

C-38 et C-45 : l'environnement, les pêches, la navigation et le mammoth

Robert Daigneault*

RÉSUMÉ	357
INTRODUCTION	359
1. <i>La Loi sur les pêches</i>	361
1.1 L'article 35 L.P.	362
1.1.1 Les modifications au paragraphe 35(1) L.P.	363
1.1.2 Les modifications au paragraphe 35(2) L.P.	364
1.1.3 Les nouveaux pouvoirs réglementaires	366
1.1.4 L'habitat du poisson	367
1.1.5 Les pêches autochtones, commerciales et récréatives	369
1.1.6 Une toute nouvelle portée à l'article 35 L.P.	370
1.2 Les modifications à l'article 36 L.P.	372
1.2.1 Les nouveaux pouvoirs réglementaires	374

* 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.

2.	<i>La Loi sur la protection des eaux navigables.</i>	375
2.1	La L.P.E.N., une loi environnementale.	375
2.1.1	Les ouvrages dans les eaux navigables	377
2.1.2	Le régime d'autorisation.	379
2.1.3	Les modifications à la L.P.E.N.	380
2.1.3.1	Les eaux navigables	381
2.1.3.2	Les ouvrages désignés	382
2.2	L'impact des modifications à la L.P.E.N.	385
3.	<i>La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012).</i>	385
3.1	Retour sur la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale</i>	386
3.1.1	Les étapes d'une procédure	386
3.1.2	Notion de « projet » et portée de l'évaluation	387
3.1.3	Les voies possibles en vertu de la L.C.É.E.	389
3.1.3.1	La portée d'un projet.	390
3.1.3.2	L'étude approfondie	392
3.2	La L.C.É.E. (2012) : une nouvelle approche	394
3.2.1	La notion de « projet désigné ».	394
3.2.2	Les « activités concrètes »	395
3.2.3	Les effets environnementaux négatifs	397
3.2.4	L'examen préalable, nouvelle mouture	400

3.2.5	L'évaluation environnementale proprement dite	400
3.2.5.1	Contenu de l'évaluation environnementale	402
3.2.6	La décision	403
3.2.7	Les procédures de substitution	404
3.3	Une procédure revue et corrigée	405
	CONCLUSION.	406
	UNE QUESTION À PART : L'ARRÊT <i>ABITIBI-BOWATER</i> COMMENTÉ.	407
	Trame factuelle	407
	Le recours en première instance	408
	Le droit	409
	L.A.C.C.	409
	L.F.I.	410
	Le jugement	411
	Pollueur-payeur et non tiers-payeur	414

RÉSUMÉ

En 2012, le Parlement du Canada a adopté deux lois omnibus qui ont été appelées « lois mammoths », tellement elles étaient volumineuses. Elles viennent modifier de très nombreuses lois fédérales, dont plusieurs lois à caractère environnemental. L'auteur passe en revue principalement les modifications apportées (ou qui le seront lorsque certaines dispositions modificatrices seront en vigueur) à la *Loi sur les pêches* et à la *Loi sur la protection des eaux navigables* (qui deviendra la *Loi sur la protection de la navigation*) et expose en détail l'importante réforme, en matière d'études d'impact, découlant de la sanction de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*. L'auteur fait l'analyse du droit nouveau pour en dégager l'effet attendu sur la jurisprudence fondée sur le droit antérieur. Dans certains cas, il s'agit d'une continuité, dans d'autres, d'un virage.

En supplément, l'auteur commente l'arrêt *Abitibi-Bowater* du 7 décembre 2012 de la Cour suprême, relatif aux arrangements avec les créanciers et aux obligations environnementales.

INTRODUCTION

Dans le plan budgétaire 2012-2013 du gouvernement du Canada du 29 mars 2012, le ministre fédéral des Finances insistait sur la nécessité d'alléger les processus d'autorisation environnementale. On y prévoyait des 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*¹ (« L.C.É.E. »).

Le 26 avril 2012, le ministre déposait en première lecture le projet de loi C-38² intitulé *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*, ou encore *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*³. Appelée « loi mammouth » par ses détracteurs, le monstre de 400 pages et de plus de 750 articles allait modifier une soixantaine de lois différentes, dont un certain nombre de lois à caractère environnemental ou à contenu environnemental. Le procédé législatif choisi par le gouvernement a été vertement critiqué⁴. Non seulement le projet de loi intégrait davantage de mesures que celles annoncées dans l'énoncé budgétaire qui l'avait précédé, mais son étude en chambre a été restreinte, notamment par une mesure

1. L.C. 1992, ch. 37.

2. 41^e légis., 1^{re} sess. (le projet a reçu la sanction royale le 29 juin 2012).

3. L.C. 2012, ch. 19 (ci-après la « Loi budgétaire n^o 1 » ; le projet a reçu la sanction royale le 14 décembre 2012).

4. Jean-Robert SANSFAÇON, « Environnement – Tous contre C-38 ! », *Le Devoir*, 6 juin 2012 ; Louis-Gilles FRANCŒUR, « 105 juristes du ROC dénoncent C-38 – Le projet de loi menace la biodiversité et le développement durable, estime le Barreau du Québec », *Le Devoir*, 9 juin 2012 ; voir aussi l'avis du Barreau du 5 juin 2012 au ministre fédéral des Finances où le Barreau soulignait en particulier, quant aux modifications à la *Loi sur les pêches* prévues dans le projet de loi C-38, que « cette régression de la protection juridique offerte jusqu'à maintenant à l'habitat des poissons et aux ressources de la pêche est incompatible avec les articles 3 et 4 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* qui est une convention internationale qui lie juridiquement le Canada ».

d'attribution de temps limitant à sept jours seulement le débat sur le projet de loi⁵.

Plusieurs lois à caractère ou à contenu environnemental ont été modifiées par la Loi budgétaire n° 1. Ce sont :

- la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*⁶ ;
- la *Loi sur les espèces en péril*⁷ ;
- la *Loi sur l'Office national de l'énergie*⁸ ;
- la *Loi sur les pêches*⁹ ;
- la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*¹⁰.

Quant à la L.C.É.E., elle a été complètement refondue. Elle est désormais remplacée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*¹¹.

À l'automne 2012, le gouvernement récidivait avec le projet de loi C-45, la *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*¹², sanctionnée le 14 décembre 2012, dont l'incidence environnementale a été cette fois de modifier la *Loi sur la protection des eaux navigables*¹³. Bien que cette dernière loi ne soit pas à proprement parler une loi environnementale, elle a néanmoins été le point de départ du renforcement de l'application du processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. Hormis les modifications qu'elle apportera à la *Loi sur la protection des eaux navigables*, qui deviendra la *Loi sur la protection de la navigation*, la Loi budgétaire n° 2 modifie quelques dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, plus spécialement

5. <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Pub=Hansard&Doc=116&Parl=41&Ses=1&Language=F&Mode=1#OOB-7555557>>.

6. L.C. 1999, ch. 33.

7. L.C. 2002, ch. 29.

8. L.R.C. (1985), ch. N-7.

9. L.R.C. (1985), ch. F-14.

10. L.C. 1997, ch. 9.

11. L.C. 2012, ch. 19, art. 52.

12. L.C. 2012, ch. 31 (ci-après la « Loi budgétaire n° 2 »).

13. L.R.C. (1985), ch. N-22.

des modifications au texte anglais de certains articles pour le rendre concordant au texte français.

1. LA LOI SUR LES PÊCHES

La *Loi sur les pêches* (« L.P. ») est une loi de ressources dont le but premier est d'assurer la protection des stocks de poisson. Le législateur a utilisé un procédé peu commun pour modifier cette loi, un procédé en deux temps. Certaines dispositions modifiées une première fois pourront l'être une seconde fois selon le bon vouloir du gouvernement. À titre d'exemple, citons le paragraphe 142(1) de la Loi budgétaire n° 1. Comme on peut le voir, ce paragraphe modifie l'article 35 L.P., mais un autre paragraphe, le paragraphe 142(2), modifie la même disposition dans la même loi modificatrice.

Il faut tenir compte de l'article 156 pour comprendre le mécanisme. Cet article prévoit que le paragraphe 142(2) entrera en vigueur à la date déterminée par le gouvernement, tandis que rien n'est prévu pour le paragraphe 142(1). En vertu du paragraphe 5(2) de la *Loi d'interprétation*¹⁴, sauf disposition contraire, une disposition entre en vigueur le jour de sa sanction. Dans ce cas-ci, c'est le 29 juin 2012. Ainsi, en prenant comme exemple le paragraphe 35(1) L.P., la séquence de modification peut être donnée de la manière suivante (les modifications apportées sont soulignées) :

Ancienne disposition	Première modification le 29 juin 2012	Deuxième modification à une date à déterminer (par. 142(2))
35. (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.	<p>142. (1) L'article 35 de la même loi est remplacé par ce qui suit :</p> <p>35. (1) Il est interdit d'exploiter <i>un ouvrage ou une entreprise</i> ou d'exercer <i>une activité</i> entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.</p> <p>[...]</p>	<p>142. (2) Le paragraphe 35(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :</p> <p>35. (1) Il est interdit d'exploiter un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité entraînant des dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone, ou à tout poisson dont dépend une telle pêche.</p>

14. L.R.C. (1985), ch. I-21.

Parmi les diverses dispositions de la *Loi sur les pêches* qui ont subi ou qui subiront des modifications, nous allons nous intéresser à la section intitulée « PROTECTION DE L'HABITAT DES POISSONS ET PRÉVENTION DE LA POLLUTION ». Le processus de modification législative en deux temps exposé ci-dessus rend difficile la détermination du nouveau texte des dispositions modifiées. Nous allons tenter de le présenter d'une manière aussi structurée que possible.

1.1 L'article 35 L.P.

L'article 35 de la *Loi sur les pêches* se lisait auparavant comme suit :

35. (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

Cet article était un déclencheur de la procédure fédérale d'évaluation environnementale en vertu de la L.C.É.E.¹⁵. Comme on l'a vu plus haut, le premier paragraphe de cet article a été modifié dès l'entrée en vigueur de la Loi budgétaire n° 1 par le remplacement des mots « des ouvrages ou des entreprises » par les mots « un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité ». Le législateur a sans doute cherché ici à dissiper une ambiguïté dans l'interprétation de la disposition, ambiguïté qui avait été relevée par le juge Décary dans l'affaire de la centrale Eastmain 1A¹⁶.

Il se pourrait en effet qu'à l'article 35 le Parlement se soit uniquement intéressé à l'« exploitation » d'ouvrages ou d'entreprises. Le mot « construction » se retrouve, aux articles 20, 21, 22, 29 et 30, ce qui pourrait indiquer que le Parlement, quand il a fait mention d'« exploitation » à l'article 35, n'entendait pas

15. *P.G. du Québec c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557 ; *Mines Alerte Canada c. Ministre des Pêches et Océans*, [2010] 1 R.C.S. 6.

16. *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)* (C.A.), [1993] 1 C.F. 501.

viser la « construction ». Je note de plus que le Parlement, lorsqu'il a voulu viser la période de construction ou la période de planification d'une construction, l'a fait expressément : voir le paragraphe 22(2), « pendant la construction de ces ouvrages », et le paragraphe 37(1), « []es personnes qui exploitent ou se proposent d'exploiter des ouvrages ou entreprises ». Il se pourrait donc que l'article 37 vise des étapes que l'article 35 ne vise pas.

[...]

La nuance suggérée entre « exploitation » et « construction » n'est donc pas aussi étonnante, après réflexion, qu'elle pouvait le paraître au premier regard. Je m'abstiens cependant de tirer une conclusion ferme, car la question n'a été soulevée qu'à l'audience et les parties autochtones n'ont pas eu réellement la chance de faire valoir des arguments à l'encontre de l'interprétation proposée par Hydro-Québec.

Telle que la disposition était alors écrite, « Il faut, dans un premier temps, que les activités de l'accusé soient qualifiées d'ouvrages ou d'entreprises »¹⁷. À titre d'exemple, pour illustrer la distinction, ce ne serait pas tant le dépôt de déchets à proximité d'un habitat du poisson (des eaux sujettes à marée) qui aurait été visé par le paragraphe 35(1), mais plutôt l'installation d'entrepôt de déchets¹⁸. Dans une affaire au Québec antérieure au jugement de la Cour fédérale, le juge François Tremblay avait cependant considéré qu'exploiter un ouvrage comprenait aussi le fait d'« établir » un remblai sur un terrain¹⁹.

1.1.1 Les modifications au paragraphe 35(1) L.P.

Avec la modification qu'a apportée la Loi budgétaire n° 1, l'ambiguïté qui aurait pu subsister entre la notion d'exploitation et celle de « construction » apparaît maintenant clarifiée. En effet,

17. P. HALLEY, « La Loi fédérale sur les pêches et son régime pénal de protection environnementale », (1992) 33 C. de D. 759-856, 807.

