ministre en vertu de l'article 31.2 de la Loi relativement à la nature, la portée et l'étendue de l'étude d'impact sur l'environnement à préparer ; et
- f) toute étude ou commentaire effectué par le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs relativement à cette demande de certificat d'autorisation et disponible à ce moment-là.

64. Art. 12 du RÉEIE, *supra*, note 16.

En clair, cette étape n'existe pas dans l'esprit du législateur.

Par ailleurs, ériger en préalable à la diffusion de l'étude d'impact les questions et commentaires qui caractérisent l'étape de l'analyse de recevabilité ne concorde pas avec l'article 31.4 L.Q.E., qui permet au ministre de poser ses questions tout au long du processus, même pendant la tenue des audiences publiques :

31.4. Le ministre peut, à *tout moment*, demander à l'initiateur du projet de fournir des renseignements, d'approfondir certaines questions ou d'entreprendre certaines recherches qu'il estime nécessaires afin d'évaluer complètement les conséquences sur l'environnement du projet proposé. (nos italiques)

Ainsi, à partir des préoccupations livrées par le public durant la première partie des audiences, le ministre pourrait déjà transmettre des questions destinées à répondre à certaines d'entre elles. Comme ce pouvoir du ministre peut s'exercer à tout moment, le fait de rendre publique l'étude d'impact ne le prive aucunement de la liberté de continuer à transmettre au promoteur les questions et commentaires qu'il estime nécessaires. Il peut le faire pendant la période d'information et de consultation publiques, pendant les audiences publiques et même longtemps après⁶⁵.

1.4.2.4 *Un cercle fermé d'initiés gouvernementaux*

Non seulement le processus d'analyse de recevabilité n'est pas prévu dans la L.Q.E. ou sa réglementation, mais il soulève également d'importantes questions en matière d'accès à l'information. En effet, l'analyse se fait « en consultation avec les autres ministères et organismes concernés », sans pour autant que l'on sache à l'avance quelles seront les instances consultées, ce choix étant laissé à la discrétion du chargé de projet au MDDEP. Par exemple, dans certains cas, les autorités de la Santé publique seront mises à contribution, dans d'autres, non. Pour certains projets, on consultera aussi des ministères fédéraux. Dans les faits, l'étude d'impact du promoteur se trouve à être diffusée à la seule initiative du MDDEP à une multitude d'organismes sans que le public ne soit mis à contribution. Paradoxalement, l'étude qui circule ainsi partout est réputée ne pas être encore publique.

65. Dans *Bellefleur*, *supra*, note 33, on découvre que plusieurs études sont venues compléter le dossier du promoteur longtemps après les audiences du BAPE.

À titre d'exemple, dans le cas de la reconstruction d'une centrale hydroélectrique sur la rivière Chaudière (projet 106 dans le tableau ci-dessus), 10 organismes ou ministères auxquels l'étude d'impact a été transmise ont donné leur avis au ministère de l'Environnement et de la Faune au stade de l'analyse de recevabilité, avant que le public n'ait accès à l'étude d'impact :

Organismes provinciaux

- Ministère des Affaires municipales (Direction générale de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire) ;
- Ministère de la Culture et des Communications ;
- Ministère des Ressources naturelles (Secteur de l'énergie) ;
- Ministère des Ressources naturelles (Secteur des terres) ;
- Ministère de la Sécurité publique ;
- Ministère des Transports (Direction de la planification) ;
- Tourisme Québec (Direction des projets).

Organismes fédéraux

- Garde côtière canadienne ;
- Pêches et Océans Canada ;
- Environnement Canada (Section des évaluations environnementales).

Dans un autre projet, celui du Pipeline Saint-Laurent d'Ultramar ltée (mandat n° 243 du BAPE), entre Lévis et Montréal-Est, on trouve au dossier une liste tout aussi importante d'organismes ayant donné leur avis :

Organismes provinciaux

- Agence de la santé et des services sociaux de la Chaudière-Appalaches ;

- Agence de la santé et des services sociaux de la Mauricie et du Centre-du-Québec ;
- Agence de la santé et des services sociaux de la Montérégie ;
- Agence de la santé et des services sociaux de Montréal ;
- Ministère des Affaires municipales :
 - Direction régionale de la Chaudière-Appalaches ;
 - Direction régionale du Centre-du-Québec ;
 - Direction régionale de la Montérégie ;
 - Direction de l'aménagement métropolitain et des relations institutionnelles ;
- Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation ;
- Ministère de la Culture et des Communications ;
- Ministère des Ressources naturelles et de la Faune ;
- Ministère de la Sécurité publique ;
- Ministère des Transports :
 - Direction du soutien à l'exploitation des infrastructures ;
 - Direction de la Mauricie-Centre-du-Québec.

Organisme fédéral

- Environnement Canada.

La consultation, sur le site Internet du BAPE, des dossiers des divers projets qui lui ont été soumis nous révèle que cette pratique de consultation interministérielle et intergouvernementale est généralisée. On trouvera, projet par projet, les commentaires reçus des organismes consultés sous la cote PR6 et les avis de recevabilité sous la cote PR7 (avis qui énumèrent aussi tous les organismes consultés sur une étude d'impact donnée). On a ni plus ni moins ici une sorte de

cercle d'initiés qui ont seuls accès à un document de la plus grande importance relativement à un projet donné, à savoir l'étude d'impact, avant que le grand public n'y ait accès, dans le cadre d'une procédure pourtant conçue pour permettre l'implication de ce public. Les membres de ce cercle ont ainsi le loisir de commenter, avant toute autre personne, l'étude d'impact du promoteur et le choix de ceux qui ont ce privilège est laissé à la discrétion du MDDEP.

1.4.2.4.1 Un accroc à la *Loi sur l'accès à l'information*

Cette façon de faire déroge, à notre avis, aux dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ou bien l'étude d'impact est publique, ou bien elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, elle devrait être sujette aux restrictions au droit d'accès prévu dans la loi. Or, à l'étape de l'analyse de recevabilité, on assiste à la distribution discrétionnaire dans divers ministères du gouvernement du Québec, et même dans des ministères à l'extérieur du gouvernement, par exemple Environnement Canada, ou Pêches et Océans Canada, d'un document émanant d'un tiers et qui n'est pas encore public. Et le tout se fait sans l'avis prévu à l'article 25 de la *Loi sur l'accès à l'information* :

25. Un organisme public doit, avant de communiquer un renseignement industriel, financier, commercial, scientifique, technique ou syndical fourni par un tiers, lui en donner avis, conformément à l'article 49, afin de lui permettre de présenter ses observations, *sauf dans les cas où le renseignement a été fourni en application d'une loi qui prévoit que le renseignement peut être communiqué* et dans les cas où le tiers a renoncé à l'avis en consentant à la communication du renseignement ou autrement.

Une étude d'impact comporte une foule de renseignements d'ordre « industriel, financier, commercial, scientifique ou technique » et la L.Q.E. ne prévoit pas la communication de ces renseignements tant que l'étude n'est pas publique. La seule exception est celle de l'article 118.4 L.Q.E., qui permet au ministre, sous réserve de l'article 28 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de rendre public un renseignement concernant la présence ou la libération d'un contaminant dans l'environnement. Or, la transmission du document à des organismes qui ne font pas partie du MDDEP est une communication visée par la *Loi sur l'accès à l'information*. D'aucuns pourraient arguer que le promoteur qui s'engage dans la procédure d'évaluation environnementale devrait savoir que son étude subira l'étape de

l'analyse de recevabilité et qu'en conséquence, il se trouve à consentir implicitement à la diffusion du document. Cependant, rien n'indique que l'ensemble des destinataires éventuels de son étude d'impact lui sont connus et, du reste, on peut douter qu'il soit adéquatement instruit de ses droits relativement à la protection des renseignements que renferme l'étude d'impact.

Ce privilège donné à certains organismes de l'État ne se justifie pas. Il faut en effet distinguer les questions et commentaires du MDDEP de ceux provenant des autres organismes et ministères qui font partie du cercle fermé. S'il va de soi que les unités administratives internes du MDDEP peuvent conseiller le ministre dans son évaluation de l'étude d'impact d'un projet qui n'est pas encore publique et que ces unités peuvent ainsi avoir accès sans restriction à l'étude d'impact, la loi ne prévoit pas que le MDDEP serve de courroie de transmission des questions et commentaires d'un cercle d'initiés au détriment du grand public. Rien ne justifie qu'un organisme public qui ne relève pas du ministre bénéficie d'un tel privilège par préférence au grand public. Cela, à notre avis, est contraire à l'esprit de la loi qui, clairement, favorise la transparence et la participation du public au processus.

1.4.2.4.2 Une utilité discutable

On avancera que l'analyse de recevabilité vise à bonifier l'étude d'impact « notamment si les informations requises pour apprécier la qualité et la pertinence des données sont fournies et si les méthodes sont appropriées »⁶⁶. On l'a même vue comme un « service » rendu au promoteur⁶⁷. On pourrait aussi justifier l'input des agences ou ministères appelés à se prononcer sur la recevabilité de l'étude d'impact par le fait que la décision finale sera prise par le gouvernement, c'est-à-dire par le Conseil des ministres et, donc, par une instance qui chapeaute ces divers organismes. Cependant, cela n'expliquerait pas alors pourquoi des instances fédérales sont aussi mises à contribution. Et dans les deux cas, la même question se pose : pourquoi avant le grand public alors que la L.Q.E. prévoit plutôt que l'étude d'impact est mise à sa disposition dès sa réception par le ministre ? L'étape

66. Direction des évaluations environnementales, *L'évaluation environnementale au Québec : La procédure au Québec méridional*, Québec, ministère de l'Environnement, 2003, p. 8.

67. G. ERPHELIN et J.-L. GENRY, *Procédure d'évaluation environnementale – Étude de dangers et gestion de risques*, Montréal, Centre interdisciplinaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO), 1999, p. 15.

d'analyse de recevabilité, rappelons-le, n'est pas censée porter sur les questions de fond.

Alors que l'analyse de recevabilité portait sur la qualité de la réponse apportée à la directive dans l'étude d'impact, l'analyse environnementale du projet porte quant à elle sur les impacts mêmes associés au projet, sur leurs relations aux politiques et programmes des ministères de même que sur les mesures de mitigation susceptibles d'être apportées [...].⁶⁸

On invite en effet les instances consultées à indiquer si l'étude d'impact répond « de façon satisfaisante » à la directive du ministre, présumant par là que ces instances sont de meilleures interprètes de la directive que quiconque du grand public. Or, il nous semble que le seul interprète légitime de la directive, à ce stade, est son auteur. Du reste, les directives sont des documents très élaborés décrivant avec force détails ce que le promoteur doit aborder dans son étude d'impact et de quelle manière il doit s'y prendre et présenter ses résultats. S'il faut des mois pour amener un promoteur et ses consultants à faire du bon travail, malgré l'expérience de ces derniers, alors c'est plutôt la directive qui doit être revue pour son manque de clarté.

L'examen des divers documents faisant partie des dossiers du BAPE montre que les questions et commentaires formulés par le MDDEP au stade de l'analyse de recevabilité sont extrêmement précis et détaillés. L'étude d'impact est véritablement décortiquée, passée au peigne fin par tous les initiés qui y ont accès et qui sont invités par le MDDEP à exprimer leur avis. Cette approche contraste avec les conseils d'ordre méthodologique que le MDDEP transmet aux promoteurs :

L'étude d'impact doit être présentée d'une façon *claire et concise et se limiter aux éléments pertinents à la bonne compréhension du projet et de ses impacts*. Ce qui peut être schématisé ou cartographié doit l'être, et ce, à des échelles adéquates. Les méthodes et les critères utilisés doivent être présentés et expliqués en mentionnant, lorsque cela est possible, leur fiabilité, leur degré de précision et leurs limites d'interprétation. En ce qui concerne les descriptions du milieu, on doit retrouver les éléments per-

68. M. GARIÉPY, O. SOUBEYRAN et G. DOMON, « Planification environnementale et étude d'impact sur l'environnement au Québec : implantation d'une procédure et apprentissage des acteurs », (1996) 79 *Cahiers de géographie du Québec* 21-40.

mettant d'en évaluer la qualité (localisation des stations d'inventaire et d'échantillonnage, dates d'inventaire, techniques utilisées, limitations). Les sources de renseignements doivent être données en référence. Le nom, la profession et la fonction des personnes responsables de la réalisation de l'étude d'impact doivent être indiqués. [...]

Autant que possible, l'information doit être synthétisée et présentée sous forme de tableau et les données (tant quantitatives que qualitatives) soumises dans l'étude d'impact doivent être analysées à la lumière de la documentation appropriée.⁶⁹ (nos italiques)

On gagnerait certes en efficacité si la transmission des questions au promoteur se faisait en parallèle à la participation du public. D'ailleurs, lorsque les paragraphes *n. 1* à *n. 8* ont été ajoutés à l'article 2 du RÉEIE par le décret 101-96 du 24 janvier 1996⁷⁰, le législateur a imposé comme on l'a vu plus haut une limite de temps au déroulement de la procédure pour ces projets, soit 15 mois (mais excluant les périodes de temps où le promoteur travaille à répondre aux demandes du MDDEP)⁷¹. L'examen des dossiers montre que l'application de la procédure aux projets visés par ces paragraphes se fait beaucoup plus efficacement, démontrant par là la capacité du MDDEP de s'activer. Même s'il n'y a pas de limite de temps fixée pour les autres projets, il n'y a pas de raison que le MDDEP procède moins rapidement dans leur cas. Dans l'analyse des projets industriels, il a fait la démonstration de sa capacité à mener la procédure rondement.

Une chose est sûre, ce n'est absolument pas au BAPE, ni au public, qu'on peut attribuer les longs délais que connaît l'évaluation environnementale des projets dans le Québec méridional. La procédure instaurée par les articles 31.1 et s. L.Q.E. reste, en théorie du moins, le modèle le plus simple parmi toutes les procédures en vigueur sur le territoire québécois, incluant les procédures fédérales. On y a malheureusement ajouté une étape à la fois longue et lourde qui n'a pas été prévue par le législateur, qui mobilise plusieurs ressources dans plusieurs organismes, qui permet à un réseau d'initiés de travailler au dossier par préférence au grand public et qui, de sur-

69. *Guide de réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement*, supra, note 62, partie II, section 1.

70. *Supra*, note 43, art. 1.

71. *Ibid.*, art. 2, introduisant la section IV.1 et l'article 16.1 dans le règlement modifié.

croît, déroge aux dispositions expresses de la L.Q.E. et aux règles applicables en matière d'accès à l'information.

1.4.2.5 *Les étapes « ouvertes » au public*

En plus d'ajouter aux délais de la procédure, l'analyse de recevabilité et l'implication du cercle fermé d'instances et d'organismes gouvernementaux privilégiés parallèlement au processus public de consultation prévu par le législateur ont pour effet de reléguer à l'arrière-ban ceux qui devraient être parmi ses principaux acteurs. Déjà, la procédure d'évaluation environnementale encadre de manière très stricte la participation du public, en limitant à 45 jours la durée de la période d'information et de consultation publiques⁷² et en limitant à quatre mois le mandat d'audiences publiques, qui correspond au temps dont dispose la commission du BAPE formée pour étudier le dossier, entendre le public et faire rapport de ses constatations au ministre⁷³.

En tout et pour tout, l'implication du public dans le processus dure moins de six mois. Lorsque l'on compare cette durée à celle de l'analyse de recevabilité, on se rend compte que l'implication privilégiée des diverses instances gouvernementales fédérales ou provinciales occupe une place prépondérante. Cette étape s'ajoute à l'étape de l'analyse environnementale, menée par les analystes du MDDEP jusqu'à ce que le ministre soit en mesure de faire sa recommandation au gouvernement. Elle prolonge les délais dans une procédure qui est déjà très longue, souvent d'un délai plus long que celui prévu pour la participation du public, et, conséquence certes la plus importante, maintient le public à l'écart du processus pendant de longs mois.

1.4.3 *Un rôle inattendu du BAPE*

L'étape d'information et de consultation publiques est un autre exemple où l'on assiste à un glissement administratif qui s'éloigne de l'intention expresse du législateur. En effet, tout comme l'article 31.3 est clair quant à l'obligation du ministre de rendre publique une étude d'impact qu'il a reçue, il est également clair quant à celui qui doit entreprendre l'étape d'information et de consultation publiques.

72. Art. 11 du RÉEIE, *supra*, note 16.

73. Art. 16 du RÉEIE, *supra*, note 16.

Après avoir reçu l'étude d'impact sur l'environnement, le ministre la rend publique et indique à l'initiateur du projet d'entreprendre l'étape d'information et de consultation publiques prévue par règlement du gouvernement.

Or, dans les faits, et ce depuis les tout débuts de l'application de la procédure d'évaluation environnementale au tournant des années 1980, on s'éloigne ici aussi de ce que le législateur a prévu. Contrairement à ce que la loi prévoit, ce n'est pas à l'initiateur que le ministre confie cette étape, mais au BAPE. Pourtant, à l'étape de l'information et de la consultation publiques, le BAPE n'a encore aucun mandat, aucune commission n'est encore formée pour étudier le projet et il n'y aura ni mandat ni commission si personne ne demande d'audience publique. De plus, cette étape ne correspond pas à la fonction du BAPE telle que définie à l'article 6.3 de la L.Q.E. :

6.3. Le Bureau a pour fonctions d'enquêter sur toute question relative à la qualité de l'environnement que lui soumet le ministre et de faire rapport à ce dernier de ses constatations ainsi que de l'analyse qu'il en a faite.

