

# La protection de l'environnement et la Règle de droit : concourantes ou concurrentes ?

Robert Daigneault\*

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 1.    | Introduction . . . . .   | 177 |
| 1.1   | Mise à l'écart des droits acquis . . . . .   | 181 |
| 1.2   | Quel environnement ? . . . . .   | 184 |
| 2.    | La collectivisation de la propriété. . . . .   | 190 |
| 2.1   | L'illusion du droit de propriété . . . . .   | 192 |
| 2.1.1 | Le <i>Code civil du Québec</i> . . . . .   | 193 |
| 2.1.2 | L'article 6 de la <i>Charte des droits et libertés<br/>de la personne</i> . . . . .    | 194 |
| 2.1.3 | Environnement et propriété . . . . .   | 195 |
| 2.1.4 | L'article 46.1 de la <i>Charte des droits et<br/>libertés de la personne</i> . . . . . | 197 |
| 2.2   | Le tiers-payeur . . . . .  | 198 |
| 2.3   | Le choc des valeurs. . . . .   | 201 |

---

\* Biologiste, Fellow administrateur agréée et avocat principal, Daigneault, avocats inc.

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 3.    | Expropriation par interprétation . . . . .   | 202 |
| 3.1   | Trois zones grises . . . . .   | 203 |
| 3.2   | S'embourber dans un concept . . . . .  | 205 |
| 3.2.1 | Un premier mode d'identification des milieux humides : le sens ordinaire . . . . .             | 206 |
| 3.2.2 | Un deuxième mode d'identification des milieux humides : la norme. . . . .                      | 206 |
| 3.2.3 | Un troisième mode d'identification des milieux humides : la délimitation sur carte . . . . .   | 208 |
| 3.2.4 | Un quatrième mode d'identification des milieux humides : les critères administratifs . . . . . | 209 |
| 3.2.5 | Un cinquième mode d'identification des milieux humides : les critères scientifiques .          | 210 |
| 3.3   | Un terreau fertile pour l'arbitraire . . . . .   | 212 |
| 4.    | Expropriation par imprécision . . . . .  | 215 |
| 4.1   | La compensation : plaidoyer pour une interprétation restrictive . . . . .                      | 217 |
| 4.2   | L'origine de la compensation . . . . .   | 218 |
| 5.    | Conclusion . . . . .   | 221 |

Dans l'affaire *Canadien Pacifique Limitée c. Ontario*, la Cour suprême soulignait que la protection de l'environnement « [est] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne ». Bien que certains discours politiques laissent parfois entendre que cette valeur n'est pas aussi acquise qu'on pourrait le penser, elle n'en demeure pas moins importante au sein de la population. On peut se demander toutefois si l'importance qu'on lui attribue n'a pas trop fortement coloré notre droit au point d'ériger l'impératif collectif que constitue la protection de l'environnement au-dessus, jusqu'à un certain point, de la Règle de droit. Cette valeur nouvelle est-elle suffisamment importante pour autoriser la dépossession d'un bien sans indemnité ? Pour rendre précaire l'exercice d'activités légitimes et essentielles à l'économie ? Pour alléger le fardeau de preuve du ministère public dans ses recours contre les citoyens ?

Dans un essai passant en revue l'évolution législative et jurisprudentielle récente en matière de protection de l'environnement, l'auteur s'interroge sur l'impact du « droit à l'environnement » sur le « droit de l'environnement » et sur les possibles dérapages qui pourraient en résulter.

L'auteur remercie Me Lucie Gosselin, avocate, et madame Claire Boucher, parajuriste, pour leur collaboration aux travaux de recherche.

## 1. Introduction

En 1995, dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*<sup>1</sup>, le juge Gonthier rappelait que la protection de l'environnement est devenue une valeur fondamentale de la société canadienne :

Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales

---

1. [1995] 2 R.C.S. 1031.

peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement. Des désastres environnementaux récents, comme l'état du Love Canal, le déraillement ferroviaire à Mississauga, la fuite de produits chimiques à Bhopal, l'accident nucléaire de Tchernobyl et le déversement de pétrole de l'*Exxon Valdez*, ont canalisé l'attention et l'inquiétude du public. Les pluies acides, l'amin-cissement de la couche d'ozone, le réchauffement global de la terre et la qualité de l'air sont des sujets environnementaux plus généraux qui ont fait la manchette. Outre les questions environnementales marquantes à l'échelle nationale ou internationale, il est des questions d'environnement locales qui sont soulevées et débattues un peu partout au Canada. Nous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel. J'abonde dans le sens de la Commission de réforme du droit du Canada qui, dans son document *Les crimes contre l'environnement*, *op. cit.*, a conclu, à la p. 10 :

[...] certains faits de pollution représentent effectivement la violation d'une valeur fondamentale et largement reconnue, valeur que nous appellerons le *droit à un environnement sûr*.