18. R. c. *Richmond Plywood Corporation Ltd.*, (1981) 3 F.P.R. 125 (B.C. Prov. Ct.), inf. (1981) 11 C.E.L.R. 125 (B.C. Co. Ct.) sur la question de la présence d'un habitat du poisson ou non.

19. R. c. *Fillion* (6 juin 1991), Québec, n° 200-36-000061-911 (C.S.), conf. par (1994) 59 Q.A.C. 72, [1994] R.L. 357 (C.A.), mais sur la question de la présence ou non d'un habitat du poisson.

l'expression « exercer une activité » est suffisamment large pour inclure les activités de construction d'un ouvrage.

L'ouvrage ou l'activité n'a pas à être réalisé dans l'habitat. L'activité peut être réalisée sur la berge, mais provoquer néanmoins une détérioration, une perturbation ou une destruction de l'habitat du poisson, au sens de la définition. M^e Halley recense plusieurs exemples « d'ouvrages ou d'entreprises »²⁰ :

- coupe d'arbres sur les berges ;
- manœuvre de véhicules dans un cours d'eau ;
- travaux immobiliers aux abords d'un habitat ;
- construction d'une route en forêt ;
- excavation du lit d'un cours d'eau ;
- construction d'un barrage ;
- installation d'un drain en métal sur le lit d'un cours d'eau ;
- extraction de gravier sur la rive ou dans le lit d'un cours d'eau ;
- remplissage d'un cours d'eau, coupe de bois.

1.1.2 Les modifications au paragraphe 35(2) L.P.

Par l'effet du paragraphe 142(1) de la Loi budgétaire n° 1, le paragraphe 35(2) L.P. a subi une modification de son libellé plus importante que dans le cas du paragraphe 35(1). Le paragraphe 35(2) se lisait auparavant comme suit :

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

20. *Supra*, note 17, p. 808.

Il y avait donc deux manières de contourner la prohibition du paragraphe 35(1) : obtenir l'autorisation du ministre des Pêches et Océans ou se conformer aux règlements²¹. Par sa nouvelle version, en vigueur depuis le 29 juin 2012, le législateur a élargi l'éventail des situations pouvant être prévues par règlement et permettant de contourner la prohibition du paragraphe 35(1).

35. (2) Il est permis d'exploiter un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité sans contrevenir au paragraphe (1) dans les cas suivants :

a) l'ouvrage, l'entreprise ou l'activité est visé par règlement ou est exploité ou exercé dans les eaux de pêche canadiennes visées par règlement ou à proximité et l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise ou l'exercice de l'activité est conforme aux conditions réglementaires ;

b) l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise ou l'exercice de l'activité est autorisé par le ministre et est conforme aux conditions que celui-ci établit ;

c) l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise ou l'exercice de l'activité est autorisé par toute autre personne ou entité précisée par règlement et est conforme aux conditions réglementaires ;

d) la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson est entraînée par l'accomplissement d'un acte requis, autorisé ou autrement permis sous le régime de la présente loi ;

e) l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise ou l'exercice de l'activité est conforme aux règlements.

Avec le nouveau texte, il ne s'agit plus seulement de « moyens » ou de « circonstances » conformes aux règlements (désormais appelés « conditions réglementaires »). Un règlement pourra aussi identifier des ouvrages, entreprises ou activités dont l'exploitation ou l'exercice est permis, il pourra identifier des eaux de pêches canadiennes où ils seront également permis.

21. Aucun règlement n'a été adopté cependant à ce jour.

Quant au régime d'autorisation, il ne sera plus l'apanage exclusif du ministre des Pêches et Océans. Toute autre personne ou entité précisée par règlement pourra autoriser l'exploitation d'un ouvrage ou d'une entreprise ou l'exercice d'une activité. Dans un tel cas, l'exploitation ou l'exercice qui serait autorisé par ce tiers devra cependant être conforme « aux conditions réglementaires », ce qui laisse entendre que la personne ou entité précisée par règlement exercera un pouvoir lié. De plus, il y a maintenant dispense de l'autorisation prévue au paragraphe 35(1) si « la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson est entraînée par l'accomplissement d'un acte requis, autorisé ou autrement permis sous le régime de la présente loi ».

1.1.3 Les nouveaux pouvoirs réglementaires

Ce sont les nouveaux alinéas *i.1* à *i.4* du paragraphe 43(1) L.P., introduits par le paragraphe 149(1) de la Loi budgétaire n° 1, qui prévoient la possibilité pour le gouvernement d'adopter de tels règlements, mais au moment d'écrire ces lignes, aucun n'avait encore été adopté depuis l'entrée en vigueur de ces nouveaux alinéas.

43. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment :

[...]

i.1) pour l'application des alinéas 32(2)a) et 35(2)a), prévoyant toute mesure d'ordre réglementaire prévue par ces alinéas ;

i.2) concernant les demandes visant l'obtention des autorisations visées aux alinéas 32(2)c) ou d) ou 35(2)b) ou c) ;

i.3) prévoyant les conditions et exigences attachées à l'exercice, par les personnes ou entités visées aux alinéas 32(2)d) ou 35(2)c), du pouvoir de délivrer une autorisation ;

i.4) concernant les délais relatifs à la délivrance des autorisations visées aux alinéas 32(2)c) ou d) ou 35(2)b) ou c) ou au refus de délivrance ;

[...]

Notons que le législateur a choisi d'encadrer l'exercice par le gouvernement de ce pouvoir réglementaire. L'article 135 de la Loi budgétaire n° 1, qui n'était pas encore en vigueur au moment d'écrire ces lignes, introduira les articles suivants dans la L.P. :

6. Avant de recommander au gouverneur en conseil de prendre des règlements pour l'application de l'article 35 ou en vertu des alinéas 37(3)c) ou 43(1)i.01) ou du paragraphe 43(5) ou avant d'exercer un pouvoir visé aux paragraphes 20(2) ou (3) ou 21(1), aux alinéas 35(2)b) ou c) ou au paragraphe 35(3), ou au paragraphe 37(2) à l'égard d'une infraction au paragraphe 35(1) ou des dommages aux poissons, le ministre doit tenir compte des facteurs suivants :

- a) l'importance du poisson visé pour la productivité continue des pêches commerciale, récréative et autochtone ;
- b) les objectifs en matière de gestion des pêches ;
- c) l'existence de mesures et de normes visant à éviter, à réduire ou à contrebalancer les dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone, ou à tout poisson dont dépend une telle pêche ;
- d) l'intérêt public.

6.1 L'objet de l'article 6 et des dispositions qui y sont visées est d'assurer la durabilité et la productivité continue des pêches commerciale, récréative et autochtone.

1.1.4 L'habitat du poisson

L'article 35 doit se lire avec la définition d'« habitat du poisson ». L'article 34 L.P. contient plusieurs définitions applicables spécialement aux articles 35 à 43 de la loi, dont celle d'« habitat du poisson » : « Frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons ». Cette définition sera retirée de l'article 34 et une définition légèrement modifiée sera introduite à l'article 2, sous la rubrique « habitat », par l'effet du paragraphe 133(3) de la Loi budgétaire n° 1. Toutefois, ces changements ne sont pas encore en vigueur et, par conséquent, c'est la définition telle qu'elle existait avant la sanction de la Loi budgétaire n° 1 qui a toujours cours.

Avec la même définition d'habitat du poisson et sans nouveau règlement relatif aux ouvrages, entreprises, activités, aux eaux de pêches canadiennes, aux conditions réglementaires ou encore aux personnes ou entités habilitées à délivrer des autorisations, le régime de l'article 35 L.P. qui vise à prévenir les atteintes à l'habitat du poisson reste pratiquement inchangé actuellement. La seule modification de fond qui peut véritablement avoir effet pour l'instant est celle qui a été apportée par le paragraphe 142(1) qui a introduit l'alinéa 35(2)d). Cet alinéa exempte de l'autorisation du ministre, comme on l'a vu plus haut, « la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson est entraînée *par l'accomplissement d'un acte requis, autorisé ou autrement permis sous le régime de la présente loi* » (nos italiques).

Lorsque, toutefois, l'entrée en vigueur des autres modifications aura été décrétée, le régime de l'article 35 connaîtra un véritable bouleversement. D'abord, il n'y sera plus question d'« habitat du poisson », mais plutôt du poisson et du fait qu'il soit visé par la pêche. Avec l'entrée en vigueur du paragraphe 142(2) de la Loi budgétaire n° 1, le paragraphe 35(1) subira une nouvelle modification et se lira alors comme suit :

35. (1) Il est interdit d'exploiter un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité entraînant des dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone.

Cette nouvelle mouture du paragraphe 35(1) entraînera une modification corrélative de l'alinéa 35(2)d) cité plus haut, introduite par le paragraphe 142(3) de la Loi budgétaire n° 1. Cet alinéa se lira alors comme suit (nos italiques) :

d) les dommages sérieux sont entraînés par l'accomplissement d'un acte requis, autorisé ou autrement permis sous le régime de la présente loi ;

On présume que si ces modifications sont mises en vigueur, celles qui abrogeront la définition d'« habitat du poisson » et édicteront celle d'« habitat » entreront aussi en vigueur. L'abrogation de la définition actuelle découlera de l'article 141 de la Loi budgétaire, qui n'est pas encore en vigueur :

141. La définition de « habitat du poisson », au paragraphe 34(1) de la même loi, est abrogée.

1.1.5 Les pêches autochtones, commerciales et récréatives

Une autre disposition de la Loi budgétaire, le paragraphe 133(3), prévoit d'insérer à l'article 2 L.P., avec d'autres définitions en lien avec le futur paragraphe 35(1), une définition du mot « habitat » dans des termes voisins de la définition actuelle d'« habitat du poisson » :

133. (3) Le paragraphe 2(1) de la même loi est modifié par adjonction, selon l'ordre alphabétique, de ce qui suit :

« autochtone » Qualifie la pêche pratiquée par une organisation autochtone ou ses membres à des fins de consommation personnelle, à des fins sociales ou cérémoniales ou à des fins prévues dans un accord sur des revendications territoriales conclu avec l'organisation autochtone.²²

« commerciale » Qualifie la pêche pratiquée sous le régime d'un permis en vue de la vente, de l'échange ou du troc du poisson.

« habitat » S'agissant du poisson, toute aire dont dépend, directement ou indirectement, sa survie, notamment les frayères, les aires d'alevinage, de croissance ou d'alimentation et les routes migratoires.

« passe migratoire » Tout dispositif, tout ouvrage ou toute autre chose qui permet le libre passage du poisson, notamment une pompe à poisson, une échelle à poisson, un ascenseur à poisson et une écluse à poisson.

« récréative » Qualifie la pêche pratiquée sous le régime d'un permis à des fins sportives ou personnelles.

La nouvelle définition d'« habitat » sera en conséquence plus large que la définition actuelle d'« habitat du poisson » :

22. Cette définition de l'adjectif « autochtone » est celle introduite par l'article 175 de la Loi budgétaire n° 2, qui a ajouté les mots « ou à des fins prévues dans un accord sur des revendications territoriales conclu avec l'organisation autochtone » à celle du paragraphe 133(3) de la Loi budgétaire n° 1.

Définition actuelle	Future définition
« habitat du poisson » Frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons.	« habitat » S'agissant du poisson, toute aire dont dépend, directement ou indirectement, sa survie, notamment les frayères, les aires d'alevinage, de croissance ou d'alimentation et les routes migratoires.

Alors que la définition actuelle est une énumération fermée de composantes de l'environnement dont dépend, directement ou indirectement, la survie des poissons, à savoir « Frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires », la définition future n'apparaît pas limitative. Il s'agira de « toute aire » dont dépend le poisson pour sa survie. L'énumération qui fait partie de cette future définition n'aurait alors plus qu'une fonction illustrative, vu l'emploi du mot « notamment ».

Il faut présumer qu'une autre disposition entrera en vigueur en même temps que la nouvelle définition. Il s'agit du paragraphe 133(4) de la Loi budgétaire n° 1, qui viendra ajouter le paragraphe suivant à l'article 2 L.P. :

(2) Pour l'application de la présente loi, la mort de tout poisson ou la modification permanente ou la destruction de son habitat sont considérées comme des dommages sérieux.

Et pour compléter le tout, le pouvoir réglementaire maintenant attribué au gouvernement par les alinéas 43(1)*i.1* à *i.4* L.P. et qu'on a vu plus haut sera remplacé par une autre disposition, un alinéa 43(1)*i.01*, qui permettra au gouvernement de restreindre considérablement la portée du futur paragraphe 35(1).