Pourtant, l'implication du BAPE qui s'est développée au fil des ans à cette étape de la procédure n'est pas marginale. Comme en font foi les comptes rendus des périodes d'information et de consultation publiques produits par le BAPE, c'est toute une équipe qui se mobilise à cette occasion. Le BAPE tient généralement une séance d'information, ce qui implique une location de salle et la mobilisation de ressources techniques, le tout à même des fonds publics d'un organisme gouvernemental qui n'a pas encore de mandat, si ce n'est d'émettre un communiqué de presse :

10.1. Le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement doit, dès que le ministre rend publique l'étude d'impact sur l'environnement conformément au premier alinéa de l'article 31.3 de la Loi, annoncer par communiqué de presse l'étape d'information et de consultation publiques.⁷⁴

Par le passé, les promoteurs ont souvent été exclus de ces séances d'information organisées par le BAPE. C'était la tendance au cours des années 1980 et 1990. Le RÉEIE, qui prévoit que la documentation soit mise à la disposition du public dans les « centres de

74. Art. 10.1 du RÉEIE, *supra*, note 16.

documentation » de Montréal et de Québec n'indique pas par ailleurs qu'il doit s'agir des centres de documentation du BAPE. Le BAPE n'agit que comme dépositaire du dossier. Traditionnellement en effet, les dossiers ont été déposés dans ses centres de documentation. Cependant, le législateur n'identifie aucunement le BAPE à ce stade, à l'article 11 du RÉEIE. Ces centres peuvent tout aussi bien être ceux du MDDEP.

11. Le dossier de toute demande de certificat d'autorisation soumise en vertu des articles 31.1 et 31.3 de la Loi [...] doit être déposé, aux fins de consultation par le public, aux centres de documentation de Québec et de Montréal, ainsi que dans un centre de consultation dans la région où le projet est susceptible d'être réalisé.⁷⁵

La L.Q.E. est claire. C'est à « l'initiateur » du projet que le ministre doit demander d'entreprendre la période d'information et de consultation publiques prévue par règlement, et non au BAPE. Il est impossible d'y voir une quelconque source de compétence pour le BAPE. À notre avis, en s'interposant de la sorte dans une étape que le législateur a clairement confiée au promoteur, le BAPE agit à l'extérieur de ses prérogatives. À la décharge du BAPE cependant, c'est le ministre qui l'y invite et le BAPE ne fait que s'exécuter.

Hormis l'article 10.1 ci-dessus, ce n'est qu'à partir du moment où le ministre a demandé au BAPE de tenir une audience publique que ce dernier se voit attribuer un rôle actif dans le processus⁷⁶. Rien n'est d'ailleurs prévu dans les règles de procédure du BAPE au sujet de l'étape d'information et de consultation publiques⁷⁷. Le principal intéressé, le promoteur, est ainsi mis à l'écart, si ce n'est qu'il est désormais courant de l'inviter à venir présenter son projet lors d'une séance d'information convoquée par le BAPE à l'étape de l'information et de la consultation publiques, mais sa présence y est encadrée, voire minutée.

1.4.4 Dénouer un pouvoir lié

Un troisième facteur vient compliquer cette procédure voulue simple par le législateur. Il concerne l'application de l'article 22 aux

75. Le BAPE n'a d'ailleurs plus de bureaux à Montréal.

76. Art. 15 et s. du RÉEIE.

77. *Règles de procédure relatives au déroulement des audiences publiques*, R.R.Q., c. Q-2, r. 45.

projets assujettis à la procédure du Sud du Québec. Il met en cause deux dispositions, l'article 31.7 L.Q.E. et le dernier alinéa de l'article 22 L.Q.E. :

31.7. Toute décision rendue en vertu des articles 31.5 ou 31.6 lie le ministre lorsque celui-ci exerce par la suite les pouvoirs prévus aux articles 22, 32, 55, 70.11 ou à la section IV.2.

22. (dernier alinéa) Le ministre peut également exiger du requérant tout renseignement, toute recherche ou toute étude supplémentaire dont il estime avoir besoin pour connaître les conséquences du projet sur l'environnement et juger de son acceptabilité, sauf si le projet a déjà fait l'objet d'un certificat d'autorisation délivré en vertu des articles 31.5, 31.6, 154 ou 189, d'une autorisation délivrée en vertu des articles 167 ou 203 ou d'une attestation de non-assujettissement à la procédure d'évaluation et d'examen délivrée en vertu des articles 154 ou 189.

Il est bien connu que l'analyse d'une demande de certificat d'autorisation délivré en vertu de l'article 22 L.Q.E. implique de longs échanges entre le promoteur et le MDDEP, au cours desquels le Ministère peut demander au promoteur de compléter sa demande par des analyses, des recherches, des études complémentaires, en sus des renseignements prévus par règlement. Il existe toutefois une exception à cette règle et c'est celle du dernier alinéa de l'article 22 cité ci-dessus. Lorsqu'un projet a été assujetti à la procédure d'évaluation environnementale, on doit conclure de cet alinéa que le législateur présume que le ministre a tout en mains pour se prononcer sur la demande de certificat d'autorisation faite en vertu de l'article 22, d'autant plus que la décision du gouvernement au terme de la procédure lie le ministre. Le promoteur n'a alors à satisfaire qu'aux exigences du troisième alinéa de l'article 22 :

22. (3^e alinéa) La demande d'autorisation doit inclure les plans et devis de construction ou du projet d'utilisation du procédé industriel ou d'exploitation de l'industrie ou d'augmentation de la production et doit contenir une description de la chose ou de l'activité visée, indiquer sa localisation précise et comprendre une évaluation détaillée conformément aux règlements du gouvernement, de la quantité ou de la concentration prévue de contaminants à être émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement par l'effet de l'activité projetée.

Les renseignements prévus par règlement sont ceux énumérés à l'article 7 du *Règlement relatif à l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement*⁷⁸ (le « Règlement d'application »), dont voici les principaux :

6° une description des caractéristiques techniques du projet ;

7° un plan des lieux où le projet doit être réalisé, indiquant notamment le zonage du territoire visé ;

8° une description de la nature et du volume des contaminants susceptibles d'être émis, rejetés, dégagés ou déposés ainsi que leurs points d'émission, de rejet, de dégagement ou de dépôt dans l'environnement.

Dans les faits, ici également, ce n'est pas ce qui se produit. Le contenu de la demande de certificat d'autorisation va bien au-delà de ce que prévoit le troisième alinéa de l'article 22, même pour un projet assujéti à la procédure d'évaluation environnementale. Le gouvernement contourne en effet la restriction imposée par le dernier alinéa de l'article 22 en exigeant du promoteur, à même le décret délivré au terme de la procédure, qu'il soumette une foule de documents à l'appui de sa demande de certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., en sus des exigences réglementaires. L'examen des divers décrets délivrés en vertu de la procédure du Sud du Québec nous montre que ces exigences peuvent viser un programme de suivi, un document fournissant les détails de certains travaux d'aménagement, un plan de mesures d'urgence, ou d'autres renseignements de même nature. À titre d'exemple, dans le décret 944-2011⁷⁹ (il s'agit du projet correspondant au mandat n° 276 du BAPE), on demande notamment au promoteur ce qui suit :

[le promoteur] doit déposer un tableau synthèse relatif aux traverses de cours d'eau auprès du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs lors de la demande visant l'obtention du certificat d'autorisation prévu à l'article 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Ce tableau synthèse doit notamment préciser les points de traverse, les zones d'allopatrie, la présence de frayères ou d'habitats d'intérêt, les travaux et installations prévus pour chacune des traverses de

78. R.R.Q., c. Q-2, r. 3.

79. (2011) G.O. II, 4483, à la condition n° 7.

cours d'eau existantes ou à mettre en place, les mesures d'atténuation prévues et la nécessité d'aménager un passage faunique pour les espèces autres que les poissons ainsi que toute autre information d'intérêt.

Il est difficile de concilier cette exigence avec le dernier alinéa de l'article 22 L.Q.E. que nous avons vu plus haut. On doit garder à l'esprit que ces demandes font suite à une démarche où le promoteur a déjà dû soumettre au ministre une étude d'impact qui a fait l'objet d'une analyse environnementale par le MDDEP et d'audiences publiques du BAPE. On déduit du dernier alinéa de l'article 22 L.Q.E. que le promoteur a été appelé à fournir au ministre suffisamment de renseignements sur le projet par le biais de la procédure d'évaluation environnementale pour qu'au moment de se prononcer sur une demande de certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., il soit en mesure d'obtenir le certificat sur la base des renseignements prévus par règlement. Les autres aspects auront, en principe, été couverts par le certificat d'autorisation du gouvernement. Ce n'est toutefois pas la pratique qui a cours actuellement comme en font foi l'extrait ci-dessus et de nombreux autres décrets délivrés en application de l'article 31.5 L.Q.E.

De telles exigences ajoutent à un processus déjà long et lourd. De plus, elles réattribuent au ministre, dans l'appréciation qu'il doit nécessairement faire de ces éléments que doit comprendre la demande de certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., une discrétion qu'en principe il n'a plus, par l'effet de l'article 31.7 L.Q.E. Les données environnementales sur lesquelles il doit se prononcer à ce stade, devraient se limiter à ce que prévoit le troisième alinéa de l'article 22, à savoir « les plans et devis de construction ou du projet d'utilisation du procédé industriel ou d'exploitation de l'industrie ou d'augmentation de la production et [...] une description de la chose ou de l'activité visée, indiquer sa localisation précise », de même que les exigences de l'article 7 du Règlement d'application ou, dans certains cas, de rares règlements sectoriels pouvant régir l'activité à faire autoriser⁸⁰. Ainsi, en vertu du Règlement d'application, outre les renseignements administratifs portant sur l'identité du demandeur, l'adresse, le numéro de lot ou autre de même nature, le ministre ne pourrait exiger plus que ce qui est prévu au troisième alinéa de l'article 22.

80. Par exemple, le *Règlement sur les carrières et sablières*, R.R.Q., c. Q-2, r. 7, comprend une disposition, l'article 3, déterminant le contenu d'une demande de certificat d'autorisation pour établir une carrière ou une sablière ou entreprendre l'exploitation d'un procédé de concassage.

1.5 En conclusion, une procédure qu'il est possible de bonifier

Il est assez étrange de devoir instruire un promoteur au sujet de la procédure du Sud du Québec en s'écartant des dispositions expresses de la loi et lui faire comprendre que ce que dit la loi n'est pas ce à quoi il doit s'attendre au moment de s'engager dans le processus. Spontanément, celui qui dépose auprès du ministre une étude d'impact qu'il a menée à grands frais, avec toutes les ressources que commande ce genre d'études, devrait s'attendre à ce que celle-ci soit mise aussitôt à la disposition du public et se tenir prêt à entreprendre la période d'information et de consultation publiques prévues par la loi. Les délais sont toujours une source importante de coûts en gestion de projets ; franchir rapidement, mais tout en le faisant de façon responsable et consciencieuse, les étapes d'un long processus est certainement quelque chose qu'un promoteur est en droit d'exiger.

L'analyse de recevabilité crée un dédoublement en amenant divers organismes, sans compter les unités administratives du MDDEP, à regarder deux fois le contenu de l'étude d'impact, une première fois pour la comparer avec la directive du ministre et la deuxième fois pour son analyse proprement dite. À titre de comparaison, le MDDEP a mis au point une simple grille d'attestation pour « aider » les experts lorsqu'ils doivent déterminer si une étude de caractérisation de sols est conforme au *Guide de caractérisation des terrains*⁸¹, qui compte pourtant 111 pages en 21 sections et neuf annexes. On conçoit alors mal qu'il faille des mois et une dizaine d'organismes gouvernementaux pour faire un exercice analogue qui vise simplement à vérifier si une étude d'impact répond « de façon satisfaisante » à une directive du ministre. Ces directives font tout au plus de 20 à 25 pages, comparativement au *Guide de caractérisation des terrains*.

L'exclusion du promoteur de la période d'information et de consultation publiques s'explique tout aussi mal que l'analyse de recevabilité. Sans engendrer les complications et les délais qu'entraîne l'analyse de recevabilité, elle fait intervenir un organisme, le BAPE, qui reste à ce stade complètement étranger au processus. Le BAPE est un organisme d'enquête. La période d'information et de consultation publiques n'a rien d'une enquête. Elle devrait être

81. L. ANDERSON et J. LABERGE, *Guide de caractérisation des terrains*, Québec, Publications du Québec, 2003.

l'occasion d'un contact privilégié entre le public et le promoteur, non entre le BAPE et le public. On peut débattre longtemps de l'opportunité d'une formule ou de l'autre, mais le législateur, lui, a fait son choix.

Finalement, la pratique généralisée de prévoir comme conditions à un décret qu'un promoteur soumette au ministre, pour obtenir les autres autorisations prévues à la L.Q.E., plusieurs documents qui feront l'objet d'une analyse discrétionnaire du ministre a pour effet de lancer le promoteur dans un second débat, lui aussi à l'origine de délais, qui étire la durée de la procédure. De plus, on peut s'interroger dans un tel cas sur la valeur normative d'un décret et sur la signification de l'article 31.7 L.Q.E. lorsqu'il indique que le décret lie le ministre lorsqu'il exerce ses propres pouvoirs d'autorisation en vertu de la L.Q.E. La lecture combinée de l'article 3.17 L.Q.E. et du dernier alinéa de l'article 22 ne peut conduire qu'à une seule interprétation. La production de documents et de renseignements, autres que « les plans et devis de construction du projet » et les renseignements prévus au Règlement d'application (ou dans un règlement sectoriel) est, en principe, terminée.

La procédure du Sud du Québec, selon ce qu'a voulu le législateur québécois, a été conçue en termes simples, avec des étapes claires et des modalités amplement et précisément décrites dans le RÉEIE. Si des règles administratives sont venues l'alourdir et l'allonger, l'Administration a tout le pouvoir de corriger le tir et de revenir à l'intention expresse du législateur.

2. DEUXIÈME PARTIE : LA COMPENSATION POUR LES MILIEUX HUMIDES

Le 12 mars dernier, l'honorable Martin Dallaire de la Cour supérieure rendait un jugement percutant mettant en cause l'application du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., dans une affaire concernant un projet en milieu humide⁸². Ce jugement, que le Procureur général du Québec a porté en appel⁸³, a été qualifié de « dévastateur »⁸⁴ pour le MDDEP. Il invalide une pratique administrative controversée que ce Ministère appliquait depuis 2006 dans le traite-

82. *Atocas de l'Érable inc. c. P.G. du Québec*, C.S. Québec, n° 200-17-014831-119, 12 mars 2012, EYB 2012-203656.

83. C.A. Québec, n° 200-09-007692-129, 11 avril 2012.

84. C. CÔTÉ, « Jugement dévastateur contre le ministère de l'Environnement », *La Presse*, 14 mars 2012.

ment des demandes de certificat d'autorisation faites en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., qui s'énonce comme suit :

22. (2^e alinéa) Cependant, quiconque érige ou modifie une construction, exécute des travaux ou des ouvrages, entreprend l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ou augmente la production d'un bien ou d'un service dans un cours d'eau à débit régulier ou intermittent, dans un lac, un étang, un marais, un marécage ou une tourbière doit préalablement obtenir du ministre un certificat d'autorisation.

Cet alinéa diffère beaucoup du premier alinéa de l'article 22 :

22. (1^{er} alinéa) Nul ne peut ériger ou modifier une construction, entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque, l'exercice d'une activité ou l'utilisation d'un procédé industriel ni augmenter la production d'un bien ou d'un service s'il est susceptible d'en résulter une émission, un dépôt, un dégagement ou un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement, à moins d'obtenir préalablement du ministre un certificat d'autorisation.

Le premier alinéa s'intéresse aux effets possibles (libération de contaminants ou modification de la qualité de l'environnement), quel que soit le lieu (milieu humide ou non). Le deuxième alinéa, à l'opposé, ne tient pas compte des effets possibles d'une activité ou d'un ouvrage sur l'environnement. Il vise plutôt le milieu où l'activité ou l'ouvrage est entrepris, quels qu'en soient les effets.

Le jugement *Atocas de l'Érable* est la deuxième décision de fond de la Cour supérieure remettant en cause l'approche du MDDEP relativement aux milieux humides et à l'application du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. à de tels milieux. Une première décision de l'honorable Luc Lefebvre dans l'affaire *9047-4784 Québec inc.*⁸⁵, avait écarté l'interprétation véhiculée par le MDDEP du terme « marécage » figurant à cet alinéa. L'affaire s'était réglée hors cour en appel. Le jugement *Atocas de l'Érable* remet en question, pour sa part, la manière dont le MDDEP analyse des demandes formulées en vertu du même alinéa pour de tels milieux. Les autres décisions de la Cour

85. *9047-4784 Québec inc. c. Bécharde*, C.S. Laval, n° 540-17-001816-056, 22 février 2007, EYB 2007-115447.

supérieure, *Financement et Investissement des Îles inc.*⁸⁶ et *André Méthé Transport inc.*⁸⁷, étaient des recours en révision judiciaire de décisions du Tribunal administratif du Québec (le « T.A.Q. ») et, en appliquant le critère de révision de la décision raisonnable, la Cour supérieure s'était refusée dans les deux cas à réviser les décisions du T.A.Q.

2.1 Un peu d'histoire

Ce n'est que depuis une dizaine d'années environ que l'on entend vraiment parler du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., bien qu'il fasse partie de notre droit depuis bientôt deux décennies. En 1988, l'Assemblée nationale du Québec adoptait la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives*⁸⁸, sanctionnée le 19 décembre 1988, mais entrée en vigueur par étapes. Cette loi marquait une étape majeure dans l'évolution de la L.Q.E. Elle modifiait plusieurs de ses dispositions, dont l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 22, celui dont il est question dans l'affaire *Atocas de l'Érable*. C'est aussi cette loi qui a rendu inaccessibles, sauf avec l'autorisation du ministre, les certificats d'autorisation délivrés en vertu de l'article 22, par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 24. C'est également par cette loi modificatrice qu'a été instauré le régime des « attestations d'assainissement » (art. 31.10 et s. L.Q.E.). Elle introduisait aussi de nouvelles dispositions pénales, dont les articles 106.1, 106.2, 109.1.1, 109.1.2 et 109.3, qui renforçaient de beaucoup, à l'époque, la sanction de certaines infractions à la L.Q.E., articles récemment remplacés par des dispositions encore plus sévères⁸⁹.

Si la plupart des dispositions de la loi modificatrice de 1988 sont entrées en vigueur le 22 février 1989⁹⁰, il a fallu cinq ans avant que le gouvernement ne mette en vigueur le deuxième alinéa de l'article 22. Ce n'est en effet que le 2 décembre 1993 qu'il est entré en vigueur⁹¹. Par la suite, cette disposition a connu une période de « dormance », du

86. *Financement et Investissement des îles S.E.C. c. P.G. du Québec*, 2011 QCCA 2427, 22 décembre 2011 ; *André Méthé Transport inc. c. Tribunal administratif du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-17-050577-090, 9 décembre 2009, EYB 2009-167871.

87. *André Méthé Transport inc. c. Tribunal administratif du Québec*, C.S. Montréal, n° 500-17-050577-090, 9 décembre 2009, EYB 2009-167871.

88. L.Q. 1988, c. 49.

89. *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, L.Q. 2011, c. 20, dont les dispositions pénales sont entrées en vigueur le 4 novembre 2011, par l'effet de l'article 62.

90. Décret 242-89 du 22 février 1989.

91. Décret 1528-93 du 3 novembre 1993, (1993) G.O. II, 7763.

moins dans son application aux milieux humides, jusqu'à ce que survenue en 2002 l'affaire du *Small Tea Field*, à Saint-Anicet et Sainte-Barbe dans le sud-ouest du Québec. Un agriculteur avait déboisé un marécage attenant à une tourbière. L'affaire avait fait grand bruit, provoqué l'intervention du ministère de l'Environnement de l'époque et les travaux furent stoppés⁹², mais sans que la cause soit portée devant les tribunaux. C'est à partir de ce moment que le MDDEP a modifié sa conception des milieux humides visés par le deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. En effet, après une première inspection des lieux, le MDDEP n'avait pas conclu à la présence d'un marécage et c'est suite à des pressions d'organismes de conservation et de scientifiques que le MDDEP devait par la suite changer sa lecture des faits. Pour qui connaît le site où ont eu lieu les travaux, cependant, la première conclusion du MDDEP était pour le moins étonnante⁹³.

Peu de temps après, c'est l'affaire du *Domaine Islesmere* qui faisait la manchette⁹⁴. Dans ce dernier cas, le ministre de l'Environnement avait émis une ordonnance en vertu de l'article 114 L.Q.E. (tel qu'il se lisait à l'époque) qui permettait au ministre d'ordonner la démolition de tous travaux exécutés en contravention avec la L.Q.E. L'ordonnance enjoignait un promoteur immobilier à remettre en état une vaste propriété à Laval que le ministre considérait être un marécage, incluant de la reboiser sur toute sa superficie. Le milieu en cause n'avait toutefois rien à voir avec les terres marécageuses du *Small Tea Field*. D'ailleurs, dans l'affaire du *Domaine Islesmere*, le MDDEP avait lui-même, en cours d'instance, admis qu'au moins la moitié de ce qu'il avait d'abord qualifié de marécage n'en était pas un⁹⁵. Le juge Lefebvre, en rendant jugement en février 2007, décidait que le terme « marécage » au deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. devait s'entendre dans son sens ordinaire et, en conséquence, il annulait l'ordonnance du ministre pour la majeure partie de l'autre moitié du territoire où le MDDEP maintenait toujours qu'il y avait présence d'un marécage.

92. L.-G. FRANCOEUR, « Il s'agissait bien d'un marécage – Un agriculteur de Saint-Anicet est sommé de remettre en état un milieu humide qui avait d'abord été considéré comme un milieu terrestre », *Le Devoir*, 11 juillet 2003.

93. Ce site a été largement étudié par feu André Bouchard, biologiste, et ancien conservateur du Jardin botanique de Montréal.

94. L.-G. FRANCOEUR, « Québec sévit pour protéger les marais – Le ministre Mulcair ordonne la remise en l'état originel d'un milieu humide à Laval », *Le Devoir*, 24 août 2005.

95. Par. 48 et 87.

Parallèlement au déroulement de cette instance, le MDDEP travaillait à la préparation des *Instructions 06-01*⁹⁶. Elles ont été émises deux semaines après la fin du procès. Par la suite, on a assisté à la multiplication des dossiers mettant en cause des milieux humides et forçant l'intervention du MDDEP. Peu d'entre eux ont toutefois fait l'objet d'un débat devant les tribunaux judiciaires. Quelques affaires ont été portées devant le Tribunal administratif du Québec car elles concernaient des refus de délivrance de certificat d'autorisation dans des milieux humides. L'une de ces affaires soumises au T.A.Q. s'est cependant terminée à la Cour d'appel en décembre dernier, par le rejet d'une requête pour permission d'appeler⁹⁷.

2.2 L'affaire *Atocas de l'Érable*

Dans l'affaire *Atocas de l'Érable*, ce ne sont pas les notions d'étang, de marais, de marécage ou de tourbière qui sont en cause mais plutôt la validité des *Instructions 06-01*. En effet, puisque le demandeur était en démarche d'obtention d'un certificat d'autorisation, l'argument voulant que le projet ne soit pas assujéti à l'article 22 a été rapidement rejeté par le tribunal :

Pourquoi prétendre au non-assujettissement à la loi lorsqu'on vise à en obtenir son autorisation ? Dans le cadre de la présente affaire, le tribunal ne saurait retenir cet argument.⁹⁸

Ce passage n'est pas sans rappeler le commentaire du Tribunal administratif du Québec dans l'affaire *Financement et Investissement des Îles* où, comme dans l'affaire *Atocas de l'Érable*, le promoteur était en démarche d'obtention de certificat d'autorisation :

Ajoutons qu'en déposant sa demande en vertu de l'article 22 de la loi, la requérante admet implicitement qu'il s'agit d'un marécage.⁹⁹

96. Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, *Instructions n° 06-01*, « Traitement des demandes de certificat d'autorisation des projets dans les milieux humides », 30 novembre 2006.

97. *Supra*, note 86.

98. Par. 116.

99. Par. 69.

2.2.1 *Les Instructions 06-01*

L'essentiel du jugement *Atocas de l'Érable* porte plutôt sur le processus administratif établi par les autorités du MDDEP pour l'analyse des demandes de certificat d'autorisation faites en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., tel qu'établi dans les *Instructions 06-01*. Ces instructions énoncent que « [l]es demandes d'autorisation concernant des projets dans les milieux humides doivent être analysées en se référant à la démarche d'autorisation des projets dans les milieux humides assujettis à l'article 22, 2^e alinéa de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ci-joint ». La démarche en question prévoit trois situations ainsi décrites :

1^{re} situation

Pour les milieux humides qui répondent aux critères suivants :

la superficie totale du milieu humide

- est inférieure à 0,5 hectare (dans les basses terres du Saint-Laurent et la plaine du lac Saint-Jean)
- est inférieure à 1,0 hectare (pour les autres parties du Québec)

et

pas de liens hydrologiques de surface avec un cours d'eau ou un lac et

ne constitue pas une tourbière ombrotrophe (bog) ou minérotrophe (fen)

et

absence d'espèces floristiques ou fauniques menacées ou vulnérables désignées.

2^e situation

Pour les milieux humides qui répondent aux critères suivants :

la superficie totale du milieu humide

- se situe entre 0,5 et 5 hectares (dans les basses terres du Saint-Laurent et la plaine du lac St-Jean)
- se situe entre 1,0 et 10,0 hectares (pour les autres parties du Québec)

et

pas de liens hydrologiques de surface avec un cours d'eau ou un lac et

ne constitue pas une tourbière ombrotrophe (bog) ou minérotrophe (fen) et

absence d'espèces floristiques ou fauniques menacées ou vulnérables désignées.

3^e situation

Pour les milieux humides qui répondent aux critères suivants :

la superficie totale du milieu humide

- est supérieure à 5 hectares (dans les basses terres du Saint-Laurent et la plaine du lac St-Jean)
- est supérieure à 10 hectares (pour les autres parties du Québec)

ou

présence d'un lien hydrologique de surface entre le milieu humide et un cours d'eau ou un lac

ou

s'il s'agit d'une tourbière ombrotrophe (bog) ou minérotrophe (fen) ou

présence d'espèces floristiques ou fauniques menacées ou vulnérables désignées.

Pour les deuxième et troisième situations décrites ci-dessus, les *Instructions 06-01* prévoient que le décideur doit délivrer l'autorisation selon ce qui est appelé une « séquence d'atténuation ». C'est cette séquence qui a été sévèrement critiquée par le tribunal. Cette séquence est la suivante :

- ÉVITER

Cette étape comprend la prévention des impacts sur le milieu humide en choisissant un projet de remplacement ou un site de remplacement pour la réalisation du projet.

Si cela est impossible :

- MINIMISER

Cette étape n'est acceptable que lorsque le demandeur démontre qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable pour le projet ou pour sa localisation. La minimisation devra être considérée à toutes les étapes du projet.

a) Le demandeur doit présenter une approche de design du projet qui cherche à intégrer dans la mesure du possible le milieu humide et les éléments caractéristiques du milieu naturel (par exemple : éviter les zones sensibles, minimiser la fragmentation des habitats, conserver certains des éléments caractéristiques, maintenir les corridors biologiques et les liens hydrologiques entre les écosystèmes résiduels, conserver des communautés naturelles d'intérêt).

b) Les pertes inévitables de milieux humides doivent être compensées en respectant un ratio de compensation proportionnel à la valeur écologique des milieux humides détruits ou perturbés. Le site qui sera choisi pour compenser ces pertes jugées inévitables se trouve, par ordre de préférence, sur le site même du projet, sur un site adjacent au projet, ailleurs dans le même bassin versant ou dans la même municipalité.

La « valeur écologique » dont il est question est évaluée selon un ensemble de critères laissés à la discrétion de l'analyste du MDDEP :

- la superficie ;
- la fragmentation ;

- la composition floristique de même que les communautés végétales présentes (rareté et diversité) ;
- la présence d'espèces floristiques et fauniques menacées ou vulnérables de même que la qualité des occurrences ;
- la connectivité hydrologique avec d'autres milieux humides, avec les lacs et les cours d'eau avoisinants ;
- la nature du milieu environnant (présence d'autres milieux naturels d'intérêt et intensité des perturbations en périphérie).

Le juge a souligné à juste titre l'incongruité d'un processus d'analyse de demande d'autorisation qui prévoit que la première étape soit d'amener le promoteur à renoncer à sa demande. En effet, si un projet donné évite le milieu humide pour lequel une demande de certificat d'autorisation est pendante, alors il n'y a plus matière à autorisation. C'est un non-sens :

[126] On apprend dans cette directive que l'approche souhaitée par l'intimé, à partir d'un impact en milieu humide est la suivante. En premier lieu, convaincre le promoteur d'éviter dans la mesure du possible les impacts sur ces milieux ce qui, convenons-le, revient en pratique à abandonner la nécessité d'avoir un certificat d'autorisation.

[127] En effet, on s'imagine mal qu'après avoir discuté avec l'intimé et renoncé à son projet, qu'il y ait lieu d'obtenir un certificat d'autorisation. Cette situation est pour le moins paradoxale.

[...]

[139] Or, on soutient que la directive souhaite une approche concertée pour toute atteinte au milieu humide. Cette directive vise à éviter, minimiser ou compenser. Ainsi, un requérant qui vise un certificat d'autorisation pour des terrains à développer en milieu humide, se voit inviter à y renoncer ou à éviter de développer. En somme, on l'incite à ne pas recourir au certificat d'autorisation que la loi vise à son article 22, al. 2. On l'invite à renoncer à ce que la loi autorise.¹⁰⁰

100. Par. 139.

Bien que le tribunal ne se soit pas expressément attardé au volet « minimiser » des instructions, nous estimons que ce volet est inclus dans le précédent, puisque, à un moindre degré cependant, il s'agit là aussi d'inviter le promoteur à éviter, sinon tout, du moins une partie du milieu humide visé par sa demande de certificat d'autorisation.

2.2.2 La compensation pour les pertes de milieux humides

La portée la plus importante du jugement *Atocas de l'Érable* est de battre en brèche le troisième niveau de cette séquence d'atténuation, la *compensation*. Comme son nom l'indique, elle vise à compenser les pertes de milieu humide que pourrait entraîner l'octroi du certificat d'autorisation. Cette exigence de la compensation n'a pas de forme précise. Il a été question de cession de terrains à des organismes dont la mission est de conserver des milieux naturels. La compensation pouvait aussi prendre la forme de servitudes de conservation grevant des terrains de haute valeur écologique, ou encore d'une cession de terrain à une municipalité à des fins de conservation. Certaines municipalités ont convenu avec le MDDEP un plan de conservation des milieux humides¹⁰¹ et peuvent consentir à réserver, pour un projet donné, une partie des terrains identifiés dans le plan de conservation. Il n'y a pas de norme relative à la dimension du terrain à offrir en compensation.

Dans le cas particulier du projet du demandeur, dans l'affaire *Atocas de l'Érable*, voici ce qu'a dit le tribunal à propos de la compensation :

[128] En deuxième lieu, s'il est impossible d'éviter cet impact, on doit minimiser les impacts et pour les minimiser, intervient un processus de compensation. Ce processus de compensation peut se faire de différentes façons et règle générale, vise à récupérer dans une banque de capital foncier un terrain écologiquement intéressant.

[129] Donc, cet élément de la directive présente des aspects particuliers. On se trouve donc à obliger le promoteur à compenser matériellement parlant et affecter un terrain soit par cession,

101. M. JOLY, S. PRIMEAU, M. SAGER et A. BAZOGE, *Guide d'élaboration d'un plan de conservation des milieux humides*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, 2008.

transfert ou servitude. Il s'agit là d'une obligation qui est légalement importante puisqu'elle démembré le droit de propriété et qu'elle est du ressort du fonctionnaire responsable.

[130] Il n'y a aucune équivalence ou aucune échelle permettant de graduer cette obligation. On nous fera savoir que justement, il faut que le représentant du ministre ait un large pouvoir discrétionnaire, mais il ne faut pas confondre la notion discrétionnaire et arbitraire.

[...]

[145] Ainsi, la directive impose à la requérante de renoncer ou d'échanger volontairement certains biens contre d'autres à savoir, une banque de terrains offerte en compensation à une bande empiétant sur le milieu humide. Bref, on crée une banque de compensation sans que la règle de change soit précisée. On sait que ce n'est pas dans une proportion de parité (un pour un). L'initiative est intéressante et séduisante pour le respect de l'environnement puisque le grand capital environnemental se conserve. Mais le problème, c'est que pour imposer une limite ou une condition d'exercice sur un bien, celle-ci doit être consacrée par la loi selon l'article 947 C.c.Q.¹⁰²

Dans son inscription en appel, aux paragraphes 16 et 17, le Procureur général décrit pour sa part comme suit la compensation :

16. La compensation pour les pertes inévitables de milieux humides peut se traduire par un engagement du producteur de protéger une superficie de terrain situé en milieu humide, engagement figurant au certificat d'autorisation et liant le producteur ;

17. La compensation peut également se concrétiser par une cession de terrain, une servitude de conservation ou une fiducie.

Quelle que soit la formule qui, dans les faits, est privilégiée, elle implique nécessairement un bien destiné à compenser la perte du milieu visé par la demande de certificat d'autorisation, un bien que le promoteur doit soit acquérir pour en assurer ensuite la conservation, soit céder entièrement ou partiellement (par exemple en consentant

102. Par. 145.

une servitude de conservation). Ce bien peut être la somme d'argent nécessaire à restaurer un milieu humide dans un autre lieu ou en créer un nouveau, lesquels, bien entendu, devront ensuite faire l'objet d'une protection (à nouveau, généralement par une servitude de conservation)¹⁰³. La protection de cet autre lieu devient alors inévitable. Il serait illogique en effet de restaurer un milieu qu'on pourrait ensuite altérer en y faisant d'autres travaux¹⁰⁴. Pourtant la chose est possible. En effet, certains ouvrages en milieu humide peuvent être soustraits de plein droit à l'application de l'article 22 L.Q.E. (aussi bien au premier qu'au deuxième alinéa). Ce serait le cas d'un ouvrage qui satisferait aux conditions suivantes :

- le milieu humide fait partie du littoral, de la rive ou de la plaine inondable d'un cours d'eau au sens de la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*¹⁰⁵ (la « Politique de protection des rives ») ;
- il s'agit d'un ouvrage à des fins autres que d'accès public ou autres que municipales, industrielles, commerciales ou publiques ;
- l'ouvrage aura fait l'objet d'une autorisation municipale en application d'une réglementation d'urbanisme.