149. (2) Les alinéas 43(1)*i.1* à *i.4* de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

i.01) excluant toute pêche de l'application des définitions de « autochtone », « commerciale » et « récréative » ;

1.1.6 Une toute nouvelle portée à l'article 35 L.P.

En lisant ensemble toutes ces modifications futures, si elles entrent en vigueur simultanément, on peut voir que la détérioration ou la perturbation de l'habitat ne seront plus un fait générateur

d'infraction. La prohibition du paragraphe 35(1) L.P. aura plutôt la portée suivante :

- Ce n'est plus la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson qui sera prohibée, mais le fait d'entraîner des dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone.
- Les termes « commerciale », « récréative » et « autochtone » devront être entendus au sens où ils seront définis au paragraphe 2(1) L.P. (ainsi, une pêche « commerciale » sera celle exercée sous le régime d'un permis).
- Un règlement du gouvernement pourra exclure toute pêche de l'application des définitions de ces trois termes (à condition de tenir compte des facteurs énoncés au futur article 6 L.P.).
- Un dommage sérieux pourra comprendre « la mort de tout poisson ou la modification permanente ou la destruction de son habitat ».
- L'habitat comprendra toute aire dont dépend, directement ou indirectement, le poisson pour sa survie.

Il est toutefois difficile, voire impossible de délimiter la portée véritable de ce futur régime puisque celle-ci dépendra non plus de la réglementation adoptée par le gouverneur en conseil, mais par le ministre, réglementation qui échappera alors à l'application de la *Loi sur les textes réglementaires*²³. Le paragraphe 142(4) de la Loi budgétaire n° 1, non encore en vigueur, prévoit en effet d'ajouter à l'article 35 L.P. les paragraphes suivants :

(3) Le ministre peut prendre toute mesure d'ordre réglementaire prévue par l'alinéa (2)a).

(4) Le règlement pris en vertu du paragraphe (3) est soustrait à l'application de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*.

De plus, comme le futur article 6 que nous avons cité plus haut ne concerne que le gouvernement, le ministre ne sera pas de son côté astreint à tenir compte des facteurs énumérés à cet article lorsqu'il prendra les mesures d'ordre réglementaire prévues par l'alinéa

23. L.R.C. (1985), ch. S-22.

35(2)a). L'alinéa (2)a), comme on l'a vu plus haut, est celui qui soustrait à la prohibition du paragraphe 35(1) L.P. l'ouvrage, l'entreprise ou l'activité visé par règlement ou exploité ou exercé dans les eaux de pêche canadiennes visées par règlement ou à proximité et l'exploitation d'un ouvrage ou d'une entreprise ou l'exercice d'une activité conforme aux conditions réglementaires.

On aura donc une prohibition qui ne visera que les dommages sérieux au poisson, que pour un poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone, étant entendu que, quant à l'habitat du poisson, c'est la modification permanente ou sa destruction qui seront considérées comme un dommage sérieux. Cette prohibition pourra être levée par un règlement du ministre qui ne sera pas assujéti à la *Loi sur les textes réglementaires*. Le ministre pourra notamment étendre une telle exemption à des ouvrages, entreprises ou activités ou à des eaux de pêches canadiennes. Cela permettra donc au ministre, d'une manière plus expéditive que dans le cas d'un règlement du gouvernement, de lever les obstacles que le paragraphe 35(1) pourrait poser pour un projet particulier.

1.2 Les modifications à l'article 36 L.P.

L'article 36 de la *Loi sur les pêches* s'énonçait comme suit avant d'être modifié par la Loi budgétaire n° 1 :

36(3). Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d'immerger ou de rejeter une substance nocive – ou d'en permettre l'immersion ou le rejet – dans des eaux où vivent des poissons, ou en quelque autre lieu si le risque existe que la substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.

36(4). Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d'immerger ou de rejeter :

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

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements applicables aux eaux ou lieux en

cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe (5), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

Le paragraphe (5) dont il est question ci-dessus est le suivant (on ne lui prévoit pas de modifications) :

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

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

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

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

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

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

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

Le paragraphe (4)*b*) dont il est question a de son côté été modifié par l'effet du paragraphe 143(1) de la Loi budgétaire n° 1, qui a aussi ajouté un paragraphe *c*) :

b) les substances nocives appartenant à une catégorie autorisée sous le régime des règlements applicables aux eaux ou lieux en cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris en vertu du paragraphe (5), et ce selon les conditions – notamment quantités et degrés de concentration – prévues sous leur régime ;

c) les substances nocives visées par règlement pris en vertu du paragraphe (5.2) si l'immersion ou le rejet est fait conformément à ce règlement.

1.2.1 Les nouveaux pouvoirs réglementaires

Le paragraphe 5.2 est un paragraphe qui, comme pour les exemptions réglementaires au paragraphe 35(1), attribue un pouvoir réglementaire au ministre, à la différence que l'exercice de ce pouvoir doit être précédé de l'adoption d'un règlement par le gouvernement. Le pouvoir du ministre est de particulariser le règlement du gouvernement. Toutefois, il n'est pas précisé ici que la *Loi sur les textes réglementaires* ne s'y applique pas. Avec le paragraphe 5.1, ce nouveau paragraphe 5.2 a été introduit par le paragraphe 143(2) de la Loi budgétaire n° 1 :

(5.1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prévoir les conditions d'exercice par le ministre du pouvoir de prendre un règlement en vertu du paragraphe (5.2).

(5.2) Si un règlement est pris en vertu du paragraphe (5.1), le ministre peut, par règlement :

a) autoriser l'immersion ou le rejet des substances nocives qu'il y précise ou qui appartiennent à une catégorie qu'il y précise ;

b) autoriser l'immersion ou le rejet de substances nocives dans des eaux ou lieux appartenant à une catégorie d'eaux ou de lieux ;

c) autoriser l'immersion ou le rejet de substances nocives découlant de l'exploitation d'un ouvrage ou d'une entreprise ou de l'exercice d'une activité appartenant à une catégorie d'ouvrages, d'entreprises ou d'activités ;

d) établir les conditions, notamment les quantités et degrés de concentration, à respecter pour l'immersion ou le rejet visé à l'un des alinéas a) à c) ;

e) établir, pour l'application des alinéas a) à c), des catégories de substances nocives, des catégories d'eaux ou de lieux et des catégories d'ouvrages, d'entreprises et d'activités.

Il n'est pas facile d'appréhender ce que sera la future *Loi sur les pêches* lorsque la deuxième série de modifications prévues par la Loi budgétaire n° 1 aura été mise en vigueur. La première série de modifications ne transforme pas vraiment le cadre législatif. C'est dans la seconde série que l'effet se fera vraiment sentir.

2. LA LOI SUR LA PROTECTION DES EAUX NAVIGABLES

La Loi budgétaire n° 2, un autre projet de loi « mammoth », déposé en première lecture le 18 octobre 2012, intitulé *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures, ou Loi de 2012 sur la croissance et l'emploi*, prévoit d'importantes modifications à la *Loi sur la protection des eaux navigables* (« L.P.E.N. ») qui prendra le titre de *Loi sur la protection de la navigation*. Ainsi que le changement de titre l'indique, la loi visera à protéger la navigation et non les eaux, mais même dans sa mouture actuelle, sa fin première reste d'assurer le libre passage des navires et autres bâtiments. Ce n'est qu'indirectement que cette loi a pris une dimension environnementale.

2.1 La L.P.E.N., une loi environnementale

C'est en 1992 qu'un arrêt de la Cour suprême du Canada a consacré cette dimension environnementale. Il s'agit d'un arrêt très célèbre, un jalon marquant en droit de l'environnement au Canada, l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*²⁴. La Cour suprême

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

confirmait le droit du gouvernement d'imposer à ses ministres de tenir compte des impacts sur l'environnement au moment d'exercer les attributions qui leur sont propres. C'était avant la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. C'est par un décret, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467, qui a été abrogé par DORS/94-72 avec l'entrée en vigueur de la loi) que cette règle était imposée aux membres du gouvernement.

Il y a lieu ici de citer au long le préambule du juge La Forest qui a rendu le jugement pour la majorité (seul le juge Stevenson ayant inscrit une dissidence partielle).

La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de régimes législatifs et de structures administratives. Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux ont mis sur pied des ministères de l'environnement, qui existent maintenant depuis environ vingt ans. Cependant, on s'est récemment rendu compte qu'un ministère de l'environnement est entouré d'un grand nombre d'autres ministères dont les politiques entrent en conflit avec ses objectifs. En conséquence, le gouvernement fédéral a pris des mesures pour confier au ministère de l'Environnement un rôle central et élargir le rôle d'autres ministères et organismes gouvernementaux pour s'assurer qu'ils tiennent compte des préoccupations touchant l'environnement dans la prise de décisions susceptibles d'entraîner des incidences environnementales.

À cette fin, en vertu de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10, le ministre peut par arrêté, au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement et avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et des organismes fédéraux dont ceux de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. Conformément à cette disposition, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (« *Décret sur les lignes directrices* ») a été pris et approuvé en juin 1984, DORS/84-467. Dans l'ensemble, ces lignes directrices exigent de tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir de décision à l'égard d'une proposition, c'est-à-dire une

entreprise ou activité susceptible d'entraîner des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, qu'ils procèdent à un examen initial de cette proposition afin de déterminer si elle peut éventuellement comporter des effets néfastes sur l'environnement. Advenant le cas où une proposition risque d'avoir un effet néfaste important sur l'environnement, on prévoit la tenue d'un examen public effectué par une commission d'évaluation environnementale dont les membres doivent faire preuve d'objectivité, être à l'abri de l'ingérence politique et posséder des connaissances et une expérience particulières se rapportant aux effets de la proposition sur les plans technique, environnemental et social.

Fort de cet arrêt, le gouvernement du Canada a décidé de transformer en pièce législative ce qui n'était alors qu'un décret. Le processus était déjà en marche, de sorte que six mois plus tard était sanctionnée la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, entrée en partie en vigueur le 22 décembre 1994 et en partie le 19 janvier 1995. L'arrêt de la Cour suprême et la légitimité et la légalité qu'il a ainsi confirmées du processus fédéral d'évaluation environnementale a permis de donner une dimension environnementale à des dispositions dont la finalité première en matière d'environnement était plutôt limitée.

2.1.1 Les ouvrages dans les eaux navigables

Si le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* commenté plus haut, paragraphe qui était lui-même un déclencheur de la procédure fédérale d'évaluation environnementale, comporte de manière intrinsèque une dimension environnementale, puisqu'il vise à protéger l'habitat du poisson, l'article 5 de la L.P.E.N. n'avait pas, initialement, une utilité aussi ouvertement environnementale. Le juge La Forest y a cependant vu, à tout le moins, une mesure de protection de l'environnement biophysique d'une eau navigable²⁵.

Certaines dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables* visent directement les préoccupations environnementales biophysiques qui touchent la navigation. Les articles 21 et 22 disposent :

25. *Ibid.*

21. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés des sciures, rognures, dosses, écorces, ou des déchets semblables de quelque nature susceptibles de gêner la navigation dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables.

22. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés de la pierre, du gravier, de la terre, des escarbilles, cendres ou autres matières ou déchets submersibles dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables et où il n'y a pas continuellement au moins vingt brasses d'eau ; le présent article n'a toutefois pas pour effet de permettre de jeter ou déposer une substance dans des eaux navigables là où une autre loi interdit de le faire.

La L.P.E.N. comporte une section portant sur l'approbation des ouvrages gênant la navigation et une seconde visant les obstacles et les obstructions. Elle repose sur un concept très large d'« eaux navigables », qui s'étend jusqu'aux plans d'eau artificiels :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« Eaux navigables » : Sont compris parmi les eaux navigables les canaux et les autres plans d'eau créés ou modifiés par suite de la construction d'un ouvrage.

Quant aux ouvrages, ils sont ainsi définis :

« ouvrage » : Sont compris parmi les ouvrages :

a) les constructions, dispositifs ou autres objets d'origine humaine, qu'ils soient temporaires ou permanents, susceptibles de nuire à la navigation ;

b) les déversements de remblais dans les eaux navigables ou les excavations de matériaux tirés du lit d'eaux navigables, susceptibles de nuire à la navigation.

2.1.2 Le régime d'autorisation

C'est essentiellement l'article 5 qui instaure le régime d'autorisation préalable²⁶ des ouvrages dans des eaux navigables. Nous en reproduisons ici les trois premiers paragraphes :

5. (1) Il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci à moins que, préalablement au début des travaux, l'ouvrage ainsi que son emplacement et ses plans n'aient été approuvés par le ministre.

(2) S'il estime que l'ouvrage gênera sérieusement la navigation, le ministre peut assortir son approbation des conditions qu'il juge indiquées et, notamment, exiger que la construction de celui-ci commence dans les six mois et se termine dans les trois ans qui suivent la date de l'approbation ou dans tout autre délai qu'il précise.

(3) S'il estime que l'ouvrage gênera la navigation sans toutefois la gêner sérieusement, le ministre peut assortir son approbation des conditions qu'il juge indiquées et, notamment, exiger que la construction de celui-ci commence et se termine dans le délai qu'il précise.

Le paragraphe 5.1(1) prévoit des exceptions réglementaires :

5.1 (1) Par dérogation à l'article 5, il est permis de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci sans se conformer aux obligations prévues à cet article si l'ouvrage ou les eaux navigables appartiennent à l'une des catégories établies en vertu des règlements ou de l'article 13.

L'article 13 prévoit que c'est par arrêté du ministre que sont déterminées ces catégories d'ouvrages et d'eaux navigables et les conditions auxquelles les ouvrages doivent satisfaire. En vertu de l'article 14.1, l'exemption vaut aussi quant aux dispositions relatives aux obstacles et aux obstructions que l'on retrouve dans la Partie II

26. L'article 6 permet cependant de « légaliser » des ouvrages construits sans cette autorisation préalable.

de la loi. C'est dans cette partie II que l'on retrouve les articles 21 et 22 cités plus haut.

La navigation, c'est « l'action de naviguer, de conduire d'un point à un autre un véhicule maritime ou fluvial », selon le *Petit Larousse*²⁷. La compétence fédérale sur la navigation, qui découle du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸, a été interprétée d'une manière large et libérale²⁹. Elle s'exerce sur toutes les voies navigables, artificielles ou non. Ce caractère de navigabilité procède de la common law. La jurisprudence a dégagé le concept de « *public highway* », qui peut inclure la navigabilité à des fins récréatives.

Avec une notion aussi large d'« eaux navigables » et un régime d'autorisation visant tous les ouvrages à construire ou à aménager dans ces eaux (sauf les exceptions par arrêté), on peut déduire l'impact de l'arrêt *Friends of the Oldman River Society* sur la dimension environnementale que revêt le régime d'autorisation. Lorsque la L.P.E.N. sera devenue la *Loi sur la protection de la navigation*, il en sera tout autrement.

2.1.3 Les modifications à la L.P.E.N.

Contrairement à ce qui s'est produit pour la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, la Loi budgétaire n° 2 n'aura pas pour effet d'abroger la L.P.E.N. pour la remplacer par une nouvelle loi lorsque ses dispositions entreront en vigueur. La *Loi sur la protection des eaux navigables* changera de titre, mais ne disparaîtra pas. Plusieurs de ses dispositions seront cependant substantiellement modifiées.

D'abord, on introduira dans la loi la notion d'« eaux secondaires », d'« ouvrage secondaire » et d'« ouvrage désigné », par l'effet du paragraphe 317(5) de la Loi budgétaire n° 2. La définition du mot « ouvrage » sera elle-même modifiée, mais conservera tout de même l'essentiel de la définition actuelle. Mais là où la loi changera radicalement, c'est dans la portée du régime d'autorisation, dont tous les articles seront remplacés. L'autorisation ne sera requise que dans certains cas. On établira avant tout des règles générales à respecter, annoncées par le futur article 3 :

27. *R. c. Les Investissements Navimex inc.*, [1998] R.J.Q. 1673 (C.A.).

28. 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

29. *Queddy River Driving Boom Co.*, (1880-1885) 10 R.C.S. 222.

3. Il est interdit de construire, mettre en place, modifier, réparer, reconstruire, enlever ou déclasser un ouvrage dans des eaux navigables mentionnées à l'annexe ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci, sauf si cela est fait en conformité avec la présente loi ou toute autre loi fédérale.

2.1.3.1 Les eaux navigables

On remarquera qu'il n'est plus question d'« eaux navigables » en général, mais de celles qui sont mentionnées en annexe. Or, cette annexe, qui est une énumération de cours d'eau, de lacs, de canaux et autres eaux navigables n'énumère qu'une centaine de lacs et qu'une soixantaine de rivières et fleuves. Vu la géographie canadienne, ce sont donc des milliers d'eaux navigables au sens de la L.P.E.N. qui échapperont à ce régime d'autorisation.

Dans les eaux navigables mentionnées à l'annexe et qui ne seront pas par ailleurs désignées « eaux secondaires » et pour les ouvrages autres que les « ouvrages secondaires », le point de départ ne sera plus une demande d'approbation, mais un avis au ministre des Transports (futur paragraphe 5(1)). C'est le ministre qui déterminera alors si une approbation est requise, lorsqu'il aura décidé si l'ouvrage risque ou non de gêner sérieusement la navigation. Ainsi, par l'effet combiné des paragraphes 5(4), 5(8) et 6(1) :

5. (4) Le ministre effectue un examen de la proposition – si elle est accompagnée des droits applicables –, pour décider si l'ouvrage risque de gêner sérieusement la navigation en tenant compte de tout facteur pertinent notamment :

- a) les caractéristiques des eaux navigables en question ;
- b) la sécurité de la navigation ;
- c) la navigation actuelle ou anticipée dans ces eaux ;
- d) l'effet de l'ouvrage sur la navigation dans ces eaux notamment du fait de sa construction, sa mise en place, sa modification, sa réparation, sa reconstruction, son enlèvement, son déclassement, son exploitation, son utilisation ou son entretien ;

e) l'effet cumulatif de l'ouvrage sur la navigation dans ces eaux.

(8) Le ministre décide, au terme de l'examen de la proposition, si l'ouvrage risque ou non de gêner sérieusement la navigation et en avise le propriétaire.

6. (1) Le propriétaire peut, avec l'approbation du ministre seulement, construire, mettre en place, modifier, réparer, reconstruire, enlever ou déclasser, dans des eaux navigables mentionnées à l'annexe ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci, un ouvrage qui, selon la décision du ministre prise au titre de l'article 5, risque de gêner sérieusement la navigation ; l'approbation ne peut toutefois être délivrée que si la demande est accompagnée des droits applicables.

2.1.3.2 *Les ouvrages désignés*

Quant aux « ouvrages désignés », c'est-à-dire des « ouvrages secondaires » ou des ouvrages situés dans des « eaux secondaires », il n'y aura pas de régime d'avis ou d'approbation préalable, selon le futur paragraphe 10(1) :

10. (1) Le propriétaire peut construire, mettre en place, modifier, réparer, reconstruire, enlever ou déclasser un ouvrage désigné dans des eaux navigables mentionnées à l'annexe ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci, s'il le fait conformément aux exigences prévues sous le régime de la présente loi.

L'article 22 cité par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society* sera maintenu avec de légères modifications, mais il sera flanqué d'une nouvelle disposition relative à l'assèchement des eaux navigables, un futur article 23 :

22. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés de la pierre, du gravier, de la terre, des escarbilles, cendres ou autres matières ou déchets submersibles dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables et où il n'y a pas continuellement une profondeur d'au moins trente-six mètres d'eau ; le présent article n'a toutefois pas pour effet de permettre de jeter ou déposer une substance dans des eaux navigables là où une autre loi fédérale interdit de le faire.

23. Il est interdit d'assécher des eaux navigables.

Cet article 23 ne se limite pas aux eaux navigables mentionnées en annexe. Il aura donc une large portée, notamment en ce qui a trait à l'aménagement d'ouvrages de retenue (barrages) ou de détournement de cours d'eau. C'est le gouvernement qui pourra lever cette prohibition par décret pour les eaux navigables qu'il indiquera (art. 24) :

24. Dans les cas où il est d'avis que l'intérêt public serait ainsi servi, le gouverneur en conseil peut, par décret, exempter de l'application des articles 21 à 23 des fleuves, rivières, cours d'eau ou autres eaux, en tout ou en partie.

Le pouvoir réglementaire du gouvernement sera prévu au paragraphe 28(1) et le ministre disposera (comme c'est d'ailleurs le cas actuellement) du pouvoir de passer des arrêtés (par. 28(2)) :

28. (1) Le gouverneur en conseil peut, pour l'application de la présente loi, prendre des règlements :

e) concernant la construction, la mise en place, la modification, la réparation, la reconstruction, l'enlèvement, le déclassement, l'entretien, l'exploitation, la sécurité et l'utilisation des ouvrages, dans des eaux navigables mentionnées à l'annexe – autres que les eaux secondaires – ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci ;

o) prévoyant toute mesure d'ordre réglementaire prévue par la présente loi ;

p) concernant toute autre mesure d'application de la présente loi.

(2) Le ministre peut prendre un arrêté :

a) désignant des ouvrages comme ouvrages secondaires ;

b) désignant comme eaux secondaires tout ou partie des eaux navigables mentionnées à l'annexe ;

c) concernant la construction, la mise en place, la modification, la réparation, la reconstruction, l'enlèvement, le

déclassement, l'entretien, l'exploitation, la sécurité et l'utilisation des ouvrages, dans des eaux navigables mentionnées à l'annexe – autres que les eaux secondaires – ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci ;

d) concernant la construction, la mise en place, la modification, la réparation, la reconstruction, l'enlèvement, le déclassement, l'entretien, l'exploitation, la sécurité et l'utilisation des ouvrages dans des eaux secondaires ou sur, sous, au-dessus ou à travers celles-ci.

Dans les « eaux secondaires », qui seront des parties des eaux navigables mentionnées à l'annexe, les dispositions relatives aux obstacles ne s'y appliqueront pas. Les ouvrages dans ces eaux seront appelés des « ouvrages désignés » qui ne requerront ni avis au ministre, ni son approbation, du moment qu'ils sont placés ou construits conformément à la loi. D'autres ouvrages qui ne sont pas dans les eaux secondaires peuvent aussi être désignés ouvrages secondaires. Ce régime existe déjà par arrêté du ministre. Comme on l'a vu cependant, il ne s'appliquera que dans les eaux navigables mentionnées à l'annexe. Des mesures transitoires (art. 334 de la Loi budgétaire n° 2) prévoient que l'arrêté actuellement en vigueur tiendra lieu d'arrêté du ministre pris en vertu du futur paragraphe 28(2) pour la désignation des ouvrages secondaires et des eaux secondaires.

334. (1) Les ouvrages établis comme catégories d'ouvrages dans l'Arrêté sur les ouvrages et les eaux secondaires (Loi sur la protection des eaux navigables) sont réputés être des ouvrages secondaires désignés en vertu de l'alinéa 28(2)a) de la Loi sur la protection de la navigation tant qu'un arrêté n'a pas été pris en vertu de cet alinéa.

(2) Les conditions prévues en vertu de l'alinéa 13(1)b) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente section, à l'égard des ouvrages secondaires visés au paragraphe (1) sont réputées l'être en vertu de l'alinéa 28(2)c) de la Loi sur la protection de la navigation tant qu'un arrêté n'a pas été pris en vertu de cet alinéa.

(3) Les eaux navigables établies comme catégories d'eaux navigables dans l'Arrêté sur les ouvrages et les eaux secondaires (Loi sur la protection des eaux navigables) sont réputées être des eaux secondaires désignés en vertu de l'alinéa 28(2)b) de la

Loi sur la protection de la navigation tant qu'un arrêté n'a pas été pris en vertu de cet alinéa.

(4) Les conditions prévues en vertu de l'alinéa 13(1)b) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la présente section, à l'égard des eaux secondaires visées au paragraphe (3) sont réputées l'être en vertu de l'alinéa 28(2)d) de la Loi sur la protection de la navigation tant qu'un arrêté n'a pas été pris en vertu de cet alinéa.

2.2 L'impact des modifications à la L.P.E.N.

Comme on peut le voir, la L.P.E.N. aura perdu beaucoup de sa portée lorsqu'elle deviendra la *Loi sur la protection de la navigation*. Elle ne protégera plus qu'une centaine de lacs et une soixantaine de cours d'eau sur l'ensemble du territoire canadien et encore, des portions de ceux-ci pourront être désignées « eaux secondaires ». Les ouvrages dans ces eaux secondaires seront eux-mêmes des « ouvrages secondaires » exempts d'autorisation. Le ministre pourra aussi désigner, pour les parties des eaux navigables mentionnées à l'annexe et qui ne seront pas des eaux secondaires, d'autres « ouvrages secondaires ». Même pour les ouvrages qui n'entreront pas dans cette catégorie, c'est par simple avis au ministre que sera enclenché un processus de vérification de l'entrave qu'ils pourraient causer à la navigation et la nécessité d'une approbation ou non dépendra de l'appréciation qu'en fera le ministre.

On sera alors à l'opposé de l'ère qu'a inaugurée l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*, qui a permis d'assujettir à la procédure fédérale d'évaluation environnementale un projet provincial de barrage, parce que cet ouvrage nécessitait une autorisation du ministre fédéral des Transports en vertu de l'actuel article 5 L.P.E.N. et que cette autorisation était un déclencheur de la procédure.

Ce qui nous amène aux nouvelles règles fédérales en ce domaine.

3. LA LOI CANADIENNE SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE (2012)

La Loi budgétaire n° 1 a édicté par son article 52 une toute nouvelle loi fédérale en matière d'évaluation environnementale, la *Loi*

*canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*³⁰ et, par son article 66, elle a abrogé la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*³¹. Même si la loi nouvelle tient compte, dans une certaine mesure, des développements jurisprudentiels qui ont marqué les deux décennies où l'ancienne loi a été en vigueur, il s'agit néanmoins d'un profond changement de régime. Pour en prendre toute la mesure, il importe de revenir sur la loi ancienne.