D'autres travaux sont également soustraits de façon plus particulière à l'application du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E., dont des travaux de drainage forestier (sauf dans la partie non boisée d'une tourbière) ou encore des travaux de forage pour rechercher des substances minérales (autres que le pétrole ou le gaz)¹⁰⁶.

2.3 L'assise de la compensation : un concept vague et imprécis

Le document de base du MDDEP servant à déterminer s'il y a présence de marais, marécage ou tourbière est le document intitulé « Identification et délimitation des écosystèmes aquatiques, humides

103. Direction du patrimoine écologique et des parcs et Direction des politiques de l'eau, *Guide d'analyse des demandes de certificat d'autorisation pour des projets touchant des milieux humides*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, 2012, p. 25 et s.

104. Voir 9047-4784 *Québec inc.*, *supra*, note 85, par. 160.

105. R.R.Q., c. Q-2, r. 35.

106. Règlement d'application, *supra*, note 78, art. 1 et 3.

et riverains »¹⁰⁷. Ce même document s'appuie sur d'autres concepts, contenus dans d'autres documents administratifs, dont la « ligne des hautes eaux », définie dans la Politique de protection des rives comme étant la ligne où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres et où l'on trouve une définition de plante aquatique qui renvoie à la notion de marécage :

Les plantes considérées comme aquatiques sont toutes les plantes hydrophytes incluant les plantes submergées, les plantes à feuilles flottantes, les plantes émergentes et les plantes herbacées et ligneuses émergées *caractéristiques des marais et marécages ouverts sur des plans d'eau*. (nos italiques)

Ainsi, on identifie un marécage principalement par les plantes qu'on y trouve, plus spécialement les plantes aquatiques¹⁰⁸.

[35] Le botaniste Jacques Labrecque travaille pour le ministre à la Direction du patrimoine écologique et du développement durable depuis 1994. Ses tâches consistent notamment à conseiller les agents du ministre pour identifier les milieux humides.

[36] Pour ce faire, il utilise le document daté de septembre 1997 intitulé *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables* dont les annexes 1 et 2 listent les espèces végétales « obligées » et « facultatives » de milieux humides. Si ces espèces couvrent plus de 50 % d'une superficie, il la considère comme un « milieu humide »,¹⁰⁹

107. Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, *Identification et délimitation des écosystèmes aquatiques, humides et riverains – Guide d'analyse des projets d'intervention dans les écosystèmes aquatiques, humides et riverains assujettis à l'article 22 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, Québec, 2006.

108. *Financement et Investissement des îles S.E.C. c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs* (18 décembre 2009), T.A.Q., STE-M-147666-0806.

109. Le document cité ici n'est pas la Politique de protection des rives elle-même (*supra*, note 105), qui ne comporte pas d'annexes. Le document dont il est question est un document administratif interne du MDDEP intitulé : *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables – Note explicative sur la ligne naturelle des hautes eaux : la méthode botanique experte*, 2008.

Cependant, il se trouve que les plantes aquatiques sont définies comme incluant aussi des plantes caractéristiques de marécages¹¹⁰, notamment les plantes « émergées ».

[140] À son avis, l'interprétation stricte du terme « *hydrophyte* » par Jean Gélinas fait en sorte qu'il n'y aurait aucune plante aquatique du côté sud du cordon du littoral. Pour Jean Gélinas, un arbre ne peut pas être une plante aquatique. Ce dernier a omis les plantes émergées dans son énumération des plantes aquatiques, bien que celles-ci soient explicitement mentionnées à l'article 2.1 de la Politique. (nos italiques)

En clair, en plus des plantes « franchement aquatiques », une plante aquatique serait une plante caractéristique des marécages. Et qu'est-ce qu'un marécage ? Comme l'illustre le témoignage des experts du MDDEP dans l'affaire *Municipalité de Sainte-Croix* cité ci-dessus, un marécage est un milieu caractérisé par des plantes aquatiques selon le MDDEP. C'est le déterminant déterminé. Avec un tel raisonnement en boucle, il y a incontestablement place à de l'arbitraire et on aboutit avec des résultats qui ne correspondent pas du tout à la conception que se fait la personne ordinaire d'une plante aquatique. Par exemple, la liste des espèces végétales mentionnées à l'annexe 2 de la *Note explicative*¹¹¹ nous apprend qu'aux yeux du MDDEP, pour ne nommer que les espèces les plus connues, l'orme d'Amérique, l'érable rouge, le cèdre, l'épinette noire, le frêne, le peuplier baumier, les gadelliers sont autant de plantes aquatiques ! En plus d'imposer cette liste de plantes dites « facultatives de milieux humides », le MDDEP fait intervenir une autre norme, celle de la prédominance, mais sans préciser s'il est question de prédominance des espèces ou de prédominance des plants¹¹².

Notion de prédominance d'espèces : il s'agit d'identifier la ligne des hautes eaux (LHE), c'est-à-dire l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres (Guide des bonnes pratiques, 2005 ou sa mise à jour).

110. *Municipalité de Sainte-Croix c. P.G. du Québec* (22 mai 2008), 200-17-007992-076 (C.S.), 2008 QCCS 2366.

111. *Supra*, note 109.

112. Le document *Identification et délimitation des milieux aquatiques, humides et riverains*, *supra*, note 107, mentionne aux pages 6 et 7 que l'une ou l'autre approche est valable.

Notion de prédominance de plants ou d'individus d'une même espèce : il s'agit d'identifier la limite supérieure de la ou des plantes hydrophiles dominantes en nombre.¹¹³

2.3.1 Un concept « ordinaire » hors d'atteinte pour la personne ordinaire

Même si la Cour supérieure a conclu que le mot marécage doit s'entendre de son sens ordinaire, il est impossible, à l'aide des guides du MDDEP, pour la personne ordinaire de s'y retrouver. Dans la démarche qui consiste à déterminer la présence ou non d'un marécage, il faut se référer au document *Identification et délimitation*¹¹⁴, qui lui-même nous renvoie à la Politique de protection des rives, et pour laquelle le MDDEP a produit la *Note explicative*. Dans ces circonstances, il est à peu près impossible pour le profane de savoir s'il y a présence ou non d'un marécage, au sens où l'entend le MDDEP, en un lieu donné, hormis les cas patents de terrains détremés et spongieux où s'étendent des marais, typiques des « véritables » marécages. En fait, de l'aveu même, dans l'affaire *Municipalité de Sainte-Croix*¹¹⁵, d'un fonctionnaire pourtant compétent du MDDEP (un technicien forestier qui travaillait pour ce Ministère depuis 35 ans), seul un botaniste serait à même de constater en un lieu donné s'il y a prédominance des plantes aquatiques sur les plantes terrestres.

[113] Il s'agit d'un technicien forestier diplômé en 1973. Il est photointerprète depuis 35 ans. Il travaille depuis 1979 pour le MDDEP.

[...]

[126] Pour délimiter la ligne des hautes eaux, il n'a pas fait le travail de déterminer l'endroit où l'on passait d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres. Il s'agit de la méthode botanique experte réservée à des botanistes. Il n'est pas en mesure de l'appliquer.

[127] Il aurait souhaité que le botaniste Jacques Labrecque l'accompagne lors de son expertise pour valider ses conclusions, avant que le MDDEP détermine l'emplacement de la ligne des hautes eaux.

113. *Ibid.*, section 5.3.2, p. 7.

114. *Ibid.*

115. *Supra*, note 110.

Au même effet, dans une décision mettant en cause un « habitat du poisson » au sens du *Règlement sur les habitats fauniques*¹¹⁶, dont la définition fait appel au concept de « ligne naturelle des hautes eaux » (et donc à la Politique de protection des rives et à sa notion de plante aquatique), le commentaire suivant du juge Bonin de la Cour du Québec est éloquent :

Par ailleurs, le Tribunal retient aussi que la détermination de cette ligne n'est pas chose facile. Les deux agents de la conservation de la faune, qui ont pourtant une certaine expertise en matière de faune, ne sont pas en mesure d'établir cette ligne. Ils ont une idée mais celle-ci demeure fort approximative et ils doivent s'en référer à l'expert biologiste.¹¹⁷

On se retrouverait ainsi, par voie de conséquence, dans la situation aberrante où les botanistes seraient les seuls citoyens au Québec en mesure de savoir s'ils sont ou non dans un marécage et, donc, s'ils se conforment ou non à la L.Q.E. en faisant des travaux dans un milieu naturel donné. C'est pourtant ce qui résulte de l'interrelation entre ces divers documents d'ordre purement administratif du MDDEP, qui font appel à divers concepts aussi imprécis les uns que les autres au point où même un technicien forestier d'expérience ne peut s'y retrouver, laissant à notre avis une large place à l'arbitraire.

2.3.2 Une imprécision inconstitutionnelle ?

À cela s'ajoutent d'autres concepts qui ne sont pas davantage précisés. Par exemple, la présence ou non d'un « lien hydrologique de surface » est un élément capital dans la démarche imposée par les *Instructions 06-01*, comme on l'a vu plus haut, en faisant passer tout milieu humide dans la situation 3, la plus exigeante, aux fins d'analyser une demande de certificat d'autorisation, si on trouve un tel lien hydrologique. La situation 3 confronte directement le promoteur à la séquence d'atténuation éviter-minimiser-compenser. Malgré l'importance de ce critère dans le processus d'autorisation¹¹⁸, il n'a pas été possible pour le soussigné, par la voie d'une récente demande d'accès à l'information, d'obtenir un écrit du MDDEP définissant ce qu'est un « lien hydrologique de surface ». Il y a donc encore

116. R.R.Q., c. C-61.1, r. 0.1.5.

117. *P.G. du Québec c. Bacon*, C.Q. Abitibi, n° 615-61-005498-982, 5 août 1999, EYB 1999-14582, par. 9.

118. *Guide d'analyse des demandes de certificat d'autorisation pour des projets touchant des milieux humides*, supra, note 103, p. 12.

là une large place, non pas à la discrétion, mais à l'arbitraire. Avec les conséquences qu'une infraction à l'article 22 peut entraîner, surtout depuis l'avènement des sanctions administratives pécuniaires, les citoyens seront de plus en plus à risque de subir des décisions arbitraires de l'Administration avec autant de concepts aussi peu définis qui s'entrecroisent. Le législateur ne peut avoir voulu une telle portée à la loi :

Toutefois, une disposition générale peut être attaquée (comme en l'espèce) parce qu'elle ne fournit pas aux citoyens un avertissement adéquat de la conduite prohibée. Une disposition législative très précise serait-elle préférable ? À mon avis, en matière de protection de l'environnement, l'énumération détaillée n'est pas nécessairement la meilleure façon d'avertir les citoyens des conduites qui sont prohibées. Si une interdiction législative exige du citoyen qu'il ait une formation poussée en chimie pour être en mesure de déterminer qu'une activité donnée libère un contaminant particulier en quantité suffisante pour entraîner son application, cette interdiction ne donne guère un meilleur avertissement qu'une loi plus générale. Le volet avertissement de l'analyse de l'imprécision doit être abordé d'un point de vue objectif : est-ce que le citoyen moyen possédant une connaissance moyenne de la matière visée par l'interdiction en tirerait un avertissement adéquat de la conduite prohibée ? Les citoyens peuvent être déroutés s'il leur faut posséder des connaissances spécialisées pour être en mesure de comprendre une disposition législative.¹¹⁹

Pour ce qui est des milieux humides, le MDDEP semble s'attendre à ce que le citoyen ait cette connaissance poussée. Cependant, les concepts sont tellement imprécis que seuls les scientifiques peuvent vraiment s'y reconnaître. C'est dans ce contexte que celui qui fait une demande de certificat d'autorisation en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. se voit demander de consentir une compensation évaluée notamment en fonction de la superficie et de l'importance du milieu touché, milieu aux limites par ailleurs indéfinies. Ainsi, dans le cas d'un marécage, le document *Identification et délimitation* nous lance cette mise en garde :

La végétation d'un marécage est le reflet des conditions climatiques et des niveaux d'eau printaniers observés au fil des années.

119. *Ontario c. Canadien Pacifique ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 53.

Il faut cependant éviter de délimiter un marécage en se basant strictement sur les secteurs inondés à cette saison. Le caractère humide peut être également présent autour des parcelles inondées lors de la visite. Il faut alors se référer à la végétation en place ainsi qu'aux signes biophysiques permettant de confirmer le statut humide d'un emplacement. Ainsi, la détermination de la limite supérieure du marécage, qu'il soit riverain ou isolé, doit s'établir à partir de plusieurs critères et non d'un seul.¹²⁰

Et le document enchaîne avec deux critères botaniques au choix (les deux types de prédominance de végétation mentionnés plus haut), quatre ou cinq critères biophysiques selon que le marécage est riverain ou isolé et un critère hydrologique (qui n'est pas le « lien hydrologique de surface »). Et l'avertissement suivant n'est pas pour faciliter les choses :

Certaines espèces d'arbres cependant, comme le peuplier deltoïde (*Populus deltoides*), le frêne rouge (*Fraxinus pennsylvanica*) ou le cèdre (*Thuja occidentalis*), peuvent mener à un diagnostic erroné de l'emplacement des limites d'un marécage. Bien que fréquemment présentes dans ces milieux humides, ces espèces possèdent de très bonnes capacités d'adaptation et poussent parfois en dehors de ces milieux. Cette observation souligne l'importance d'utiliser d'autres indicateurs pour délimiter adéquatement un marécage.¹²¹

Une chatte en perdrait ses petits ! Or, la fixation des limites du marécage en détermine bien évidemment la superficie et la superficie ensuite délimitée est l'un des facteurs qui servira à apprécier la valeur de la compensation qui sera exigée du promoteur pour obtenir son certificat d'autorisation¹²². Clairement, quoi qu'en dise le Procureur général dans son inscription en appel, la démarche n'est plus discrétionnaire quant à la compensation, elle devient arbitraire. Non seulement la compensation équivaut-elle à un paiement aux fins d'obtenir le certificat d'autorisation demandé, comme nous le verrons ci-après, mais la valeur de ce paiement repose sur une appréciation subjective, voire éminemment arbitraire, du milieu touché.

120. *Supra*, note 107, section 5.3, p. 6.

121. *Ibid.*, section 5.2, p. 5.

122. *Guide d'analyse des demandes de certificat d'autorisation pour des projets touchant des milieux humides, supra*, note 103, p. 8.

2.4 Qualifier en droit la compensation

Ceci nous amène à qualifier en droit la compensation. Il s'agit à notre avis de l'imposition d'un droit qui résulte en une dépossession partielle d'un bien et, donc, d'une expropriation. L'expropriation est « l'acquisition forcée de la propriété pour fins d'utilité publique »¹²³. Pour qu'il y ait expropriation, il faut donc à première vue qu'il y ait une propriété et que cette propriété soit acquise de force. L'article 952 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») parle de contrainte.

952. Le propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voie d'expropriation faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Lorsque la compensation prend la forme d'une réserve, à savoir la mise à l'écart pour fins de conservation d'une partie d'un milieu humide faisant l'objet de la demande de certificat d'autorisation, elle peut se présenter selon certaines modalités :

- elle peut se concrétiser par une cession de droit réel sur un terrain visé ou non visé par la demande :
 - soit en transférant la propriété à des fins de conservation (par exemple à un organisme voué à la conservation) ; ou
 - soit par un gel de ce droit réel en empêchant qu'il soit utilisé à certaines fins (comme le ferait, par exemple, une servitude de conservation) ;
- il peut s'agir d'un refus du ministre d'accorder la demande pour une partie de la superficie visée par celle-ci ; ou
- elle pourrait se concrétiser par une condition contenue dans le certificat d'autorisation prévoyant que des superficies particulières seront soustraites à toute utilisation.

Dans le premier cas, il s'agit soit du transfert de la propriété, soit d'un gel de celle-ci par une servitude. Dans ce cas, il y a à chaque fois quelqu'un qui s'approprie une partie de la propriété. En effet, même dans le cas d'une servitude, il y a appropriation par un tiers. La

123. *117080 Canada inc. c. Longueuil (Ville de)*, EYB 1988-83479 (C.S.), par. 34.

servitude est un démembrement de la propriété qui avantage nécessairement quelqu'un (art. 1117 et 1119 C.c.Q.) :

1117. La servitude est une charge imposée sur un immeuble, le fonds servant, en faveur d'un autre immeuble, le fonds dominant, et qui appartient à un propriétaire différent.

Cette charge oblige le propriétaire du fonds servant à supporter, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété.

La servitude s'étend à tout ce qui est nécessaire à son exercice.

1119. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels.

Dans le cas d'une servitude visant à assurer la conservation d'une partie de la superficie d'un milieu humide ou même dans le cas d'une servitude visant à assurer la conservation d'une autre propriété (comme un autre milieu humide qui serait offert en compensation, ou une bande de protection autour d'un autre milieu humide), il y a donc une charge obligeant le propriétaire du fonds à s'abstenir lui-même d'exercer ses droits de propriété sur une partie du milieu humide lui appartenant ou qui lui appartiendra. Comme l'indique l'article 1117 C.c.Q., la servitude est à l'avantage d'un autre fonds, appelé le « fonds dominant », appartenant à un propriétaire différent. Il pourrait s'agir ici de l'État et le fonds dominant pourrait être une terre publique voisine. Il pourrait s'agir d'un autre milieu humide en périphérie du premier confié à un organisme de conservation. Dans toutes les situations, il y a un fonds dominant dont le propriétaire est bénéficiaire de la servitude.

Dans le deuxième cas, à savoir une compensation sans que ne soit cédée la propriété, par exemple le refus du ministre d'accorder la demande sur une partie du territoire ou une condition imposée dans l'éventuel certificat d'autorisation, il y aurait également expropriation à notre avis. En effet, selon la jurisprudence, il y a expropriation du moment qu'il y a dépossession d'un propriétaire de son bien sans pour autant qu'il y ait appropriation par un tiers ou par l'État. Ainsi, on a jugé que de zoner une propriété privée à des fins de parc public uniquement équivalait à une expropriation, le propriétaire n'ayant

« pas plus de droit sur son terrain que le public qui peut l'utiliser comme parc ». C'est aussi ce que nous retenons de l'arrêt *Tener* de la Cour suprême, qui porte sur l'empêchement d'exercer un droit d'extraction.

Il me semble que la conséquence du refus d'accorder le permis (et pour les fins de ce litige, le refus doit être considéré comme absolu et non comme temporaire) a été, en termes courants, d'empêcher les intimés d'exercer leur droit d'accès au bien-fonds dans le but d'extraire les minéraux et de se les approprier. En d'autres mots, *ils ont été empêchés de tirer profit de leurs claims miniers*. La question est de savoir si ce refus constitue une expropriation ou un préjudice en droit.¹²⁴

À mon avis, *il s'agit d'une expropriation conformément à l'alinéa 11c) de la Park Act à laquelle la Highways Act s'applique*. J'arrive à cette solution parce que *la négation absolue du droit d'accéder au bien-fonds et d'extraire les minéraux pour se les approprier a eu comme conséquence de déposséder les intimés de leur droit d'extraction*. Leur droit est sans objet s'ils ne peuvent l'exploiter. Les minéraux sur place ne leur appartiennent pas. L'extraction et le droit de procéder à l'extraction sont de l'essence de leur droit réel.¹²⁵ (italiques ajoutés)

Pour qu'on soit en présence d'une expropriation déguisée, il faut que le propriétaire subisse un préjudice spécial, distinct des inconvénients normaux que tous les citoyens sont obligés de subir dans l'intérêt public. Il est important de retenir que des charges supplémentaires, des tracasseries et des dépenses additionnelles ne seraient pas suffisantes.

Des auteurs¹²⁶ ont relevé des situations que les tribunaux ont considérées comme une expropriation déguisée :

- un zonage qui restreint l'usage au seul usage de parc public ;

124. *R. c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, par. 16.

125. *Ibid.*, par. 31.

126. Daniel CHÉNARD, « La Cour d'appel du Québec et l'expropriation déguisée : le prix à payer », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*, 2006 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., Tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1989.

- un règlement qui impose une exigence tellement onéreuse qu'elle empêche l'exploitation du site (ex. marge de recul considérable, fins récréatives ou érablière seulement) ;
- une loi qui prive un exploitant de son achalandage (plus exactement en matière de pêcheries où une loi attribuait à une agence gouvernementale le droit exclusif d'acheter le poisson pêché à des fins commerciales sur le territoire de la province) ;
- le refus de délivrer un permis d'extraction minière (l'affaire *Tener* que nous avons évoquée plus haut).

2.4.1 S'affranchir des exigences de la loi

Nous allons même plus loin. En effet, d'une certaine manière, on peut selon nous prétendre qu'il y aurait ici appropriation par l'État compte tenu de la fin pour laquelle le promoteur serait privé d'une partie de ses droits. Si l'objet est en effet de faire d'une partie d'un milieu humide l'équivalent d'une aire protégée, elle permettrait au ministre de constituer l'équivalent d'une mise en réserve sans passer par les exigences et les règles de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*¹²⁷ (la « L.C.P.N. »), notamment ses articles 27 et 28 :

27. Dans le but de protéger un territoire en vue de la constitution d'une nouvelle aire protégée, tel un parc, le ministre, avec l'approbation du gouvernement, dresse le plan de cette aire, établit un plan de conservation pour celle-ci et lui confère un statut provisoire de protection à titre de réserve aquatique, de réserve de biodiversité, de réserve écologique ou de paysage humanisé projeté.

28. À moins que le gouvernement n'autorise une durée plus longue, la mise en réserve d'un territoire effectuée en vertu de l'article 27 est d'une durée d'au plus 4 ans. Elle peut faire l'objet de renouvellements ou de prolongations.

Ces renouvellements ou prolongations ne peuvent cependant, à moins d'une autorisation du gouvernement, avoir pour effet de porter la durée d'une mise en réserve à plus de 6 ans.

127. L.R.Q., c. C-61.01.

Autrement, une propriété ainsi conservée est essentiellement une « réserve naturelle » en vertu de cette Loi, telle que définie à l'article 2 L.C.P.N. :

« réserve naturelle » : une propriété privée reconnue à ce titre en raison de l'intérêt que sa conservation présente sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager.

Or, il s'agit d'une démarche volontaire, comme le révèle l'article 54 de cette Loi.

54. Toute propriété privée dont les caractéristiques sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager présentent un intérêt qui justifie leur conservation peut, sur demande faite par son propriétaire dans les conditions établies ci-après, être reconnue comme réserve naturelle.

La reconnaissance peut être perpétuelle ou accordée pour un terme qui ne peut être inférieur à 25 ans.

Et sa gestion n'est pas improvisée :

57. Avant de reconnaître la propriété comme réserve naturelle, le ministre conclut une entente avec le propriétaire ou, selon le cas, approuve une entente intervenue entre le propriétaire et un organisme de conservation à but non lucratif. [...]

On voit par ces dispositions qu'une compensation qui consisterait à geler une propriété équivaldrait à créer une réserve naturelle sans passer par le mécanisme prévu dans la L.C.P.N. Cette création de réserve naturelle se ferait de façon contraignante puisqu'elle deviendrait une condition à l'octroi au promoteur du droit d'exercer l'activité ou de faire les travaux pour lesquels il demande une autorisation. Il s'agirait nettement, dans de telles circonstances, d'un avantage pour le ministre.

2.4.2 La compensation n'est pas volontaire

Une expropriation n'est pas volontaire. Elle est imposée. Une personne qui cède de gré à gré à une administration publique sa propriété ne peut prétendre à une expropriation. Mais peut-on prétendre

à une cession de gré à gré lorsque le refus de consentir à cette cession expose le promoteur à se faire refuser sa demande de certificat d'autorisation, bref, que le refus de céder une partie de sa propriété l'expose à ne pas pouvoir utiliser l'ensemble de celle-ci ? Si le refus du promoteur de compenser l'utilisation de sa propriété par l'une des mesures décrites plus haut l'exposait à se voir refuser son certificat d'autorisation, et si c'était pour cette raison uniquement qu'il se départirait d'un droit qu'il possède, on ne pourrait certes pas parler de choix, de consentement. En effet, le choix du promoteur, dans ces circonstances, serait de se voir privé du droit d'exploiter le milieu humide ou de se voir privé d'en exploiter une partie. Bref, il n'y a pas de choix. L'abandon d'un droit sur une partie de la propriété devient ici une condition *sine qua non* de la délivrance du certificat.

Nous sommes donc d'avis qu'une compensation, dans l'une ou l'autre des formes mentionnées plus haut, exigée comme condition de délivrance d'un certificat d'autorisation, peut être vue comme une expropriation au sens de l'article 952 C.c.Q.

2.4.3 Une tarification ou une taxation « en nature »

La compensation peut aussi être vue comme la perception d'un droit. Puisqu'elle prévoit que le promoteur se départit d'un droit ou d'une chose, à savoir son droit d'utiliser une partie de sa propriété, ou que le promoteur cède une autre propriété à des fins de conservation en contrepartie de la délivrance du certificat d'autorisation, on peut sans aucun doute y voir une forme de paiement, *un paiement en nature* (sans mauvais jeu de mots). En d'autres termes, pour qu'un promoteur soit autorisé à utiliser la superficie de milieu humide qu'il souhaite exploiter et pour laquelle il détient déjà un droit de propriété, il doit payer à un tiers (au ministre ou à un organisme de conservation) un frais. Nous avons vu plus haut qu'il y a dépossession d'un bien, quelle que soit la forme que prendrait la compensation, et quelqu'un en bénéficie (ultimement, si ce n'est pas une autre partie privée, c'est le ministre).

À notre avis, nous avons ici une forme de taxation, qu'il s'agisse de la perception d'une taxe proprement dite, d'un tarif pour le paiement de services gouvernementaux ou d'une redevance pour l'utilisation d'un bien (comme un loyer). C'est l'équivalent, à notre avis, d'un tarif imposé au promoteur aux fins d'obtenir l'autorisation qu'il sollicite. Soit, ce n'est pas le ministre qui « encaisse » le tarif, mais tarif il y a. Or, c'est par un acte officiel du ministre, passé en vertu de

l'article 31.0.1 L.Q.E., que le ministre peut décréter qu'une demande de certificat d'autorisation fera l'objet d'un tarif particulier. Il se trouve que l'arrêté ministériel¹²⁸ ne contient aucune disposition relative au paiement d'une compensation pour l'obtention d'un certificat d'autorisation délivré en vertu du deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E.

Cette tarification d'un nouveau genre ne fait l'objet d'aucun acte juridique formel autorisé par la L.Q.E. Il s'agit en outre d'une tarification imposée dans un contexte éminemment arbitraire, compte tenu des paramètres qui entrent en ligne de compte pour déterminer si un projet donné est assujéti ou non à un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., plus spécialement pour les milieux humides que sont les marais, marécages et tourbières. Il n'existe aucune définition législative de ces milieux. La Cour supérieure a déterminé que ces termes doivent s'entendre dans leur sens ordinaire, mais le MDDEP ne l'entend pas de la même manière. Pour déterminer à la satisfaction du MDDEP si, en un lieu donné, il y a présence d'un marais, d'un marécage ou d'une tourbière, il faut s'en remettre à des critères très généraux énoncés dans des documents qui renvoient les uns aux autres en laissant une large place à la subjectivité. Et ce sont ces critères qui servent au « calcul » du « tarif ».

2.5 Les pouvoirs du ministre

L'article 952 C.c.Q. n'interdit pas l'expropriation. Elle doit être « faite suivant la loi pour une cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ». De plus, une expropriation sans indemnité peut être autorisée par la loi. Il est en effet reconnu que *si* le législateur accorde un droit, il peut aussi le retirer sans que cette privation doive être indemnisée. Néanmoins, le droit à l'expropriation « doit être basé sur un texte de loi qui l'exprime clairement. ***Ce droit n'est jamais présumé, ni implicite*** » (caractères gras et italiques ajoutés)¹²⁹. De la même manière, il ne saurait y avoir taxation sans qu'une loi le prévoie expressément. Les taxes sont prévues dans les lois budgétaires. D'autres droits exigibles peuvent être prévus dans d'autres lois. Enfin, l'État peut percevoir des droits sur l'utilisation des ressources qu'il met à la disposition d'une tierce partie.

128. Arrêté ministériel concernant les frais exigibles en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement, R.R.Q., c. Q-2, r. 28.

129. *B. & F. Guité Inc. c. P.G. du Québec*, [1977] C.S. 156, 157.

La question est donc de savoir si le ministre dispose d'un tel droit lorsqu'il exerce ses pouvoirs en vertu de l'article 22 L.Q.E. La demande de certificat d'autorisation est faite et traitée en vertu de la section IV de la L.Q.E., soit les articles 20 à 31. En l'absence de règlement, le ministre peut, dans l'exercice de sa discrétion, s'appuyer sur une directive ou politique interne¹³⁰. Ceci dit, dans quelle mesure peut-elle se référer aux *Instructions 06-01* pour décider d'une demande de certificat d'autorisation ? Quelle est la valeur juridique des Instructions ?

Ces Instructions ne sont pas une loi. Il s'agit d'une procédure administrative interne de la nature d'une directive ou d'une politique. Les fonctionnaires ont bien entendu l'obligation de suivre les directives de leur employeur et n'ont généralement pas de marge de manœuvre. Toutefois, nous sommes alors au stade pré-décisionnel. Ultimement, c'est le ministre qui, en exerçant les pouvoirs que lui accorde le législateur, rend une décision, décision qui, pour l'article 22 L.Q.E., fait l'objet d'une délégation jusqu'aux échelons de directeur régional et de directeur adjoint par le biais du *Décret concernant les modalités de signature de certains documents du ministère de l'Environnement*¹³¹. Et... « [s]ans se laisser aveugler par elles et les ériger en acte réglementaire, le ministre peut se guider sur les directives et les politiques élaborées par l'Administration pour juger de l'acceptabilité environnementale d'un projet »¹³².

Il y a lieu de noter que les *Instructions 06-01* n'émanent pas du ministre mais du MDDEP. En effet, elles émanent d'un sous-ministre adjoint et d'un directeur général. Selon le deuxième alinéa de l'article 7 de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, L.R.Q., c. M-30.001, « [a]ucun acte, document ou écrit n'engage le ministre ni ne peut lui être attribué, s'il n'est signé par lui, par le sous-ministre, par un membre du personnel du ministère ou par un titulaire d'un emploi mais, dans le cas de ces deux derniers, uniquement dans la mesure déterminée par le gouvernement ». Cette mesure, c'est celle déterminée dans le décret

130. Le jugement *Atocas de l'Érable* fait largement état du rôle, de la portée et des limites des politiques et directives administratives, par. 132 à 158.

131. Décret 711-2002, (2002) *G.O.* II, 4157.

132. A. PRÉVOST, « Les limites du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Environnement et de la Faune du Québec », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 90, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 133, p. 162 ; *Ferme Chouinard inc. c. Ministre de l'Environnement*, C.M. Québec, n° 51769, 28 juin 1994, p. 18 et 19.

mentionné plus haut qui ne prévoit pas l'adoption de directives. Le ministre ne peut donc pas, à notre avis, être lié par un tel document.

On a vu en introduction la portée limitée d'une directive à l'égard du justiciable. On ne peut par ailleurs agir par directive lorsque la loi accorde le pouvoir d'agir par voie réglementaire. Ce point est important puisque, comme on l'a vu, il existe des dispositions législatives très claires pour conserver des éléments du patrimoine naturel dignes de conservation. Cependant, la portée générale d'une directive ou politique lui donne parfois un statut juridique ambigu dans l'ordonnement juridique.

Une demande de certificat d'autorisation est faite et traitée en vertu de la section IV de la L.Q.E., qui comprend les articles 20 à 31.0.1. Nous n'y retrouvons aucune disposition conférant au ministre le pouvoir d'exiger une compensation au sens où elle est comprise ici, à savoir de contraindre le demandeur à se départir ou se priver d'une partie de sa propriété. Dans les cas où une compensation pourrait être exigée, le législateur y a pourvu, du moins implicitement, notamment en définissant les balises d'une étude d'impact réalisée en application d'une autre section de la L.Q.E., la section IV.1. C'est ainsi que le RÉEIE indique qu'une étude d'impact peut traiter de « toutes autres données et caractéristiques techniques nécessaires pour connaître et évaluer les effets du projet sur l'environnement et *pour identifier les mesures de correction ou de compensation requises* »¹³³ (nos italiques). Au terme de cette procédure, comme on l'a vu à la section 1 plus haut, c'est le gouvernement qui accorde l'autorisation et l'article 31.5 L.Q.E. prévoit qu'il « peut délivrer un certificat d'autorisation pour la réalisation du projet avec ou sans modification et aux conditions qu'il détermine ». La jurisprudence et la doctrine ont toutes deux reconnu que le gouvernement disposait ici d'un très large pouvoir et pouvait s'appuyer sur des considérations de politique générale¹³⁴. On ne saurait reconnaître au ministre un pouvoir aussi large en vertu de l'article 22 L.Q.E., bien qu'il jouisse lui aussi d'une grande discrétion. C'est une discrétion, non pas dans ses pouvoirs, mais dans son analyse, dans l'appréciation qu'il fait du dossier pour rendre sa décision.

133. Art. 3, par. a du RÉEIE, *supra*, note 16.

134. *Bellefleur*, *supra*, note 33.

2.5.1 La tarification suppose tout au moins un acte réglementaire

Un autre exemple d'encadrement du pouvoir décisionnel du ministre est celui de l'article 31 L.Q.E., notamment à ses paragraphes *e.1* et *t*.

31. Le gouvernement peut adopter des règlements pour :

[...]

e.1) mettre en place des mesures prévoyant le recours à des instruments économiques, notamment des permis négociables, des droits ou redevances d'émission, de déversement ou de mise en décharge, des droits ou redevances d'élimination anticipés et des droits ou redevances liés à l'utilisation, à la gestion ou à l'assainissement de l'eau, en vue de protéger l'environnement et d'atteindre des objectifs en matière de qualité de l'environnement pour l'ensemble ou une partie du territoire du Québec, et établir toute règle nécessaire ou utile au fonctionnement de ces mesures portant entre autres sur la détermination des personnes ou municipalités tenues au paiement de ces droits ou redevances, sur les conditions applicables à leur perception ainsi que sur les intérêts et les pénalités exigibles en cas de non-paiement ;

[...]

t) déterminer les frais exigibles de celui qui est titulaire d'une autorisation, d'une approbation, d'un certificat, d'un permis, d'une attestation ou d'une permission et destinés à couvrir les coûts engendrés par des mesures de contrôle ou de surveillance, notamment ceux afférents à l'inspection d'installations ou à l'examen de renseignements ou de documents fournis au ministre, les modalités de paiement de ces frais, ainsi que les intérêts exigibles en cas de non-paiement et exempter du paiement de tels frais, en tout ou en partie et aux conditions qu'il détermine, un titulaire qui a mis en place un système de gestion de l'environnement répondant à une norme québécoise, canadienne ou internationale reconnue.