3.1 Retour sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

Voici ce qu'a dit le juge La Forest, dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*, à une époque contemporaine de l'étude de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

En tant qu'outil de planification, le processus d'évaluation renferme un mécanisme de collecte de renseignements et de prise de décisions, qui fournit au décideur une base objective sur laquelle il pourra s'appuyer pour autoriser ou refuser un projet d'aménagement [...]. Bref, l'évaluation des incidences environnementales constitue simplement une description du processus de prise de décisions.

3.1.1 *Les étapes d'une procédure*

Les procédures d'évaluation environnementale en vigueur au Québec comprennent sensiblement les mêmes grandes étapes, qu'il s'agisse de la procédure fédérale, de la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement instituée en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*³², de la procédure découlant de la Convention du Nord-Est québécois ou encore des procédures instituées par la Convention de la Baie-James et du Nord québécois³³. Ces étapes sont les suivantes :

30. L.C. 2012, ch. 19, art. 52 (la « L.C.É.E. (2012) »).

31. L.C. 1992, ch. 37 (la « L.C.É.E. »).

32. L.R.Q., c. Q-2 (« L.Q.E. »).

33. On peut lire à ce sujet : R. DAIGNEAULT, « L'évaluation des impacts sur l'environnement : sept procédures, un droit en pleine effervescence », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 193.

- 1- L'objet ;
- 2- L'assujettissement ;
- 3- L'évaluation ;
- 4- L'examen ;
- 5- La décision ;
- 6- Le suivi.

L'objet, c'est ce sur quoi peut porter l'évaluation. Le plus souvent, il s'agit d'ouvrages ou d'activités concrètes, par opposition par exemple à un programme ou une autre mesure administrative.

L'assujettissement réfère aux facteurs qui feront en sorte qu'une procédure d'évaluation environnementale sera appliquée à un objet donné.

L'évaluation est le processus par lequel les impacts du projet sur l'environnement sont identifiés et quantifiés. Cette étape relève généralement du promoteur.

L'examen est le processus au cours duquel l'évaluation faite par le promoteur est passée à la loupe et validée ou non.

La décision est l'approbation ou non du projet avec ou sans conditions. Dans la L.C.É.E., l'autorité responsable fait l'objet d'une prohibition d'exercer ses attributions (délivrer une autorisation) si l'évaluation environnementale est défavorable.

Le suivi est la mise en application des mesures d'atténuation des impacts si ceux-ci se concrétisent.

3.1.2 Notion de « projet » et portée de l'évaluation

Dans la L.C.É.E., l'objet était défini à l'article 2 sous le terme « projet », c'est-à-dire 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 aux termes de l'alinéa 59b ». On

avait donc, dans cette définition, un concept général, à savoir la réalisation d'un ouvrage, et un concept particularisé, à savoir l'exercice d'une activité concrète non liée à un ouvrage. Dans ce dernier cas, l'activité devait être expressément désignée par règlement. Il s'agissait du *Règlement sur la liste d'inclusion*³⁴. Cette désignation sur la liste d'inclusion n'avait pas automatiquement pour effet d'assujettir l'exercice de l'activité à l'évaluation environnementale. Les déclencheurs restaient les mêmes aussi bien pour les activités que pour les ouvrages.

Dans la foulée de l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*, le gouvernement du Canada avait tiré profit de la large ouverture que lui offrait la Cour suprême pour se doter d'une loi d'une portée extrêmement large, portée qui a été fréquemment confirmée par de très nombreux jugements de la Cour fédérale, divisions de première instance ou d'appel, et par la Cour suprême elle-même. La L.C.É.E. prévoyait plusieurs facteurs déclencheurs de l'application de la procédure fédérale d'évaluation environnementale, faisant en sorte qu'une infinité de projets pouvaient s'y trouver assujettis. Ces déclencheurs étaient de quatre ordres, décrits à l'article 5 :

- 1) le promoteur du projet était une entité fédérale ;
- 2) une entité fédérale contribuait financièrement au projet ;
- 3) une entité fédérale octroyait un droit d'occupation d'une terre sous administration fédérale ;
- 4) une entité fédérale exerçait à l'égard du projet un pouvoir d'autorisation en vertu d'une disposition déterminée par règlement (il s'agissait du *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, qui énumérait quelque 130 autorisations différentes).

La quantité de projets susceptibles d'être assujettis à la procédure était donc considérable. Le législateur avait donc prévu la possibilité pour le gouvernement de soustraire des projets de la procédure d'évaluation environnementale³⁵. En conséquence, le gouverneur en conseil avait adopté un règlement énumérant des dizaines de projets

34. DORS/94-637.

35. Par. 7(1) L.C.É.E.

exemptés, dont la plus récente version était le *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*³⁶.

3.1.3 Les voies possibles en vertu de la L.C.É.E.

La structure de la L.C.É.E. a amené la Cour suprême³⁷ à identifié cinq voies possibles³⁸ selon la nature du projet, selon le niveau d'évaluation :

1. Aucune évaluation ;
2. Examen préalable ;
3. Étude approfondie ;
4. Médiation ;
5. Examen par une commission.

C'était le paragraphe 7(1) de la L.C.É.E. qui disposait que les projets figurant sur la liste d'exclusion (mais aussi ceux mis en œuvre pour répondre à une situation d'urgence) ne faisaient pas l'objet d'une évaluation. « On considère que les projets sur cette liste ont des effets environnementaux négligeables ». Quant à l'examen préalable, il s'agissait du « plus bas niveau d'évaluation environnementale », pour des projets « dont on considère que la réalisation peut entraîner des effets environnementaux négatifs, qui ne sont toutefois pas jugés suffisamment graves pour justifier les évaluations plus poussées prévues dans la loi ». Les projets soumis à l'examen préalable étaient les projets autres que ceux de la liste d'exclusion et de ceux de la liste d'étude approfondie. Cette dernière liste, établie par le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*, énumérait des projets « que l'on considère comme susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants »³⁹. Outre de faire l'objet d'une étude approfondie, l'examen de tels projets pouvait être renvoyé à une commission. Ils pouvaient aussi faire l'objet d'une médiation. Nous verrons que la loi

36. DORS/2007-108.

37. *Mines Alerte Canada*, *supra*, note 15, p. 17, par. 14.

38. Dans *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461, la Cour fédérale, division d'appel, avait plutôt considéré qu'il y avait « trois types d'évaluations environnementales : l'examen préalable, l'étude approfondie et la commission d'examen », par. 18.

39. *Mines Alerte Canada*, *supra*, note 15, par. 15 à 17.

nouvelle maintient quatre de ces cinq voies. Celle de la médiation n'a pas été reprise.

C'est le projet tel que proposé par le promoteur qui déterminait la voie à suivre, et non pas ses effets appréhendés, ou encore la partie du projet, qui enclenchait la procédure fédérale. Ainsi, dans l'affaire *Mines Alerte Canada*⁴⁰, le promoteur ayant décrit son projet comme une « mine à ciel ouvert et installations connexes, dont une zone de dépôts de résidus miniers, des routes d'accès, une prise d'eau, des lignes de transmission et des bâtiments secondaires (notamment pour l'entretien et les camps) », il ne pouvait ensuite le réduire aux seules composantes qui avaient déclenché l'application de la procédure.

En l'espèce, le promoteur avait besoin d'un permis en vertu de la *Loi sur les explosifs*⁴¹ et d'une autorisation en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Il allait de soi que la mine elle-même était un projet relevant de la compétence de la province, mais certaines autorisations fédérales étaient requises. En cela, la Cour a distingué le projet lui-même, dont l'envergure sert à déterminer la voie qui sera suivie (entre un examen préalable et une étude approfondie, par exemple) de la portée du projet, à savoir ce qui fera partie de l'évaluation environnementale. La Cour suprême a déterminé que l'autorité responsable n'avait aucune discrétion quant à la voie à suivre. En l'espèce, il s'agissait d'une mine dont la production quotidienne excédait 3000 tonnes. Elle était donc visée par la liste d'étude approfondie et le promoteur ne pouvait ensuite réduire celui-ci aux seuls éléments qui le contraignaient à obtenir des autorisations fédérales⁴².

3.1.3.1 La portée d'un projet

Par contre, au stade la détermination de la portée du projet, la Cour suprême a reconnu que l'autorité responsable exerçait un pouvoir discrétionnaire. Elle ne pouvait toutefois l'exercer que dans un sens. La portée minimale est celle du projet tel que proposé :

Selon l'opinion que le « projet tel qu'il est proposé par le promoteur » s'applique en l'absence de texte ou contexte à l'effet con-

40. *Ibid.*, par. 5.

41. L.R.C. (1985), ch. E-17.

42. *Mines Alerte Canada*, *supra*, note 15, par. 17.

traire, la détermination de la portée du projet par l'AR ou le ministre en vertu du par. 15(1) est assujettie au par. 15(3). En d'autres termes, la portée minimale du projet est celle du projet tel qu'il est proposé par le promoteur, et l'AR ou le ministre a le pouvoir de l'élargir lorsque les faits et circonstances du projet de justifient.⁴³

Déterminer la portée du projet a été résumé en ces termes par le juge Linden dans *Bow Valley Naturalists Society*⁴⁴ :

[...] l'autorité responsable doit déterminer quels sont les éléments du projet dont on doit tenir compte aux fins de l'évaluation environnementale.

Et d'ajouter, plus loin⁴⁵ :

Il semble donc que la « portée » d'un projet en vertu de l'article 15 se limite normalement aux opérations qui sont directement liées à l'ouvrage proposé, comme sa construction et son exploitation, ainsi qu'aux opérations accessoires.

Selon la Cour suprême, le législateur présumait qu'un promoteur représenterait la totalité du projet proposé. Comme il était possible qu'un promoteur cherchât à « fractionner le projet » pour n'en présenter qu'une partie, ou faire de plusieurs parties du projet des projets indépendants, pour par exemple éviter les obligations additionnelles d'une étude approfondie, l'autorité responsable pouvait, en déterminant la portée du projet, inclure toutes les questions liées au projet, ou encore combiner les parties fractionnées d'un projet. Il pouvait alors en résulter un projet soumis à une étude approfondie et non plus à un examen préalable⁴⁶. Ainsi, pour l'évaluation environnementale d'une demande de licence d'exportation d'électricité faite par Hydro-Québec, l'Office national de l'énergie a été justifié de considérer, dans la portée du projet, les installations de production de l'électricité à exporter, et non pas seulement les fils permettant de traverser la frontière⁴⁷.

43. *Ibid.*, par. 39.

44. *Supra*, note 38, par. 24.

45. *Ibid.*, par. 34.

46. *Mines Alerte Canada*, *supra*, note 15, par. 40.

47. *P. G. du Québec c. Office national de l'énergie*, [1994] 1 R.C.S. 159.

3.1.3.2 *L'étude approfondie*

L'étude approfondie était un processus comportant beaucoup plus d'exigences, dont celles-ci, relevées par le juge Rothstein dans l'affaire *Mines Alerte Canada* :

(1) Consultation publique obligatoire au début et tout au long du processus d'évaluation environnementale (art. 21-23).

(2) Programme d'aide financière gouvernementale pour faciliter la participation du public au processus d'évaluation environnementale (par. 58(1.1)).

(3) Le ministre doit décider si l'évaluation environnementale doit être renvoyée à une AR pour qu'elle procède à l'étude approfondie, ou bien à la médiation ou à l'examen par une commission (art. 21.1).

(4) Le ministre, et non une AR, doit décider si le projet entraînera des effets environnementaux négatifs importants (art. 23).

(5) Évaluation des raisons d'être du projet et examen des solutions de rechange et de leurs effets environnementaux (par. 16(2)).

(6) Nécessité d'un programme de suivi (par. 16(2)).

(7) Capacité des ressources renouvelables touchées par le projet de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures (par. 16(2)).

(NOTE : « AR » dans cet extrait signifie « autorité responsable »)

La division d'appel de la Cour fédérale, dans *Prairie Acid Rain Coalition*, a cependant rappelé que le seul fait qu'un projet soit inscrit à l'annexe du *Règlement sur la liste d'étude approfondie*⁴⁸ n'en faisait pas un projet automatiquement assujetti à la procédure.

Mais le Règlement ne vise pas à imposer à une autorité responsable qui exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 15(1) de la LCEE l'obligation de définir la portée d'un

48. DORS/94-638.

ouvrage ou d'une activité du seul fait qu'ils figurent sur la liste du Règlement. En l'espèce, l'entreprise de sables bitumineux relève de la compétence provinciale. Le *Règlement sur la liste d'étude approfondie* n'a pas pour objet d'assujettir à une évaluation environnementale fédérale des entreprises non assujetties à la compétence fédérale. Le Règlement n'est pas non plus mis en jeu en raison d'un motif étroit de compétence fédérale, en l'occurrence le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. [...] ⁴⁹

L'autorité responsable avait discrétion quant à la portée de l'évaluation environnementale à réaliser, qu'il s'agisse d'un projet soumis à un simple examen préalable ou d'un projet assujetti à une étude approfondie. Dans cette démarche, les tribunaux ont reconnu qu'elle pouvait s'écarter du cadre strict des champs de compétence fédérale, dans la mesure où les aspects considérés étaient pertinents à l'exercice d'attributions de compétence fédérale.