Les frais déterminés en application du paragraphe *t* du premier alinéa sont établis en fonction de la nature des activités du titu-

laire, des caractéristiques de son installation, de la nature, de la quantité ou de la localisation des rejets ou des matières entreposées, enfouies, transformées ou traitées, ou encore du nombre d'infractions à une disposition de la présente loi ou d'un règlement pris pour son application pour lesquelles il a été déclaré coupable par jugement final au cours de la période que détermine le gouvernement, ainsi que de la nature ou de la gravité de ces infractions. [...]

Le règlement initial pris en application du paragraphe t du premier alinéa doit faire l'objet d'une étude par la commission compétente de l'Assemblée nationale avant son approbation par le gouvernement.

Les sommes perçues en application du paragraphe t du premier alinéa sont versées au Fonds vert. (nos italiques)

On note aussi que le ministre peut, par arrêté, déterminer les frais exigibles pour une demande de certificat d'autorisation. C'est le paragraphe 31.0.1 L.Q.E. qui lui confère ce pouvoir :

31.0.1 Le ministre peut, par arrêté, déterminer :

1° les frais exigibles de celui qui demande la délivrance, le renouvellement ou la modification d'une autorisation, d'une approbation, d'un certificat, d'un permis, d'une attestation ou d'une permission prévus par la présente loi ou par un règlement pris pour son application. Ces frais sont fixés sur la base des coûts engendrés par le traitement de cette demande ; [...]

Ces frais peuvent varier en fonction de la nature, de l'importance ou du coût du projet, de la catégorie de source de contamination, des caractéristiques de l'entreprise ou de l'établissement, notamment sa taille, ou de la complexité des aspects techniques et environnementaux du dossier.
(nos italiques)

Comme on peut le voir, lorsqu'il est question de soutirer des fonds de celui qui demande une autorisation, l'encadrement est très strict. Hormis les frais de traitement d'une demande, fixés par arrêté du ministre publié dans la *Gazette officielle*, c'est par règlement du gouvernement que les autres droits peuvent être perçus et, qui plus

est, le règlement initial pris en vertu du paragraphe *t* de l'article 31 L.Q.E. doit être étudié en commission parlementaire ! *A fortiori*, lorsqu'il est question de déposséder une personne de ses droits réels, devrait-on trouver dans la loi des dispositions claires et ce n'est pas le cas de la compensation. Celle-ci est clairement assimilable à un droit ou une redevance imposée « en vue de protéger l'environnement et d'atteindre des objectifs en matière de qualité de l'environnement », comme le prévoit le paragraphe *e.1* cité ci-dessus, mesure qui doit être imposée par voie réglementaire après étude de la première version en commission parlementaire.

2.5.2 La cession d'un droit réel doit être prévue par la loi

Il est vrai que le ministre est en droit de s'assurer, avant d'autoriser un projet, que les atteintes à l'environnement seront acceptables. Ajoutons qu'il est reconnu que le droit de propriété n'est pas absolu. Comme le prévoit l'article 947 C.c.Q., « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, *sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi* » (nos italiques). Par exemple, puisque le législateur prévoit que les travaux dans un marais, un marécage ou une tourbière requièrent un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E., on ne peut prétendre à un droit absolu d'intervenir dans de tels milieux.

Certes, pour le propriétaire, le fait de se conformer à une réglementation visant à protéger l'environnement est une charge supplémentaire et lui occasionne des tracas et des dépenses additionnelles. C'est là simplement la rançon que tout propriétaire individuel doit payer pour la protection générale et collective de la nature. La complexification de l'exercice du droit de propriété individuel pour cette raison ne saurait constituer une expropriation déguisée, non plus d'ailleurs qu'une réduction consécutive de la valeur commerciale de la propriété.¹³⁵

Notons que cette citation fait état de réglementation, ce que ne sont pas les *Instructions 06-01*. La contrainte à laquelle un promoteur est assujettie est celle d'obtenir le certificat d'autorisation prévu au deuxième alinéa de l'article 22 L.Q.E. et il doit inclure dans sa demande les renseignements et documents énumérés aux articles 7 et 8 du Règlement d'application. En sus de ces exigences réglementai-

135. *Municipalité régionale de comté d'Abitibi c. Ibitiba Itée*, (C.A. Québec), [1993] A.Q. n° 603.

res, le dernier alinéa de l'article 22 prévoit que le ministre peut exiger « tout renseignement, toute recherche ou toute étude supplémentaire dont il estime avoir besoin pour connaître les conséquences du projet sur l'environnement et juger de son acceptabilité » (sous réserve du cas des projets soumis à l'évaluation environnementale, tel qu'indiqué plus haut)¹³⁶. Enfin, par règlement du gouvernement, des droits et des redevances peuvent être imposés et, par arrêté du ministre, des frais peuvent être exigés pour le traitement d'une demande. Rien dans ces règles ne prévoit que le ministre puisse exiger une quelconque cession de droit réel ou une renonciation à de tels droits.

2.5.3 Le pouvoir d'exiger une compensation ne peut se présumer

Toute taxe, redevance ou droit en faveur de l'État ne peut exister sans loi claire et ne se présume pas. Il faut favoriser l'interprétation littérale et restrictive, favorable au citoyen¹³⁷. L'autorité gouvernementale ne peut avoir que les pouvoirs qui lui sont expressément conférés. Elle a le fardeau d'établir que les dispositions et conditions de la législation en vertu de laquelle elle impose sa demande sont expressément suivies. Nous sommes d'avis que l'imposition d'une compensation pour la dégradation d'un milieu humide ne se présume pas. L'exigence de la compensation doit être clairement énoncée dans un texte de loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Certes, la protection de l'environnement est un objectif louable mais il doit néanmoins être atteint par des moyens conformes à la loi.

Si un milieu humide mérite d'être protégé, il existe des outils législatifs pour y arriver, dont les pouvoirs attribués au ministre par la L.C.P.N. Sur ce plan, on peut même se demander si, en exigeant la compensation, il n'y aurait pas enrichissement sans cause de la part du ministre. En effet, il s'évite le recours aux dispositions de la L.C.P.N. que nous avons vues plus haut pour protéger un territoire donné. Le ministre, par une compensation, va même au-delà de ce que prévoit cette loi. En effet, s'il exige que la protection d'un autre milieu humide ou d'une partie de la propriété en cause soit totale, c'est-à-dire qu'on y applique des mesures de conservation absolue, il soustrait ce territoire à toute autre utilisation légitime qui pourrait faire l'objet d'une demande de certificat d'autorisation par une tierce

136. V. *supra*, section 1.4.4.

137. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 1999, p. 613 à 616.

personne ou encore pourrait être exemptée d'un certificat d'autorisation comme le prévoit le Règlement d'application aux articles 1 et 3. Le ministre, ce faisant, lie sa discrétion quant à une autre demande qui pourrait lui être faite pour le milieu visé par cette protection, ce qu'il ne peut faire puisqu'il doit étudier toute demande à son mérite¹³⁸. De plus, même dans les territoires protégés en vertu de la L.C.P.N., la conservation d'un territoire n'est jamais absolue. Certaines activités y sont toujours autorisées même si elles peuvent être limitées, dans les cas les plus stricts comme les réserves écologiques, aux activités de gestion, de recherche et d'éducation.

2.6 La compensation violerait les droits fondamentaux

Une cession immobilière forcée violerait le droit fondamental de propriété. Selon l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, *sauf dans la mesure prévue par la loi.*
(italiques ajoutés)

C'est donc par l'effet d'une loi (et non par une simple directive) qu'on peut ainsi porter atteinte à ce droit qui, il vaut la peine de le souligner, est inscrit dans les droits dits « fondamentaux » dans la Charte. Par ailleurs, l'article 952 C.c.Q. déjà cité prévoit que le propriétaire a droit à une juste et valable indemnité. Il y a lieu de citer aussi le préambule du Code civil qui dénote l'importance que le législateur accorde aux dispositions qu'il contient.

Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, *il constitue le fondement des autres lois* qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. (italiques ajoutés)

138. 9007-5193 *Québec inc. c. Québec (ministre de l'Environnement)*, C.S. Longueuil, n° 505-17-001674-045, 8 août 2006, 2006 QCCS 4527, conf. en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-017036-06, 10 mai 2007, 2007 QCCA 667.

2.7 Le refus de délivrance d'un certificat d'autorisation

Qu'en serait-il d'une position du MDDEP qui demanderait au promoteur de limiter sa demande, c'est-à-dire de ne pas demander un certificat d'autorisation pour l'ensemble des lots visés initialement, mais uniquement une partie où il autoriserait une exploitation ? Si la conséquence était que le résidu de la propriété se trouvait ainsi définitivement soustrait à l'exploitation, nous considérons qu'il s'agirait d'une situation identique à celle du gel d'une autre propriété et il en résulterait à notre avis une expropriation. Du reste, un gel total nous apparaît inadmissible. On ne saurait en effet prétendre qu'aucune autre utilisation des lieux ne pourrait être faite dans l'avenir, même pour autre chose que ce que prévoit un promoteur donné. En décrétant, sans passer par les mécanismes de la L.C.P.N., qu'un milieu humide particulier sera à jamais soustrait à toute forme d'exploitation, le ministre lie encore une fois à l'avance sa discrétion à l'égard de toute demande future qui pourrait lui être faite du résidu du milieu humide visé, ce qui ne peut être.

Il y aurait aussi expropriation à notre avis si le ministre refusait purement et simplement de délivrer le certificat d'autorisation pour l'ensemble de la propriété sous prétexte que le promoteur refuserait de prévoir dans sa demande la compensation exigée.

2.8 En conclusion, la compensation requiert une habilitation législative

Il se dégage de ce qui précède que la compensation devient une condition *sine qua non* à l'acceptation ou non par le ministre du projet soumis. Cette compensation vise dans tous les cas la mise sous réserve, à des fins de conservation, d'un terrain constitué d'un milieu humide qu'il vaut la peine de protéger, d'un terrain en périphérie qui servirait à accroître la protection d'un milieu humide, d'un milieu humide restauré ou d'un milieu humide créé artificiellement. Dans tous les cas, on a une propriété qui n'est pas visée par le certificat d'autorisation obtenu et qui se trouve pourtant visée par un régime de protection émanant de ce certificat. Or, le certificat ne peut valoir que pour le terrain pour lequel on demande une autorisation et donc celui où auront lieu les travaux visés par la demande. Si une portion d'un milieu humide reste inutilisée, aucun certificat d'autorisation n'est nécessaire pour cette portion.

On se retrouve donc avec un curieux résultat où des terrains qui ne sont pas utilisés sont sujets à une prohibition d'utilisation en vertu d'un certificat d'autorisation délivré en principe dans les cas où une utilisation est prévue. On transforme ainsi un document destiné à autoriser une activité en un document destiné à prohiber une utilisation. D'ailleurs, c'est sans doute pour cette raison que la protection doit être assurée par une servitude de conservation limitant l'usage de cette autre propriété. Il est incontestable que ce régime de protection constitue une expropriation, que ce soit sous forme de frais à déboursier pour acquérir ailleurs un autre terrain à protéger, ou sous forme de mise en réserve d'une partie de la propriété visée par la demande. Cette expropriation ne se fait pas de gré à gré. Ou bien la personne n'obtient pas le certificat d'autorisation, auquel cas, c'est la totalité de la propriété qu'il ne peut utiliser pour son projet, ou bien il accepte de se priver ainsi d'une partie de la propriété pour pouvoir utiliser le reste. Ce n'est pas un choix ou, si c'est un choix, il est imposé. Il n'est pas volontaire.

Or, ce faisant, le ministre s'évite d'avoir à utiliser les pouvoirs que lui confère la L.C.P.N. pour acquérir des propriétés qu'il souhaite mettre en réserve en vertu de cette Loi. Il s'évite par le fait même d'avoir à exproprier, conformément aux dispositions de la *Loi sur l'expropriation*¹³⁹, les propriétés qui l'intéressent. Il y a donc incontestablement un enrichissement, de la part de l'État, par le stratagème de la compensation, ce qui vient ajouter à l'argument qu'une telle façon de faire est une véritable expropriation.

3. DES EXPERTS SOUS HAUTE SURVEILLANCE

Le troisième volet de cette trilogie porte sur les experts désignés par le ministre en vertu de l'article 31.65 L.Q.E. Il s'agit d'un autre cas où on érige en règle obligatoire un cadre purement administratif qui n'a pas été prévu par le législateur. Voyons d'abord le régime juridique dont il est question ici et, d'abord, l'article 31.65 L.Q.E. :

31.65. Le ministre dresse, et tient à jour, une liste des experts habilités à fournir les attestations qu'exigent les dispositions de la présente section et des articles 120 et 121 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (L.R.Q., c. A-19.1). Cette liste est rendue accessible au public selon les modalités que fixe le ministre.

139. L.R.Q., c. E-24.

Les conditions à satisfaire pour être inscrit sur cette liste, dont les droits à payer, sont établies par le ministre, après consultation des groupements ou organismes qui, à son avis, sont formés de personnes susceptibles de satisfaire aux conditions susmentionnées. Une fois établies, ces conditions sont publiées à la Gazette officielle du Québec.

Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2003, avait été annoncée quelques années auparavant. Le ministère de l'Environnement et de la Faune (« MEF ») avait prévu dès 1998, dans la *Politique de protection des sols et de réhabilitation des terrains contaminés*¹⁴⁰ (la « Politique sur les sols »), un régime privé de vérification destiné à délester l'appareil administratif d'une partie de sa charge de travail. On peut présumer que le Ministère s'inspirait du régime privé qui prévalait à l'époque de vérification des équipements pétroliers par des professionnels qui avaient reçu l'agrément du ministère des Ressources naturelles, les « vérificateurs agréés ». Ce régime était prévu dès 1997 en vertu de la *Loi modifiant la Loi sur l'utilisation des produits et d'autres dispositions législatives*¹⁴¹ même s'il n'est entré en vigueur qu'au début de 1999, alors que la loi modifiée devenait la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*¹⁴². À présent, cependant, la responsabilité des équipements pétroliers relève de la Régie du bâtiment en 2006¹⁴³.

La Politique sur les sols présentait comme suit¹⁴⁴ le régime privé de vérification envisagé :

La mise en place d'un système d'agrément de professionnels vise à accélérer le traitement des dossiers, à augmenter la qualité des études et des travaux réalisés et à responsabiliser davantage le secteur privé. Le programme de certification permettra de s'assurer que les études et les travaux soient réalisés selon les standards établis. Les professionnels agréés devront être au fait des exigences découlant de la politique et des guides qui l'accompagnent. De cette façon, le temps consacré par le

140. Ministère de l'Environnement et de la Faune, *Politique de protection des sols et de réhabilitation des terrains contaminés*, Québec, Publications du Québec, 1998.

141. L.Q. 1997, c. 64.

142. L.R.Q., c. P-29.1.

143. Par l'effet du projet de loi n° 92, *Loi modifiant la Loi sur les produits et les équipements pétroliers, la Loi sur le bâtiment et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 10, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007.

144. À la section 10.

MEF à la révision d'études et de recommandations dans le cadre de travaux de réhabilitation de terrains contaminés pourra être sensiblement réduit.

Il est prévu que toute personne qui satisfera aux critères requis, et qui a une certaine expérience pratique, pourra être accréditée. Les professionnels non agréés pourront continuer à procéder à des études ou à des travaux de restauration, comme c'est le cas présentement. Toutefois, les professionnels agréés seront les seuls individus habilités à certifier les documents suivants :

- le profil environnemental ;
- le bilan environnemental et la grille de cotation du risque ;
- le constat de réalisation des travaux.

Un mécanisme de contrôle des professionnels agréés sera également mis en place par le MEF. (nos italiques)

Avec l'adoption en 2002, puis l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2003, de la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres mesures législatives relativement à la protection et la réhabilitation des terrains*¹⁴⁵, connue sous le nom de « Loi 72 », le régime de vérification privée ainsi envisagé devenait loi. La Loi 72 modifiait en profondeur la section IV.2.1 du chapitre I de la L.Q.E., qui porte sur les terrains contaminés. Elle modifiait aussi deux articles de la L.A.U., les articles 120 et 121 portant sur la délivrance des permis de construction et de lotissement. Cependant, la L.Q.E. n'a pas été modifiée exactement dans les termes de la Politique sur les sols. Ainsi, la relation entre les usages du sol et les concentrations de contaminants permises (appelés « critères » dans la Politique et « valeurs limites » dans la L.Q.E.) n'est pas la même. Le mécanisme de validation du « profil environnemental » par le MEF n'a pas été retenu et c'est plutôt un régime d'attestation relevant de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*¹⁴⁶ (la « L.A.U. ») qui a été instauré. Les restrictions à l'analyse de risque pour les produits pétroliers n'ont pas été retenues par le législateur, du moins tant qu'un règlement ne viendra pas donner effet à l'article 31.51.1 L.Q.E., introduit par le projet de loi 92 de 2005¹⁴⁷ et entré en vigueur le 1^{er} avril 2007. Quant

145. L.Q. 2002, c. 11 (projet de loi n° 72).

146. L.R.Q., c. A-19.1.

147. *Supra*, note 143.

aux professionnels agréés, ils sont devenus les « experts » au sens de l'article 31.65 L.Q.E.