Aux termes de l'alinéa 16(1)a), l'autorité responsable n'a pas à se borner à un examen des effets environnementaux découlant strictement d'un projet dont la portée a été déterminée conformément au paragraphe 15(1). Cette autorité responsable n'est pas non plus obligée de s'en tenir aux seuls effets environnementaux pouvant découler de sources relevant de la compétence fédérale. En effet, la nature même d'une évaluation des effets cumulatifs en vertu de l'alinéa 16(1)a) semble expressément élargir le champ d'examen au-delà du projet défini. [...]

Naturellement, en affirmant que l'autorité responsable peut effectivement se pencher sur des facteurs échappant à la compétence fédérale, je ne me prononce qu'en ce qui concerne l'alinéa 16(1)a) et le paragraphe 16(3) où, à partir du moment où l'autorité responsable détermine la portée d'un projet relevant de la compétence fédérale, il y a obligation de se pencher sur les effets environnementaux cumulatifs. ⁵⁰

Au même effet dans *Prairie Acid Rain Coalition* :

La prise en compte des effets cumulatifs permet à une autorité responsable d'examiner les effets environnementaux provenant

49. *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2006 FCA 31.

50. *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (C.A.), [2000] 2 C.F. 263, par. 34 et 36.

de sources qui ne relèvent pas de la compétence fédérale. Cependant, cela touche la portée de l'évaluation et ne touche pas la portée du projet, contrairement à ce que prétendent les appelants.⁵¹

3.2 La L.C.É.E. (2012) : une nouvelle approche

Antérieurement, sous la L.C.É.E. comme on l'a vu, les déclencheurs étaient d'ordre administratif. L'assujettissement d'un projet était lié soit à la personnalité du promoteur (une entité fédérale), soit à une décision devant être prise par une entité fédérale (contribution financière, octroi d'un droit sur le territoire domanial, délivrance d'une autorisation en vertu d'une loi ou d'un règlement fédéral). La liste d'inclusion ne servait qu'à identifier plus précisément l'objet lorsqu'il ne s'agissait pas d'un ouvrage. C'est pourquoi l'aboutissement de la procédure était l'exercice ou non par l'autorité fédérale (c'est-à-dire l'entité fédérale sollicitée pour rendre une décision dans les cas mentionnés ci-dessus) de ses attributions, selon les impacts du projet et les mesures d'atténuation prévues, ou selon les préoccupations du public.

Avec l'adoption de la L.C.É.E. (2012), le parlement s'est écarté considérablement du régime qui avait été institué par la loi précédente. D'abord, des cinq voies possibles qu'offrait la L.C.É.E., il n'y en a plus que quatre. Il n'est plus question de médiation. Quant au mécanisme d'assujettissement, il ne dépend plus de la décision que doit prendre une entité fédérale. Il se fonde sur une énumération de projets, appelés « projets désignés » et, sous cet angle, il se rapproche de la formule qui prévaut pour le sud du Québec en vertu de la L.Q.E. La procédure provinciale repose en effet sur une liste de projets, ceux énumérés à l'article 2 du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*⁵².

3.2.1 La notion de « projet désigné »

Ce nouveau mode d'assujettissement découle du paragraphe *b*) de la définition de « projet désigné » dans la L.C.É.E. (2012) :

Une ou plusieurs activités concrètes :

- a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial ;

51. *Supra*, note 49.

52. R.R.Q. c. Q-2, r. 23.

b) désignées soit par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a, soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2) ;

c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.

Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires.

Une liste d'activités concrètes a été adoptée par règlement du gouvernement. Il s'agit du *Règlement désignant les activités concrètes*⁵³. Notons cependant que la règle d'assujettissement à la procédure pour un projet qui est un projet désigné par règlement du gouvernement est différente de celle d'un projet qui est un projet désigné par l'effet d'un arrêté du ministre. La mention d'une activité dans la liste réglementaire ne suffit pas à enclencher la procédure d'évaluation environnementale. Il faut tenir compte des effets environnementaux possibles, tandis que le projet qui comprend une activité concrète désignée par arrêté du ministre doit automatiquement faire l'objet d'une évaluation environnementale.

C'est l'article 6 qui décrit le mode d'assujettissement d'un projet désigné par règlement :

6. Le promoteur d'un projet désigné ne peut prendre une mesure se rapportant à la réalisation de tout ou partie du projet et *pouvant entraîner des effets environnementaux visés au paragraphe 5(1)* que si, selon le cas :

a) l'Agence décide, au titre de l'alinéa 10b), qu'aucune évaluation environnementale du projet n'est requise et affiche sa décision sur le site Internet ;

b) le promoteur prend la mesure en conformité avec les conditions qui sont énoncées dans la déclaration qui lui est remise au titre du paragraphe 31(3) ou de l'article 54 relativement au projet. (nos italiques)

3.2.2 Les « activités concrètes »

Pour les projets qui ne sont pas désignés par règlement, mais qui comprennent une activité concrète désignée par arrêté du minis-

53. DORS/2012-147.

tre, l'évaluation environnementale est obligatoire par l'effet du paragraphe 14(1), qui ne contient pas de mention comme celle que l'on peut lire à l'article 6 relativement aux effets environnementaux négatifs :

14.(1) Tout projet désigné qui comprend une activité désignée en vertu du paragraphe (2) doit faire l'objet d'une évaluation environnementale.

C'est que le paragraphe 14(2) qui permet au ministre de désigner des activités concrètes par arrêté fait intervenir explicitement la notion d'effet environnemental négatif. Une activité concrète ne peut être désignée par arrêté que si elle peut avoir de tels effets.

14.(2) Le ministre peut, par arrêté, désigner toute activité concrète qui n'est pas désignée par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a), s'il est d'avis que l'exercice de l'activité peut entraîner des effets environnementaux négatifs ou que les préoccupations du public concernant les effets environnementaux négatifs que l'exercice de l'activité peut entraîner le justifient.

Il ne s'agit pas ici de n'importe quel effet environnemental négatif. Les « effets environnementaux » au sens de la loi sont ceux prévus à l'article 5 et ils se limitent à ceux qui relèvent de la compétence du Parlement, sauf dans le cas où une autorité fédérale doit exercer des attributions à l'égard de l'activité ou du projet (par exemple la délivrance d'une autorisation en vertu d'une loi fédérale). En cela, le texte législatif rejoint ce que la jurisprudence avait déterminé jusqu'ici quant à la portée de l'évaluation environnementale et dont nous avons discuté plus haut.

Ce pouvoir de désignation d'activité concrète par arrêté du ministre est toutefois préoccupant. Du seul fait qu'une activité concrète puisse avoir des effets environnementaux négatifs (« effets environnementaux » s'entendant des effets dans un champ de compétence fédérale), le ministre pourrait la déclarer telle par un simple arrêté et, du coup, assujettir à l'évaluation environnementale prévue dans la L.C.É.E. (2012) le projet désigné qui comporte cette activité. C'est là un pouvoir discrétionnaire considérable dont les limites constitutionnelles restent discutables. En effet, c'est par la simple « possibilité » d'un effet environnemental négatif de compétence fédérale que le ministre est autorisé à désigner par arrêté une activité concrète rendant obligatoire l'évaluation environnementale du projet qui la

comporte. C'est en quelque sorte l'avènement d'un nouveau régime fédéral d'autorisation discrétionnaire fondé sur la possibilité d'un effet dans un champ de compétence fédéral. Il faudra voir comment les tribunaux évalueront ce nouveau pouvoir du ministre.

Toutefois, suivant mon interprétation du *Décret sur les lignes directrices*, le « ministère responsable » qui procède à l'évaluation initiale et, au besoin, la Commission d'évaluation environnementale n'ont que le mandat d'examiner les questions se rapportant directement aux domaines de compétence fédérale concernés. En conséquence, *le ministère responsable ou la commission ne peuvent se servir du Décret sur les lignes directrices comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compétence fédérale concernés*.⁵⁴ (nos italiques)

3.2.3 Les effets environnementaux négatifs

Pour les projets désignés visés par l'article 6, les effets environnementaux déclencheurs sont ceux du paragraphe 5(1) :

(1) Pour l'application de la présente loi, les effets environnementaux qui sont en cause à l'égard d'une mesure, d'une activité concrète, d'un projet désigné ou d'un projet sont les suivants :

a) les changements qui risquent d'être causés aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la compétence législative du Parlement :

(i) les poissons au sens de l'article 2 de la Loi sur les pêches et l'habitat du poisson au sens du paragraphe 34(1) de cette loi ;

(ii) les espèces aquatiques au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur les espèces en péril ;⁵⁵

(iii) les oiseaux migrateurs au sens du paragraphe 2(1) de la Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs ;

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

55. Il s'agit des espèces sauvages de poissons, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les pêches*, ou de plantes marines, au sens de l'article 47 de cette loi.

(iv) toute autre composante de l'environnement mentionnée à l'annexe 2.⁵⁶

b) les changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

(i) sur le territoire domanial ;

(ii) dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise, l'activité est exercée ou le projet désigné ou le projet est réalisé ;

(iii) à l'étranger.

c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :

(i) sur les plans sanitaire et socio-économique ;

(ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel ;

(iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles ;

(iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

Il ne faut pas oublier que c'est la *possibilité* qu'un de ces effets environnementaux soit *négatif* qui fait qu'un projet désigné sera assujéti ou non à la procédure prévue par la loi. À la lecture de ce paragraphe 5(1) et de l'article 6, on se rend compte que, pour les projets désignés (donc ceux énumérés par règlement), la L.C.É.E. (2012) crée ici aussi un nouveau régime d'approbation préalable totalement indépendant des autres lois fédérales prévoyant des autorisations. Dès qu'il est possible qu'une mesure se rapportant à la réalisation de tout ou partie d'un projet désigné peut avoir des effets environnementaux négatifs (au sens du paragraphe 5(1)), le projet doit passer par le crible de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale

56. Cette annexe peut être modifiée par le gouvernement (par. 5(3)). Elle était vide au moment d'écrire ces lignes.

(« ACÉE »), c'est-à-dire faire l'objet d'un tamisage. Nous y reviendrons plus bas. Là aussi cette mesure soulève une préoccupation d'ordre constitutionnel.

La notion d'effet environnemental est cependant beaucoup plus large dans les cas où une autorité fédérale doit exercer des attributions sous le régime d'une loi fédérale. Dans ce cas, on revient sensiblement aux considérations environnementales qui prévalaient sous l'ancienne loi. Le législateur, ici, semble vouloir suivre les enseignements de la jurisprudence dont nous avons fait état plus haut relativement à la prise en compte des effets environnementaux par une autorité fédérale qui doit exercer un pouvoir décisionnel⁵⁷.

C'est le paragraphe 5(2) qui détermine les effets environnementaux supplémentaires qu'une autorité fédérale peut prendre en considération dans l'exercice d'une attribution que lui accorde une loi fédérale.

(2) Toutefois, si l'exercice de l'activité ou la réalisation du projet désigné ou du projet exige l'exercice, par une autorité fédérale, d'attributions qui lui sont conférées sous le régime d'une loi fédérale autre que la présente loi, les effets environnementaux comprennent en outre :

a) les changements – autres que ceux visés aux alinéas (1)a et b) – qui risquent d'être causés à l'environnement et qui sont directement liés ou nécessairement accessoires aux attributions que l'autorité fédérale doit exercer pour permettre l'exercice en tout ou en partie de l'activité ou la réalisation en tout ou en partie du projet désigné ou du projet ;

b) les répercussions – autres que celles visées à l'alinéa (1)c) – des changements visés à l'alinéa a), selon le cas :

(i) sur les plans sanitaire et socio-économique ;

(ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel ;

57. Également, voir *P.G. du Québec c. Office national de l'énergie*, *supra*, note 47 : « En appliquant la Loi, l'Office peut tenir compte des effets sur l'environnement à l'intérieur d'une province s'il les considère pertinents aux fins de sa décision de délivrer une licence d'exportation, matière de compétence fédérale ».

(iii) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

3.2.4 L'examen préalable, nouvelle mouture

Si nous revenons à l'article 6 cité plus haut (section 3.2.1), on se souviendra que lorsqu'un projet désigné peut entraîner des effets environnementaux négatifs, l'ACÉE doit avoir conclu qu'une évaluation environnementale n'est pas requise, sinon le projet doit être soumis à la procédure d'évaluation environnementale prévue par la loi. Cette procédure est en fait l'équivalent de la procédure d'étude approfondie de l'ancienne loi, à l'exception de la médiation, qui n'est plus prévue. Ainsi, l'examen préalable n'est pas assimilé à une « évaluation environnementale » selon les termes de la loi nouvelle. Celle-ci prévoit donc quatre voies, mais ces voies ne correspondent pas exactement à celles de l'ancienne loi répertoriée par la Cour suprême dans *Mines Alerte Canada*.

Il y a plus qu'une simple différence dans le nombre de voies que peut suivre un projet désigné. Alors que l'examen préalable et l'étude approfondie étaient des voies mutuellement exclusives dans l'ancienne loi, l'examen préalable prévu aux articles 8 et suivants de la loi nouvelle correspond plus correctement à un tamisage (le terme français correspondant à « *screening* »), puisqu'il s'agit d'une étape qui, non seulement n'exclut pas une évaluation plus approfondie, mais peut conduire à une telle évaluation. En cela, le processus se rapproche de ce que l'on trouve dans les procédures applicables dans le territoire de la Baie-James, codifiées par le Québec dans le chapitre II de la L.Q.E. Ces procédures prévoient que, pour les projets qui ne sont ni dans l'annexe A, ni dans l'annexe B de la L.Q.E., c'est-à-dire ni obligatoirement assujettis, ni obligatoirement soustraits à la procédure, l'on procédera à une étape de tamisage mettant à contribution un organisme appelé « Comité d'évaluation ». Comme pour l'examen préalable fait par l'ACÉE en vertu de la loi nouvelle, le tamisage aboutit soit à l'assujettissement du projet à la procédure, soit à son exemption.

3.2.5 L'évaluation environnementale proprement dite

Si l'on exclut les cas soumis au tamisage, l'évaluation environnementale (c'est-à-dire l'équivalent de l'étude approfondie sous l'ancienne loi) est obligatoire dans les cas suivants :

- 1- Il s'agit d'une activité concrète désignée par arrêté du ministre (par. 14 (1)) ;
- 2- Il s'agit d'un projet désigné relevant d'une autorité responsable visée aux alinéas 15a) à c).

Les autorités responsables visées aux alinéas 15a) à c) sont soit la Commission canadienne de sûreté nucléaire, soit l'Office national de l'énergie, soit une autorité fédérale exerçant des fonctions de réglementation et pouvant tenir des audiences publiques, mais alors uniquement dans le cas d'autorités prévues par règlement. Pour l'instant, il n'y a pas de tels règlements.

On a donc les situations possibles suivantes.

- 1- Le projet est une activité concrète désignée par arrêté du ministre en application du paragraphe 14(2). Alors l'évaluation environnementale est obligatoire (par. 14 (1)).

Dans le cas contraire, il n'est pas visé par la L.C.É.E. (2012).

- 2- Le projet n'est pas prévu dans le *Règlement sur les activités concrètes*.
 - A- Le projet relève de la Commission canadienne de sûreté nucléaire, de l'Office national de l'énergie ou d'une autorité fédérale, prévue par règlement, exerçant des fonctions de réglementation et pouvant tenir des audiences publiques. Alors l'évaluation environnementale est obligatoire.
 - B- Le projet ne relève pas d'une de ces entités et il n'y a pas de possibilité d'effets environnementaux négatifs. Alors le promoteur peut prendre les mesures lui permettant de réaliser son projet (sous réserve d'exigences relevant d'autres lois, bien sûr).
 - C- Le projet ne relève pas d'une de ces entités, mais une mesure relative au projet peut entraîner des effets environnementaux négatifs. Alors l'ACÉE doit d'abord procéder à un examen préalable de celui-ci. Elle le fait selon les critères énoncés à l'article 10 et dispose de 45 jours pour ce faire.

10. Dans les quarante-cinq jours suivant l'affichage de l'avis sur le site Internet, l'Agence :

a) effectue l'examen préalable du projet désigné en tenant compte notamment des éléments suivants :

(i) la description du projet fournie par le promoteur ;

(ii) la possibilité que la réalisation du projet entraîne des effets environnementaux négatifs ;

(iii) les observations reçues du public dans les vingt jours suivant l'affichage de l'avis sur le site Internet ;

(iv) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74.

b) décide, au terme de cet examen, si une évaluation environnementale du projet désigné est requise ou non.

L'article 10 n'est pas le seul article fixant une échéance. Il s'agit d'une nouveauté dans la L.C.É.E. (2012), annoncée dans l'énoncé budgétaire de mars 2012. La loi prévoit des échéances non seulement pour l'examen préalable, mais aussi pour l'évaluation environnementale, soit 365 jours (par. 27 (2)) excluant le temps requis par le promoteur pour répondre à des demandes de l'ACÉE (par. 27(6)), avec prolongation possible d'au plus trois mois (par. 27 (3)), et pour l'examen par une commission (24 mois, par. 38 (2)).

3.2.5.1 Contenu de l'évaluation environnementale

Le paragraphe 19(1) détermine les éléments que doit comprendre l'évaluation environnementale d'un projet désigné. Cette énumération doit se lire avec la notion d'« effets environnementaux » telle qu'énoncée à l'article 5.

19.(1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle

d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement ;

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a) ;

c) les observations du public – ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des parties intéressées – reçues conformément à la présente loi ;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet ;

e) les exigences du programme de suivi du projet ;

f) les raisons d'être du projet ;

g) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux ;

h) les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement ;

i) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74 ;

j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.

C'est l'autorité responsable qui veille à ce que l'évaluation environnementale soit réalisée. Cette autorité est, selon le cas, la Commission canadienne de sûreté nucléaire, l'Office national de l'Énergie ou l'ACÉE. Cette autorité responsable doit aussi veiller à ce que le public ait la possibilité de participer à l'évaluation (art. 22 et 24).

3.2.6 La décision

C'est le décideur qui détermine, au terme de la procédure, avec ou sans renvoi à une commission, si la réalisation du projet désigné

est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants (par. 52(1)). Si le décideur conclut en l'absence d'effets environnementaux négatifs importants, il fixe les conditions que le promoteur du projet sera tenu de respecter relativement aux effets environnementaux (par. 53(1)). Si le décideur conclut en des effets environnementaux négatifs et importants, il doit alors renvoyer au gouvernement la question de savoir si ces effets sont justifiables dans les circonstances. Ce jugement de valeur n'est pas laissé entre les mains du décideur (par. 52(2)). Seul le gouvernement décide si les effets environnementaux négatifs importants sont justifiables (par. 52(4)). S'ils sont justifiables, le décideur fixe ensuite les conditions (mesures d'atténuation ou programme de suivi) que le promoteur devra respecter relativement à ces effets (par. 53(1)).

Lorsqu'il s'agit d'attributions qu'une autorité fédérale doit exercer et que le décideur a conclu en l'absence d'effets environnementaux visés au paragraphe 5(2) qui sont négatifs et importants ou que, dans le cas contraire, le gouvernement les a considérés justifiables dans les circonstances, l'autorité fédérale « fixe les conditions (mesures d'atténuation ou programme de suivi) – directement liées ou nécessairement accessoires aux attributions que l'autorité fédérale doit exercer pour permettre la réalisation en tout ou en partie du projet – que le promoteur du projet est tenu de respecter » relativement à ces effets (par. 53(2)). Ces conditions restent subordonnées à l'exercice par l'autorité fédérale des attributions en cause (par. 53(3)).

Le promoteur en est informé par le biais d'une « déclaration » du décideur faite en application de l'article 54.

3.2.7 Les procédures de substitution

La L.C.É.E. (2012) permet au ministre de l'Environnement de substituer à la procédure fédérale une procédure d'une province ou d'une instance visée aux paragraphes *e*) et *f*) de la définition d'« instance » à l'article 2 de la loi. Ce sont les instances suivantes :

e) organisme constitué aux termes d'un accord sur des revendications territoriales visé à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et ayant des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet désigné ;

f) organisme dirigeant constitué par une loi relative à l'autonomie gouvernementale des Indiens et ayant des attributions

relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet désigné.

Cette possibilité de recourir à de telles instances vise clairement à contourner le problème posé par la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Moses*⁵⁸, alors que la Cour a conclu que, malgré l'application de la procédure d'évaluation environnementale prévue à la Convention de la Baie-James et du Nord québécois, la procédure fédérale instituée en vertu de la L.C.É.E. devait aussi s'appliquer, parce qu'en l'espèce, le projet était assujéti à l'article 35 de la *Loi sur les pêches*. Le ministre peut même décider de substituer à la procédure fédérale une procédure qui a déjà été menée à propos d'un projet (par. 34(2)). Une évaluation de substitution est alors réputée conforme aux exigences de la L.C.É.E. (2012).

3.3 Une procédure revue et corrigée

L'objet de notre propos visait à mettre en parallèle la substance de la nouvelle procédure fédérale d'évaluation environnementale et celle de l'ancienne loi. En ce qui concerne le renvoi à une commission (art. 38 et s. L.C.É.E. (2012)), les différences sont davantage d'ordre administratif. Il n'y a pas lieu de s'y attarder ici. On retiendra de cet examen des nouvelles règles que le législateur a profondément modifié le mode d'assujettissement des projets à la procédure d'évaluation environnementale fédérale.

Hormis les cas soumis à l'autorité de la Commission canadienne de sûreté nucléaire ou de l'Office national de l'énergie, l'assujettissement se fonde sur une liste, celle du *Règlement sur les activités concrètes* et sur des effets environnementaux négatifs possibles du projet, effets environnementaux relevant de la compétence fédérale. Il faut la combinaison de ces deux facteurs pour qu'un projet soit assujéti. Et encore, il passera d'abord par l'étape du tamisage, sauf si le projet comprend une activité concrète qui aura été désignée par arrêté du ministre de l'Environnement, auquel cas le projet serait obligatoirement soumis à la procédure d'évaluation environnementale sans passer par le tamisage. C'est que cette désignation par le ministre suppose implicitement qu'il y a possibilité d'effets environnementaux négatifs.

58. *Supra*, note 15.

On peut voir que le législateur a passablement réduit l'envergue du processus et, surtout, les projets susceptibles d'y être assujettis. Il faut maintenant une mention sur une liste réglementaire. Le législateur tient aussi manifestement compte des enseignements tirés de la jurisprudence qui a marqué les deux décennies d'application de la L.C.É.E. et on retrouve dans la loi nouvelle des dispositions inspirées de ces règles jurisprudentielles. C'est à l'usage cependant que l'on verra l'efficacité de ce nouveau régime.

CONCLUSION

Il ressort de l'examen qui précède que les deux lois « mam-mouths », les lois budgétaires n° 1 et n° 2 vont transformer radicalement le cadre que s'est fixé l'État fédéral pour encadrer la réalisation des projets dans leurs aspects environnementaux. Il s'agit toutefois d'une approche « étapiste » qui n'a pas encore produit tous ses effets. Ainsi, les modifications à la *Loi sur les pêches* restent encore embryonnaires, mais le gouvernement pourra à sa guise leur donner toute leur portée. Il en est de même des modifications prévues à la *Loi sur la protection des eaux navigables*, non encore en vigueur. Dans cas, le changement sera encore plus radical qu'en matière de pêcheries.

Cependant, le changement de régime le plus profond est celui de la procédure fédérale d'évaluation environnementale. C'est une loi toute nouvelle qui est maintenant en vigueur et elle a peu à voir avec celle qu'elle remplace, hormis un vocabulaire apparenté, mais qui peut être trompeur, comme le concept d'« examen préalable » dans la loi nouvelle le montre bien. Toutefois, le gouvernement a de toute évidence tenu compte des enseignements de la jurisprudence concernant la L.C.É.E.

Le pouvoir discrétionnaire qui reste entre les mains des décideurs, autant quant à la portée du projet que quant aux éléments pouvant faire partie de l'évaluation environnementale risque néanmoins d'amener avec lui son lot d'incertitude, mais c'est à l'expérience qu'on verra si la loi nouvelle représente une amélioration sur celle qu'elle remplace.

UNE QUESTION À PART : L'ARRÊT ABITIBI-BOWATER COMMENTÉ

Terre Neuve et Labrador c. Abitibi-Bowater Inc., 2012 CSC 67.

Le 7 décembre 2012, la Cour suprême a rendu un important jugement énonçant les principes à retenir pour déterminer si une ordonnance visant la décontamination d'un terrain constitue ou non une réclamation prouvable, en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36 (« L.A.C.C. »). Il se dégage de l'arrêt plusieurs principes dont, sans doute, le plus important est celui de l'équité entre les créanciers.

Dans l'étude de ce jugement, on doit d'ailleurs s'en tenir aux grands principes qui le sous-tendent. La prudence s'impose dans l'appréciation de sa portée et il faut éviter d'en tirer une conclusion universelle quant à la qualification, comme réclamation prouvable, d'une ordonnance de décontamination. En l'espèce, les faits ont été déterminants et ces faits sont très particuliers.

Trame factuelle

Le 4 décembre, Abitibi-Consolidated inc. (« Abitibi ») annonçait la fermeture de ses installations de Grand Falls. Elle comptait cependant conserver ses installations hydroélectriques, ses droits aux forces hydrauliques, ses terres et d'autres actifs dans la province de Terre Neuve et Labrador (« TNL »). Cependant, 12 jours après l'annonce de cette fermeture, TNL déposait en chambre et faisait adopter l'*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, visant à saisir immédiatement à peu près tous les actifs, propriétés et entreprises d'Abitibi dans la province, annuler tout contrat hydroélectrique entre Abitibi et TNL, tout en privant Abitibi de toute compensation, en plus de lui refuser l'accès aux tribunaux pour obtenir un redressement. Il s'agissait pour Abitibi d'une perte de l'ordre de 300 millions \$.