3.1 Le rôle et les compétences des experts

Comme le montre l'article 31.65 cité plus haut, la loi a prévu un mécanisme de désignation de personnes appelées « experts ». Ils ont pour fonction d'émettre des « attestations ». Il y a cinq cas où l'expert est appelé à remplir ce rôle :

- l'attestation d'une étude de caractérisation faite en application de la section IV.2.1¹⁴⁸ ;
- l'attestation d'une étude existante et de son actualité¹⁴⁹ ;
- l'attestation de conformité de travaux réalisés selon un plan de réhabilitation approuvé¹⁵⁰ ;
- l'attestation du résumé d'une étude de caractérisation aux fins d'inscrire les avis prescrits au registre foncier¹⁵¹ ;
- l'attestation, pour les fins de la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement, que le projet est compatible avec les dispositions du plan de réhabilitation approuvé¹⁵².

Hormis les dispositions de la L.Q.E. et de la réglementation qui en découle, les seules normes que le législateur impose aux experts pour émettre leurs attestations sont celles du *Guide de caractérisation des terrains*¹⁵³ que le ministre doit élaborer en vertu de l'article 31.66 L.Q.E. :

Le ministre élabore un guide énonçant les objectifs et les éléments à prendre en compte dans la réalisation de toute étude de caractérisation d'un terrain, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation de la qualité des sols qui le composent et des impacts sur les eaux souterraines et les eaux de surface que peuvent avoir des contaminants présents dans le terrain.

148. Art. 31.67 L.Q.E.

149. Art. 31.53 L.Q.E.

150. Art. 31.48 L.Q.E.

151. Art. 31.58 et 31.59 L.Q.E.

152. Derniers alinéas des articles 120 et 121 L.A.U.

153. *Supra*, note 81.

À cette fin, le ministre peut consulter tout ministère, groupement, organisme ou personne concerné par ces matières.

Le guide est rendu accessible au public selon les modalités que fixe le ministre.

Comme la loi le prévoit, le ministre de l'Environnement a publié en 2003 dans la *Gazette officielle* les *Conditions à satisfaire pour être inscrit sur la liste des experts*¹⁵⁴. Le candidat expert doit :

- détenir un baccalauréat dans une discipline appropriée ;
- posséder au moins 10 ans d'expérience où au moins la moitié de l'année est consacrée à l'une ou l'autre des tâches suivantes (excluant des activités autres que scientifiques ou techniques) :
 - élaborer, réaliser, réviser ou évaluer des études de caractérisation ;
 - superviser ou coordonner d'autres professionnels ou techniciens dans la réalisation de ces tâches, y compris lors de la prise de décisions ;
 - tirer des conclusions ou faire des recommandations basées sur les études de caractérisation.
- en l'absence d'un diplôme universitaire, posséder une formation post-secondaire dans une discipline appropriée et au moins 15 années d'expérience à titre de chargé de projet où au moins la moitié est consacrée aux tâches décrites ci-dessus ;
- le cas échéant, être membre en règle de son association ou de son ordre professionnel¹⁵⁵.

Les conditions publiées par le ministre prévoient aussi que les candidats doivent se soumettre à un examen portant sur leurs connaissances relatives aux tâches et aux responsabilités de l'expert et résultant des dispositions de la section IV.2.1 L.Q.E., des articles

154. Partie I, 25 janvier 2003, p. 101.

155. Une maîtrise ou un doctorat dans le domaine de l'environnement ou un autre domaine jugé pertinent équivalent respectivement à une et deux années d'expérience.

120 et 121 L.A.U., du *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains*¹⁵⁶ et du *Guide de caractérisation des terrains*. À notre avis, la description générale du contenu de cet examen nous semble trop peu détaillée pour satisfaire à l'exigence qu'impose la loi au ministre de publier, dans la *Gazette officielle*, des conditions requises pour être inscrit sur la liste des experts. Il n'a pas été possible d'obtenir copie d'une des épreuves auxquelles ont été soumis les candidats experts depuis 2003, sous prétexte qu'elles sont toujours utilisées¹⁵⁷. Du reste, il est loin d'être acquis que le ministre peut imposer comme condition de réussir un examen puisque le contenu précis de cet examen reste inconnu et discrétionnaire. C'est une sous-condition. Encore une fois, on a cherché ici à s'inspirer du régime des vérificateurs agréés d'équipements pétroliers qui devaient, eux aussi, avoir réussi un examen, sauf que c'est par la loi que l'examen était exigé dans leur cas¹⁵⁸.

Outre les exigences décrites ci-dessus, l'expert doit détenir une assurance de responsabilité professionnelle d'au moins 1 000 000 \$ et, bien sûr, acquitter les droits exigibles. Il doit aussi signer une déclaration où il s'engage à « respecter des critères de bonnes pratiques reliés principalement à l'absence de conflit d'intérêts ». Enfin, il doit remplir une déclaration annuelle confirmant le maintien de son assurance et, le cas échéant, de son adhésion à son organisme professionnel et payer les droits annuels. Nous reviendrons sur l'engagement de l'expert. Celui qu'on lui impose dans les faits n'est pas principalement relié à l'absence de conflit d'intérêts.

Le défaut de respecter les conditions d'inscription (droits à payer, engagement, déclaration) et le fait de signer une fausse attestation peuvent entraîner la radiation de l'expert de la liste. Les conditions d'inscription publiées dans la *Gazette officielle* prévoient que le ministre doit informer au préalable l'expert de sa décision de le radier de la liste et lui donner l'occasion de faire des observations. La décision doit être motivée.

3.2 Le contrôle de l'expert dans l'exercice de ses fonctions

Dans la Politique sur les sols, le MEF prévoyait la mise en place d'un mécanisme de contrôle des professionnels agréés. La L.Q.E. ne

156. R.R.Q., c. Q-2, r. 37.

157. Art. 40 de la Loi sur l'accès à l'information.

158. Par. 1^o du premier alinéa de l'article 38 de la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, *supra*, note 142.

prévoit toutefois rien à ce sujet. Le seul mécanisme de contrôle applicable se résume donc à ce que prévoient les conditions d'inscription publiées, à savoir la déclaration annuelle permettant de vérifier si l'expert détient toujours son assurance et qu'il adhère toujours à son organisme professionnel, et la possibilité pour le ministre de radier de la liste un expert en « défaut de respecter les conditions d'inscription (droits à payer, engagement, déclaration) » ou qui signerait une fausse attestation.

Ce silence de la loi s'explique, à notre avis, par le fait que les personnes chargées d'émettre les attestations prévues à la L.Q.E. et à la L.A.U. sont des professionnels qualifiés. L'utilisation du mot « expert » par le législateur, en effet, n'est pas anodine. Par les compétences qu'on exige d'eux, il doit s'agir en effet de personnes ayant des compétences poussées dans le domaine de la caractérisation et de la réhabilitation des sols. La nature des attestations qu'ils délivrent est d'ailleurs très scientifique et très technique. Ces attestations s'appuient essentiellement sur deux sources : le *Guide de caractérisation des terrains* et les plans de réhabilitation approuvés, des documents essentiellement techniques. Ils ne sont pas des gardiens de la loi, mais des professionnels qui évaluent un dossier au meilleur de leurs connaissances et expérience.

Malgré leurs compétences et le caractère éminemment scientifique ou technique de leur mandat, ce sont sans doute les professionnels qualifiés disposant de la moins grande marge de manœuvre qui soit dans l'exercice d'une tâche devant en principe faire appel à leur jugement. Devant le silence de la loi en effet, nous verrons que le MDDEP a érigé un système de contrôle de ces professionnels inspiré, quoique imparfaitement, de celui des ordres professionnels, mais où il y a malheureusement une large place à l'arbitraire. Ce système a été mis en place sans qu'il y ait, dans la L.Q.E., d'habilitation législative comme celle qu'attribue aux ordres professionnels le *Code des professions*¹⁵⁹ ou d'autres lois professionnelles, ou encore les règlements que peut imposer à ses adhérents une association professionnelle en vertu de la *Loi sur les compagnies*¹⁶⁰. Nous sommes d'avis que les règles très sommaires relatives à la radiation d'un expert publiées dans la *Gazette officielle* avec les conditions d'inscription ne constituent pas une habilitation législative à l'établissement d'un contrôle comme celui dont nous faisons état dans ces pages, mais ne

159. L.R.Q., c. C-26, art. 116 et s.

160. L.R.Q., c. C-38, art. 91 et 224.

sont que le reflet des règles de justice naturelle codifiées désormais dans la *Loi sur la justice administrative*¹⁶¹.

Le système mis en place par le MDDEP se compose des documents suivants :

- le *Guide de caractérisation des terrains* ;
- le *Manuel de l'expert* ;
- les consignes aux experts ;
- le *Mécanisme de gestion de la Liste des experts*.

3.2.1 Le Guide de caractérisation des terrains

Le *Guide de caractérisation des terrains*¹⁶² (le « Guide ») est le seul de ces trois documents expressément prévu par la L.Q.E., plus précisément aux articles 31.66 et 31.67 cités plus haut. Toutefois, tel que conçu, il renvoie lui-même tantôt à la Politique de protection des sols et tantôt à d'autres documents, dont des cahiers du *Guide d'échantillonnage à des fins d'analyse environnementale*, dont le cahier 1, *Généralités*, dans sa version de 1999, le cahier 2, *Échantillonnage des rejets liquides*, version de 1994, le cahier 3, *Échantillonnage des eaux souterraines*, version de 1994, le cahier 5, *Échantillonnage des sols*, version de 2001, qui eux-mêmes renvoient à des normes, comme les normes « ASTM », ou à d'autres documents. Toutefois, le Guide n'étant pas un règlement, il n'est pas couvert par l'article 124.01 L.Q.E. et le renvoi à ces normes externes ne permet pas, en conséquence, de tenir compte de leurs mises à jour.

124.0.1. Lorsque, dans un règlement pris en application de la présente loi, il est fait référence à une méthode de prélèvement, de mesure, de conservation ou d'analyse établie par un autre texte, cette référence doit s'entendre, à moins d'indication contraire, comme comprenant les modifications ultérieures apportées audit texte.

161. L.R.Q., c. J-3.

162. *Supra*, note 81.

En plus de faire un renvoi à ces normes, le Guide fait un renvoi au *Manuel de l'expert*, aux pages 15 et 96, au sujet des études de caractérisation visées par les attestations d'expert :

- pour les études de « phase I » :

Les études de caractérisations de phase I réalisées en application des dispositions de la section IV.2.1 de la L.Q.E. (art. 31.67) doivent être attestées par un expert et contenir les éléments inclus à la *grille d'attestation* pour une étude de caractérisation de phase I. Cette grille est annexée au *Manuel de l'expert*.

- pour les études de « phase II » ou de « phase III » (aussi dites « exhaustives ») :

Les études de caractérisations de phase II et III réalisées en application des dispositions de la section IV.2.1 de la L.Q.E. (art. 31.67) doivent être attestées par un expert et contenir les éléments inclus à la *grille d'attestation* pour une étude de caractérisation préliminaire de phase II et exhaustive (phase III) du *Manuel de l'expert*.

Par ces renvois externes, le MDDEP se trouve à assujettir l'expert à un code de normes beaucoup plus étendu que ce qu'a prévu le législateur.

3.2.2 Le Manuel de l'expert

Le *Manuel de l'expert* (le « Manuel ») est un document normatif interne du MDDEP qui énonce ce que sont, pour le MDDEP, les tâches de l'expert et qui prescrit en détail de quelle manière celui-ci doit exécuter ces mêmes tâches. Le MDDEP donne à ces normes un caractère obligatoire, même si rien n'est prévu dans la L.Q.E. à cet effet. Une dérogation est passible de sanctions administratives. Les normes du Manuel comprennent :

- la formulation précise des termes que l'expert doit employer dans ses attestations ;
- l'utilisation obligatoire de la grille d'attestation dont il est question dans les extraits ci-dessus du Guide ;
- qui doit être le destinataire de ces attestations ;

- la référence aux critères de la Politique plutôt que des valeurs limites réglementaires dans les attestations ;
- les cas où l'expert ne doit pas émettre d'attestation ;
- une procédure particulière pour la cessation d'activité d'installation pétrolière.

Les « grilles d'attestation » qu'on y trouve prennent la forme d'une simple *check-list*, une sorte de formulaire administratif obligé de vérification (en anglais, on pourrait rendre ici une telle « vérification » par « rubber stamping »), imposée à l'expert dans l'exécution de son mandat. Le Manuel prévoit cinq grilles d'attestation, dont seules les deux premières sont des attestations formelles prévues par le législateur. Les deux premières grilles concernent les articles 31.67 et 31.48 respectivement. Les attestations prévues sont les suivantes :

- pour les études de caractérisation ;
- pour les travaux de réhabilitation ;
- pour les travaux de démantèlement ;
- pour l'impraticabilité technique ;
- pour la cessation d'activité d'installation pétrolière.

Le Manuel fait une lecture quelque peu différente de la loi pour certaines attestations. Ainsi, pour les attestations que l'expert doit délivrer en vertu des articles 120 et 121 L.A.U., le Manuel contient la consigne suivante :

L'expert atteste de la compatibilité d'un projet de réutilisation avec l'état du terrain pour lequel un permis de construction ou de lotissement est demandé, en signant le formulaire d'attestation apparaissant à l'annexe I. L'expert atteste que les travaux décrits dans le plan de réhabilitation approuvé par le ministre, permettent de rendre le terrain compatible avec le projet prévu.¹⁶³

163. Section 4.1.4 du Manuel.

Ce que la L.A.U. précise aux articles 120 et 121, c'est que l'attestation de l'expert doit établir « que le projet pour lequel le permis est demandé est compatible avec les dispositions du plan de réhabilitation ». Pour le MDDEP, ce sont les travaux décrits dans le plan (et non les « dispositions » du plan, lesquelles peuvent prévoir diverses mesures, dont des mesures de restriction d'utilisation) qui doivent être compatibles avec le projet.

Le Manuel prévoit enfin un mécanisme de vérification de l'exécution par l'expert de ses tâches conformément à ce cadre normatif. Notons que ce mécanisme de vérification ne prévoit pas que le vérificateur soit lui-même un expert inscrit sur la liste. Les éléments de ce mécanisme sont, sommairement, les suivants :

toutes les attestations sont analysées par la direction régionale concernée du MDDEP ;

le MDDEP donne suite au dossier si l'attestation est jugée satisfaisante ;

la direction régionale peut contacter l'expert pour obtenir des précisions sur l'attestation ;

elle peut faire une révision ciblée de l'étude de caractérisation ou du rapport de réhabilitation choisie soit de façon aléatoire, soit à cause d'une attestation non conforme, d'une attestation qui demande des précisions, des attestations antérieurement déficientes du même expert, d'une attestation d'un expert mis sous surveillance ou d'un cas complexe ; dans une révision ciblée, les documents produits par le consultant et l'expert font l'objet d'une analyse à l'aide des mêmes grilles d'attestation que celles utilisées par l'expert ;

au terme de ce processus de révision ciblée, l'attestation est versée au dossier si elle est jugée satisfaisante ; dans le cas contraire, la direction régionale rencontre l'expert pour en discuter et l'inviter à la corriger ;

elle peut acheminer une plainte contre l'expert au Centre d'expertise en analyse environnementale du Québec si l'attestation n'est pas satisfaisante et qu'il y a matière à plainte.

Ce qui précède révèle que, contrairement à ce qu'a prévu le législateur, la soumission avec le dossier d'une attestation dûment complétée par un professionnel qualifié, désigné par ailleurs du nom d'« expert » et qui a satisfait aux conditions prescrites pour être inscrit sur la liste des experts, ne suffit pas. L'attestation est donc frappée au départ d'une présomption d'invalidité et ce n'est qu'après que le MDDEP l'ait analysée et qu'il l'a considérée satisfaisante qu'il donnera suite au dossier.

Le Manuel identifie par ailleurs pas moins de cinq unités ayant un rôle à jouer en lien avec les tâches de l'expert :

- le Centre d'expertise en analyse environnementale du Québec (« CEAEQ ») ;
- le Service des lieux contaminés (« SLC ») ;
- les directions régionales du MDDEP ;
- le Comité d'évaluation (qui évalue l'éligibilité d'une personne à être inscrite sur la Liste) ;
- le Comité d'appel, qui entend les recours des candidats et des experts.

3.2.3 Les consignes aux experts

La grille d'attestation en annexe au Manuel réfère à des « consignes ». Ces consignes ont la forme d'un bulletin d'interprétation émis par le MDDEP à l'intention des experts. Elles sont toutefois rédigées en termes impératifs et, souvent, sans aucune ambiguïté. Ainsi, la *Consigne n° 5*, émise le 31 mars 2006, envoie un avertissement très clair aux experts :

Consigne n° 5 – Attestation d'un rapport de réhabilitation

PROBLÉMATIQUE

Certains experts attestent des rapports de réhabilitation même si les plans de réhabilitation n'ont pas été approuvés par le ministre.