En avril 2009, Abitibi a signifié son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA (bien qu'ayant son siège social à Montréal, la compagnie est une société américaine constituée en vertu des lois du Delaware). Au cours de la même période, la Cour supérieure du district de Montréal a émis une ordonnance initiale en vertu de la L.A.C.C., prolongée à quatre occasions jusqu'en juin 2010. En août 2009, la Cour émettait une ordonnance relative à la procédure des réclamations, définissant une

« réclamation » dans les termes habituels utilisés dans la vaste majorité de ce type d'ordonnance. L'ordonnance précisait aussi, comme c'est l'usage, que tout créancier qui ne produirait pas une preuve de réclamation conformément à l'ordonnance perdrait à jamais ses droits contre Abitibi.

Le 12 novembre 2009, par son ministre de l'Environnement de la Conservation, TNL émettait cinq ordonnances contre Abitibi en vertu de l'*Environmental Protection Act*, visant autant de sites où Abitibi avait exercé des activités entre 1905 et 2008. Les ordonnances exigeaient qu'Abitibi soumette pour approbation et à ses frais, au plus tard le 15 janvier 2010, un plan de réhabilitation pour tous les sites en excès des limites applicables et l'exécution des plans pour le 15 janvier 2011, incluant la fermeture de tous les lieux d'enfouissement et les bassins et lagunes associés à chaque site.

La preuve a démontré que les ordonnances étaient inappropriées dans leur séquence et irréalistes dans leurs échéances. La preuve a aussi démontré que les rapports de caractérisation qui ont précédé les ordonnances pour les cinq sites ont été préparés en fait pour le procureur représentant TNL dans les procédures en vertu de l'ALÉNA et la L.A.C.C., sans départager l'impact de l'activité d'autres compagnies sur la contamination des sites. La preuve a aussi montré que ces autres compagnies ayant eu des activités sur certains des sites n'ont pas reçu d'ordonnance.

Le recours en première instance

Le même jour qu'elle émettait les ordonnances, TNL introduisait une requête en reconnaissance de ces ordonnances à titre de créance réglementaire, en alléguant que les ordonnances concernent l'environnement et qu'elles ne sont pas des sanctions monétaires ou financières. Elles ne pouvaient selon elle être qualifiées de « réclamations » en vertu de la L.A.C.C. Ces ordonnances ne faisaient qu'exiger d'Abitibi qu'elle se conforme à des obligations légales visant à protéger l'environnement.

De son côté, Abitibi soutenait que les ordonnances devraient être rejetées parce qu'il s'agissait de réclamations et que la Province était forclosée. Accueillir la requête de TNL équivaldrait alors à lui accorder une préférence sur les autres créanciers. De plus, trois des cinq ordonnances visaient des sites expropriés sans compensation par TNL et c'est donc la Province qui, à ce moment, devait assumer la

responsabilité première en tant que « *person responsable* » en vertu de ses propres lois. Abitibi soutenait que les ordonnances n'étaient rien d'autre qu'un moyen détourné d'obtenir des fonds pour accroître la valeur des propriétés confisquées. Pour ce qui est des deux sites qui n'avaient pas été confisqués, Abitibi a soumis qu'elle avait cessé ses activités bien avant le début des procédures en vertu de la L.A.C.C. En conséquence, pour ces deux sites, les ordonnances étaient monétaires dans leur nature.

Pour ce qui est d'accorder ou non un délai à TNL pour présenter une réclamation, Abitibi soutenait que la requête devrait être rejetée, vu la mauvaise foi de la Province, en plus de ses agissements illégaux et confiscatoires.

Le droit

L'arrêt s'appuie sur la L.A.C.C., mais également sur les dispositions complémentaires de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (« L.F.I. »).

L.A.C.C.

L'article 2 de la L.A.C.C. définit une « réclamation » comme « toute dette, de tout engagement ou de toute obligation de quelque nature que ce soit, qui constituerait une réclamation prouvable au sens de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ».

La Cour a aussi appliqué les paragraphes 11.8 (9), 12(1) et 12(2) de la L.A.C.C. tels qu'ils se lisaient à l'époque pertinente :

11.8.(9) La réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble de la compagnie débitrice constitue une réclamation, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle où des procédures sont intentées au titre de la présente loi.

12.(1) Pour l'application de la présente loi, « réclamation » s'entend de toute dette, tout engagement ou toute obligation d'un genre quelconque qui, s'il n'était pas garanti, constituerait une dette prouvable en matière de faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

(2) Pour l'application de la présente loi, le montant représenté par une réclamation d'un créancier garanti ou chirographaire est déterminé de la façon suivante :

a) le montant d'une réclamation non garantie est le montant :

[...]

(iii) dans le cas de toute autre compagnie, dont la preuve pourrait être établie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais si le montant ainsi prouvable n'est pas admis par la compagnie, ce montant est déterminé par le tribunal sur demande sommaire par la compagnie ou le créancier ;

[...]

L.F.I.

Dans la L.F.I., l'article 2 précise que « réclamation prouvable en matière de faillite » ou « réclamation prouvable » s'entend de « Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l'autorité de la présente loi par un créancier ».

La Cour s'est aussi appuyée sur les dispositions suivantes de la L.F.I. :

121.(1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l'article 135.

135.(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l'évalue ; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l'évaluation.

Le jugement

La juge Deschamps, au nom de la majorité (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel étant dissidents), a rappelé qu'en principe, la réorganisation d'une entreprise ne lui permet pas d'ignorer ses obligations légales. Un organisme administratif qui a prononcé une ordonnance contre un débiteur pour le contraindre à respecter ses obligations légales peut intervenir dans les procédures de réorganisation. Mais si l'ordonnance est explicitement formulée en termes pécuniaires, elle serait visée par un arrangement avec les créanciers en vertu de la L.A.C.C., même si elle est exécutoire.

La Cour a cependant rappelé que le fond doit l'emporter sur la forme.

Privilégier l'examen de la substance d'une ordonnance plutôt que de sa forme permet d'éviter qu'un organisme administratif obtienne de façon artificielle une priorité de rang supérieure à celle que la législation fédérale attribue à la réclamation.

Si une ordonnance n'est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal qui préside la procédure des réclamations doit donc tout de même déterminer s'il s'agit d'une réclamation assujettie à la procédure. Il doit vérifier si une dette envers l'organisme administratif naîtra d'une obligation environnementale, en s'appuyant sur les faits et les lois applicables.

À l'examen des dispositions combinées de la L.A.C.C. et de la L.F.I., la juge Deschamps conclut, comme le juge de première instance, que si la réclamation satisfait à trois conditions précises, il s'agira d'une réclamation prouvable. Ces conditions sont les suivantes :

- 1- Il doit s'agir d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers le créancier ;
- 2- La dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance à un moment précis ;
- 3- Il doit être possible de lui attribuer une valeur pécuniaire.

Les deux premières conditions étaient évidentes selon la Cour. TNL devait avoir la qualité de créancière [d'une obligation] et c'était

le cas. Pour faire cette détermination, la Cour précise qu'il n'est pas nécessaire que l'obligation soit exprimée en termes pécuniaires. Cette détermination vient plus tard. Quant aux dommages environnementaux, ils avaient pris naissance avant l'institution des procédures en vertu de la L.A.C.C., dommages causés de surcroît à des terrains qui, pour la plupart, n'appartenaient plus au débiteur ou n'étaient plus sous son contrôle.

Il restait donc à déterminer s'il s'agissait d'une réclamation à laquelle on pouvait attribuer une valeur pécuniaire. Sur ce point, la Cour a rappelé que les dispositions concernant l'évaluation des réclamations n'exigent pas que cette valeur soit établie au moment où une réclamation est produite et elle peut dépendre d'un événement non encore survenu du moment qu'il ne soit pas conjectural ni trop éloigné dans le temps.

Dans cet exercice de détermination de la nature pécuniaire de la réclamation, le contexte factuel est important, voire déterminant. La Cour s'est refusé à se limiter au type d'ordonnance choisi par TNL tout en rappelant que les réclamations en matière d'environnement ne bénéficient pas d'un rang supérieur à celui prévu par les dispositions de la L.A.C.C. L'objectif véritable qui se dégagera des gestes posés indiquera si la Province fait valoir une réclamation prouvable ou non. S'il s'agit d'une réclamation prouvable, cette réclamation pourra être assujettie au processus d'insolvabilité. Or, quant aux fins poursuivies par TNL, la juge Deschamps a fait siens les propos du juge de première instance (par. 211 de son jugement) :

[TRADUCTION] les ordonnances avaient pour effet attendu, pratique et réaliste d'établir le fondement d'une réclamation permettant à la province de procéder aux travaux de décontamination et de récupérer les coûts ainsi encourus.

L'adoption de l'*Abitibi Act*, TNL a elle-même créé un contexte factuel qui menait invariablement à l'émission des ordonnances. Le juge de première instance ne pouvait faire abstraction des faits suivants :

- la saisie par la TNL des actifs d'Abitibi ;
- l'annulation de tous les contrats d'approvisionnement en eau et d'hydro-électricité conclus entre Abitibi et TNL ;

- l'annulation des recours intentés par Abitibi pour obtenir le remboursement de plusieurs centaines de milliers de dollars ;
- le refus de toute indemnité et de tout recours en justice à l'égard des actifs saisis.

C'était sans compter qu'Abitibi n'avait pas les fonds nécessaires et ne contrôlait plus les biens visés par les ordonnances et que l'échéancier fixé était très court (qualifié même d'irréaliste).

Tous ces éléments permettaient de conclure que TNL ne s'attendait pas à ce qu'Abitibi exécute les travaux. Le juge de première instance a même conclu que c'est intentionnellement que TNL a visé Abitibi, puisqu'elle n'a pas inclus dans les ordonnances les autres « *person responsible* », c'est-à-dire les autres compagnies ayant occupé les mêmes sites.

Ce passage du jugement de la Cour suprême est assez éloquent (par. 37) :

[S]i l'organisme administratif, n'ayant aucune solution réaliste autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination, ne fait que retarder la production d'une réclamation pécuniaire dans le but d'améliorer sa position par rapport à celle des autres créanciers, le tribunal pourrait conclure que cette démarche n'est pas compatible avec le régime d'insolvabilité et décider que l'ordonnance doit être traitée dans le cadre du processus de réclamations. De même, si le débiteur n'exerce aucun contrôle sur le bien et ne dispose pas, ni ne disposera, de façon réaliste, des moyens pour effectuer les travaux de décontamination, le tribunal pourrait conclure de façon suffisamment certaine que l'organisme administratif devra exécuter les travaux.

La Cour reprend certaines remarques du juge de première instance, à l'effet qu'on ne pouvait laisser au bon vouloir du créancier « [TRADUCTION] le choix subjectif de la garder en réserve pour des raisons tactiques » (par. 227 du jugement de première instance). Pour lui, TNL s'était comportée davantage comme une créancière que comme un organisme administratif désintéressé.

Pollueur-payeur et non tiers-payeur

La Cour suprême rappelle que « le traitement équitable et ordonné des réclamations présentées par des créanciers contre un débiteur insolvable se situe au cœur même de la législation en matière d'insolvabilité ». Les règles régissant l'évaluation des réclamations des créanciers ont pour but ce traitement équitable et ce but est plus efficacement atteint lorsque le plus grand nombre possible de créanciers participent au processus en vue de se partager le produit de la liquidation. Elles se caractérisent par une procédure unique visant à traiter la quasi-totalité des réclamations contre un débiteur. Une réclamation échappera à cette procédure unique si l'obligation correspondante du débiteur n'est pas encore née (ce qui est différent d'une réclamation qui dépend d'un événement non encore survenu). La Cour donne l'exemple des obligations qui naîtraient de la continuation des activités polluantes du débiteur après la réorganisation.

Dans un souci de maintenir un équilibre entre l'intérêt du public et les intérêts des tiers créanciers, la seule préséance que le législateur accorde à un organisme administratif en matière d'environnement est celle prévue par le paragraphe 11.8(8) L.A.C.C., si l'organisme administratif a encouru des frais de décontamination. Sa réclamation est alors garantie par une charge réelle grevant le site contaminé et des immeubles connexes, mais la priorité de ce créancier particulier s'arrête là. Une priorité sur l'ensemble des biens du débiteur compromettrait la finalité de la L.A.C.C.

De plus, le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers, y compris aux créanciers involontaires, par exemple les créanciers en responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Dans un contexte d'insolvabilité, la position de la province aurait comme résultat de lui accorder non seulement une super-priorité, mais aussi de reconnaître l'application d'un principe du « tiers-payeur » plutôt que celui du pollueur-payeur.