RAPPEL

Avant de procéder aux travaux de réhabilitation, un propriétaire ou gardien d'un terrain doit faire approuver son plan de réhabilitation par le ministre, en vertu des articles 31.51 et 31.54 de la L.Q.E. Par conséquent, un expert ne peut attester un rapport de travaux de réhabilitation si le plan de réhabilitation pertinent n'a pas été approuvé par le ministre au préalable. Un expert qui atteste un rapport de travaux de réhabilitation sans s'assurer que le plan a été approuvé, *est en faute et passible de sanction.* (nos italiques)

Il est étonnant de lire que l'attestation d'un plan de réhabilitation non approuvé par le ministre expose l'expert à des sanctions (sans que l'on comprenne le fondement d'une interdiction aussi formelle), alors que le MDDEP impose en même temps à l'expert, dans le Manuel, de produire des attestations qui ne sont pas prévues par la L.Q.E., comme l'attestation pour impraticabilité technique ou encore l'attestation d'un plan de démantèlement de bâtiments ou d'équipements. Pourtant, on peut fort bien imaginer qu'un plan de réhabilitation réalisé par une personne ne soit pas assujéti à l'approbation du ministre. Ce serait le cas d'un plan de réhabilitation volontaire prévoyant de ramener la contamination en deçà des valeurs limites réglementaires et qui ne serait pas visé, alors, par l'article 31.57 L.Q.E. Si l'expert peut émettre (et même *doit* émettre, selon le Manuel) d'autres attestations non prévues par la loi, une attestation d'un plan non approuvé ne pose alors aucun problème d'ordre juridique.

Le MDDEP a émis dix consignes à ce jour¹⁶⁴ :

Consigne n° 1 – Programme d'assurance et contrôle de la qualité (émise le 6 mai 2005)

Consigne n° 2 – Obligation de fournir les documents présentés en référence dans les grilles d'attestation (émise le 6 mai 2005)

Consigne n° 3 – Obligation de présenter conclusion et recommandation dans les études de caractérisation à attester (émise le 10 mai 2005)

164. Ces consignes sont accessibles sur le site Internet du MDDEP : <<http://www.ceaeq.gouv.qc.ca/accreditation/experts/consignes.htm>>.

Consigne n° 4 – Attestation d'études de caractérisation incomplètes (émise le 13 février 2006)

Consigne n° 5 – Attestation d'un rapport de réhabilitation (émise le 31 mars 2006)

Consigne n° 6 – Utilisation de résultats provenant d'études antérieures à mars 2003 (émise le 29 septembre 2006, modifiée le 20 octobre 2008, modifiée le 2 novembre 2009)

Consigne n° 7 – La gestion des sols contaminés doit être faite dans des lieux autorisés par le MDDEP (émise le 7 mai 2007)

Consigne n° 8 – Cas de découverte de contamination résiduelle sur des terrains réhabilités en vertu de la section IV.2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (émise le 29 août 2007)

Consigne n° 9 – Maillage d'échantillonnage dans les cas visés par la section IV.2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (émise le 28 janvier 2008)

Consigne n° 10 – Rappel de la procédure à suivre lors de la cessation d'activité d'une installation pétrolière (émise le 20 octobre 2008)

Elles sont toutes présentées aux experts comme des façons de faire obligatoires.

3.2.4 Le Mécanisme de gestion de la Liste des experts

Quant au *Mécanisme de gestion de la Liste des experts* (le « Mécanisme »), il vise trois objectifs :

- fixer les conditions requises pour se qualifier comme expert ;
- établir les règles de fonctionnement pour l'acquisition et le maintien du statut d'expert pour suivre les experts inscrits ;
- permettre au public et aux intervenants dans le domaine de l'environnement d'accéder à un réseau de personnes aptes à réaliser les tâches prévues.

Le Mécanisme décrit le processus d'une demande d'inscription sur la Liste. Il prévoit également des modalités de maintien sur la Liste et précise que l'expert demeure inscrit tant qu'il répond à l'ensemble des exigences convenues à l'engagement qu'il doit signer. Il prévoit le retrait volontaire et définitif de l'expert sans conséquences administratives, de même que le retrait temporaire qui le dispense, dans ce dernier cas, de suivre les formations prévues et de souscrire à une assurance.

Le Mécanisme met en place un véritable régime disciplinaire applicable aux experts. Il prévoit une procédure de traitement de plaintes contre les experts dont les étapes sont les suivantes :

- le CEAEQ reçoit la plainte et l'examine en collaboration avec le SLC ;
- s'il juge la plainte recevable après avoir pris connaissance du dossier, il en informe l'expert et le plaignant ;
- le CEAEQ détermine la sanction en fonction de la gravité de la faute, après un premier avertissement ; les sanctions peuvent comprendre une mise sous surveillance, une suspension provisoire ou un retrait définitif de la liste des experts ;
- le CEAEQ peut, à sa discrétion, déposer aussi une plainte à l'ordre professionnel dont l'expert est membre ;
- la décision du CEAEQ est communiquée à l'expert ;
- en cas de mise sous surveillance, les directions régionales sont appelées à porter une attention particulière au travail de l'expert et, au besoin, à procéder à une vérification approfondie de son travail ;
- si les problèmes à l'origine de la mise sous surveillance se reproduisent, le CEAEQ peut suspendre l'expert pour un maximum de six mois ou le retirer de la liste des experts ;
- cette suspension ou ce retrait fait l'objet d'un préavis de 10 jours ;
- dans les 10 jours suivant le préavis, l'expert peut faire appel au Comité d'appel ;

- s'il n'y a pas d'appel, l'expert est suspendu ou retiré de la Liste ; s'il y a appel, le Comité d'appel transmet sa décision au CEAEQ qui en informe l'expert.

La suspension permet à l'expert de se réinscrire s'il satisfait de nouveau aux exigences de l'engagement. Le retrait le contraint à reprendre le processus de demande d'inscription.

Le Comité d'appel se compose d'un membre du CEAEQ, d'un membre du SLC et de trois membres choisis parmi l'Association des biologistes du Québec, l'Ordre des chimistes du Québec, l'Ordre des ingénieurs du Québec, l'Ordre des géologues du Québec et l'Association québécoise de vérification environnementale. Il n'y a pas d'acte formel de nomination de ces personnes externes signé, par exemple, par le ministre et, par voie d'accès à l'information, il n'a pas été possible de connaître le nom des personnes qui siègent à cette instance administrative. Les comptes rendus des réunions de ce comité, lorsqu'ils sont rendus publics, ne révèlent pas l'identité des membres externes. Le *Code des professions*, pour sa part, prévoit que le nom des membres du conseil de discipline d'un ordre professionnel est un renseignement public¹⁶⁵. On remarque également que le CEAEQ est juge et partie. C'est lui qui détermine si une plainte est recevable, c'est lui qui détermine la sanction et son représentant siège au Comité d'appel chargé d'examiner la plainte et, si elle est maintenue, de statuer sur la sanction réclamée.

Selon le Mécanisme, les membres du Comité doivent faire preuve d'impartialité en tout temps. Les demandes sont traitées confidentiellement et les décisions sont consensuelles et finales. Il n'y a toutefois pas d'engagement de confidentialité signé par les membres externes du Comité, du moins selon ce qu'a révélé une demande d'accès à l'information du soussigné à cet effet.

Le Mécanisme réitère les droits à payer déjà prévus dans la *Gazette officielle*, auxquels s'ajoutent des droits à payer pour une demande d'appel, fixés à 500 \$. Notons que la L.Q.E. ne prévoit pas que des droits puissent être exigés pour soumettre une demande d'appel d'une décision de radiation. Nous estimons que cette pratique équivaut à exiger un paiement d'une personne qui répond à un avis préalable de refus de certificat d'autorisation, un avis préalable

165. À l'article 108.7 du Code.

d'ordonnance ou qui fait toute autre représentation dans le cadre d'un processus mettant en cause ses droits.

Enfin, c'est dans le Mécanisme qu'on retrouve l'engagement que l'expert doit signer comme condition d'inscription à la liste des experts. À notre avis, les termes de cet engagement auraient dû eux-mêmes être publiés par le ministre dans la *Gazette officielle*, étant donné que plusieurs des mesures auxquelles l'expert s'engage sont d'ordre normatif. L'engagement, qui est plutôt un véritable code de déontologie, comprend notamment les critères suivants :

À titre d'expert, au sens de la section IV.2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (L.R.Q., c. Q-2), section relative à la protection et à la réhabilitation des terrains contaminés, je _____ m'engage à appliquer dans ma pratique, les critères suivants :

[...]

- respecter le caractère confidentiel des affaires de mes clients sauf si la Loi m'ordonne le contraire, et ne pas utiliser ces renseignements dans le but d'obtenir un avantage personnel ;
- *demeurer libre de toute influence, de tout intérêt ou de toute relation qui risque de nuire à mon jugement, à mon indépendance ou à mon objectivité* dans l'exercice de mon mandat d'expert. En tant qu'expert, je ne peux attester les documents requis au sens de la section IV.2.1 de la L.Q.E. si je suis l'employé du propriétaire ou du locataire du terrain ou de l'entreprise concernée ou si j'ai des intérêts financiers dans le dit terrain ;
- remplir mon mandat dans le respect des règles de déontologie régissant l'exercice de ma profession et, le cas échéant, exprimer mes réserves ou émettre mes commentaires, voire même m'abstenir de signer une attestation ;
- favoriser, dans la réalisation de tout travail, le respect des lois et des règlements en vigueur ;

[...]

- informer le Centre d'expertise en analyse environnementale du Québec de tout changement pouvant nuire à mon indépendance ou à mon objectivité dans l'exercice de mon mandat d'expert ;

[...]

- fournir tout document pertinent demandé par le Centre d'expertise sans nuire à la confidentialité des affaires de mes clients ;

[...]

- *participer obligatoirement aux sessions de formation qui seront organisées par le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs concernant les modifications apportées à la section IV.2.1 de la L.Q.E., aux règlements afférents, à la Politique de protection des sols et de réhabilitation des terrains contaminés, aux guides ou à d'autres éléments essentiels au bon travail de l'expert. (nos italiques)*

3.3 En conclusion, le Mécanisme est illégal

Il est paradoxal de lire dans cet engagement une clause prévoyant que l'expert s'engage à demeurer libre de toute influence, de tout intérêt ou de toute relation qui risque de nuire à son jugement, à son indépendance ou à son objectivité. Le Manuel et le Mécanisme sont deux documents qui, au contraire, ont pour effet d'assujettir entièrement les experts au contrôle du MDDEP et le priver de son indépendance, de son objectivité et de l'exercice de son jugement professionnel.

Par le Manuel, en prescrivant de quelle manière une attestation doit être préparée et rédigée, en imposant une grille d'attestation qui ne laisse pratiquement plus de place au jugement professionnel, en prévoyant un mécanisme de révision des attestations et prévoyant des sanctions administratives contre les experts qui dérogent à ces règles, le MDDEP a mis en place un régime qui nous apparaît contraire à l'intention du législateur et pour lequel il n'a d'ailleurs prévu aucune habilitation législative. Nous estimons que l'expert ne peut lier sa discrétion et doit demeurer indépendant et autonome dans l'exercice de ses fonctions. Le législateur n'a pas utilisé de façon ano-

dine le mot « expert » et les compétences exigées par le ministre, telles que publiées dans la *Gazette officielle* témoignent de leur aptitude à remplir cette fonction sans avoir besoin de tout cet encadrement.

Il est certes pertinent de fournir aux experts des guides et autres outils de travail, mais c'est une toute autre chose que de faire de ces guides et outils des normes obligatoires dont le non-respect est passible de sanctions administratives qui portent atteinte aux droits des experts. Par le Manuel, le Mécanisme et même par certaines dispositions du Guide relatives aux grilles d'attestation plutôt qu'aux études de caractérisation, le MDDEP dicte ouvertement sa conduite à l'expert. Comme nous l'avons vu dans notre introduction, une politique ou directive administrative ne peut être érigée en règlement et encore moins, comme on le fait ici, en règlement passible de sanctions.

Le Manuel n'est pas un document visé par l'article 31.67 L.Q.E. Ce que le ministre doit élaborer, c'est un guide pour la *caractérisation* des terrains. Ensuite, ce devrait être le rôle et la responsabilité de l'expert d'apprécier si une étude de caractérisation est ou non conforme aux exigences du Guide, sans avoir besoin qu'on lui tienne la main pour ce faire. La grille ne fait pas partie du Guide et n'est pas destinée à être utilisée par l'auteur d'un rapport de caractérisation (on a vu qu'elle fait plutôt partie du Manuel). Selon le Manuel, cette grille est à l'usage de l'expert alors qu'il n'est nulle part prévu dans la L.Q.E. que l'expert doive recourir obligatoirement à cette grille pour émettre une attestation. À la section 4.3 du Manuel, on précise que les grilles ont été développées par le MDDEP pour « soutenir » les experts et les représentants des directions régionales du MDDEP. Dans les faits, comme en fait foi le processus de révision des attestations au sein du MDDEP, la grille est obligatoire.

Il n'est nulle part prévu non plus que le MDDEP puisse imposer un libellé précis à une attestation. Si le législateur utilise le mot « expert » et si le ministre a prévu que ces experts doivent détenir un diplôme universitaire et des années d'expérience pratique, il faut que ces exigences aient un sens. Le législateur, manifestement, recourt à des gens qui doivent exercer un jugement professionnel. Il leur appartient d'apprécier si les aspects clés d'une caractérisation ont été exécutés conformément au Guide et de l'attester ensuite. Et cette attestation fait foi du travail et du jugement de cet expert. Il s'agit d'un acte administratif à portée juridique. En amenant un tel expert à refaire ses devoirs sous la menace de sanction, le MDDEP se trouve-

rait à s'ingérer dans un processus qui ne relève pas de lui. Il n'appartient certainement pas à des personnes qui n'ont pas la qualité d'expert de remettre en question le travail d'une personne nommément désignée pour remplir cette fonction et dont les compétences ont été formellement reconnues. D'ailleurs, en 1998, le MEF n'avait-il pas indiqué dans la Politique sur les sols que « les professionnels agréés seront *les seuls individus habilités* à certifier les documents » ? (nos italiques).

Rappelons l'article 6 de l'engagement de l'expert :

demeurer libre de toute influence, de tout intérêt ou de toute relation qui risque de nuire à mon jugement, à mon indépendance ou à mon objectivité dans l'exercice de mon mandat d'expert. [...]

Il est incongru de faire signer un tel engagement par l'expert et ensuite lui faire perdre toute indépendance par des règles rigides et la surveillance de son travail par le MDDEP. Ni le Manuel, ni le Mécanisme ne peuvent avoir d'effet contraignant sur les experts et, partant, ne peuvent être invoqués à leur encontre. En effet, il s'agit de directives internes, de guides administratifs à l'usage de l'Administration, comme on l'a vu plus haut et les experts ne font pas partie de l'Administration.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les trois exemples ci-dessus ont en commun la mise en place de pratiques administratives auxquelles on a donné une plus grande portée que la loi elle-même, parfois même en dérogation à celle-ci. On a trois cas de figure.

Dans le premier cas, celui de la procédure du Sud du Québec, le MDDEP a écarté tout simplement les dispositions expresses de la loi pour instaurer un régime administratif distinct qui s'est imposé depuis lors. Les promoteurs s'y conforment puisque c'est la règle établie par le MDDEP, bien qu'elle n'ait aucune assise légale.

Dans le cas de la compensation, on a manifestement mis au point un stratagème qui permet de mettre en réserve des milieux humides considérés de grande valeur par le MDDEP, sans avoir à appliquer une loi pourtant conçue à cette fin, la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*. L'inégalité dans le rapport de force entre

le promoteur qui sollicite une autorisation de la part du ministre et le MDDEP qui a le dernier mot sur sa délivrance ou non permet à ce système de fonctionner sans être remis en question, du moins jusqu'à ce qu'un promoteur soumette la question au tribunal dans l'affaire *Atocas de l'Érable*. De cette manière, on obtient, sans déboursier le moindre denier, un résultat comparable à ce que prévoit la L.C.P.N. L'illégalité du stratagème, à notre avis, est patente. On ne peut faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement. Il sera intéressant de suivre l'affaire *Atocas de l'Érable* devant le plus haut tribunal du Québec.

Le cas des experts désignés en vertu de l'article 31.65 L.Q.E. est encore plus préoccupant. Nous ne connaissons pas de mécanisme de surveillance de l'exercice d'une profession aussi strictement encadré en l'absence de toute habilitation législative. Si, dans le cas d'une demande de certificat d'autorisation en vertu du deuxième alinéa de l'article 22, le ministre a tout au moins l'habileté législative de se prononcer sur l'acceptabilité environnementale du projet soumis, il n'y a absolument rien dans la L.Q.E. qui permette au MDDEP d'assujettir à son contrôle le travail des experts, autrement que par les moyens généraux d'inspection et d'enquête applicables à toute personne qui fait quoi que ce soit qui puisse être assujetti à la L.Q.E. Par les dispositions du *Manuel de l'expert* et du *Mécanisme de gestion de la Liste des experts*, le MDDEP a créé un cadre normatif dont le caractère obligatoire est tel que son non-respect rend le contrevenant passible de sanctions administratives, qu'il s'agisse d'un avertissement, d'une mise sous surveillance, d'une suspension ou d'une radiation. Une telle façon de faire n'est pas permise par les règles du droit administratif.

Alors que le ministre vient de faire adopter par l'Assemblée nationale une loi destinée à rendre plus sévères les sanctions prévues dans la L.Q.E. dans le but d'en « renforcer le respect », il nous semble que le MDDEP se doit, lui aussi, de se conformer aux règles du droit administratif destinées à encadrer les actions de l'État.