Cette valeur paraît relativement nouvelle, encore que dans la mesure où elle s'inscrit dans le prolongement d'un ensemble traditionnel et bien établi de droits et de valeurs déjà protégés par le droit pénal, son existence et ses modalités soient facilement perceptibles. Parmi les nouvelles composantes de cette valeur fondamentale, on peut sans doute compter la *qualité de la vie* et la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel. D'autre part, les valeurs plus traditionnelles ont simplement évolué et pris une certaine ampleur pour embrasser l'environnement à titre de sujet d'intérêt et de préoccupation en soi. Font partie des valeurs fondamentales qui sous-tendent les objets et les mécanismes de protection du droit pénal, le *caractère sacré de la vie*, l'*inviolabilité* et l'*intégrité de la personne* et la *protection de la vie et de la santé humaines*. L'on s'entend de plus en plus pour dire que la pollution de l'environnement, sous certaines formes et à certains degrés, peut, directement ou indirectement, à court ou à long terme, être gravement dommageable ou dangereuse pour la vie et la santé humaines. [En italique dans l'original.]

Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)*a*) LPE.<sup>2</sup>

Dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Ville de Hudson*<sup>3</sup>, la juge L'Heureux-Dubé réitérait ce même principe :

Le contexte de ce pourvoi nous invite à constater que notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d'un environnement sain. Comme l'a affirmé le juge de la Cour supérieure : [TRADUCTION] « Il y a vingt ans, on se préoccupait peu de l'effet des produits chimiques, tels les pesticides, sur la population. Aujourd'hui, nous sommes plus sensibles au genre d'environnement dans lequel nous désirons vivre et à la qualité de vie que nous voulons procurer à nos enfants » ((1993), 19 M.P.L.R. (2d) 224, p. 230).<sup>4</sup>

Ces jugements résultaient tous deux d'une démarche interprétative, démarche qui permet de maintenir la validité, d'une part, d'une disposition que l'on prétendait vague et imprécise et, de l'autre, d'une disposition que l'on estimait *ultra vires* des pouvoirs d'une municipalité. Dans le premier cas, il s'agissait de l'article 13 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario<sup>5</sup>, un article qui, bien que rédigé en des termes bien différents, rappelle l'article 20 de la *Loi*

- 
2. Il s'agit de la disposition suivante : « **13.** (1) Malgré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit déposer, ajouter, émettre ou rejeter un contaminant, ou causer ou permettre le dépôt, l'ajout, l'émission ou le rejet dans l'environnement naturel d'un contaminant qui
- a*) cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait,
  - b*) cause ou risque de causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux,
  - c*) cause ou risque de causer de la nuisance ou des malaises sensibles à quiconque,
  - d*) cause ou risque de causer l'altération de la santé de quiconque ;
  - e*) cause ou risque de causer l'atteinte à la sécurité de quiconque ;
  - f*) rend ou risque de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains,
  - g*) cause ou risque de causer la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien,
  - h*) entrave ou risque d'entraver la marche normale des affaires.
- (2) L'alinéa (1)*a*) ne s'applique pas aux déchets animaux qui sont éliminés conformément aux pratiques normales en usage dans les exploitations agricoles. »
3. 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241.
4. *Ibid.*, par. 1.
5. L.R.O., 1990, ch. E-19.

sur la qualité de l'environnement du Québec<sup>6</sup> (« LQE »). Dans l'autre, c'est un règlement municipal relatif à l'usage de pesticides qui était contesté<sup>7</sup>.

Cette interprétation que l'on pourrait qualifier de bienveillante (mais non complaisante) des lois environnementales par le plus haut tribunal du pays ne s'est pas démentie et s'est plutôt renforcée. Le principe de l'interprétation généreuse des lois environnementales a été réitéré récemment par la Cour suprême dans l'affaire *Castonguay Blasting*<sup>8</sup>, avec un résultat surprenant. Dans cette affaire, le banc de sept juges de la Cour suprême a unanimement confirmé un verdict de culpabilité rendu en appel, tant par la Cour supérieure de justice que la Cour d'appel de l'Ontario, qui avaient conclu que la projection d'éclats de pierre lors d'un dynamitage (endommageant une maison et une voiture) était une libération de contaminants prohibée par l'article 13 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario<sup>9</sup>, cassant ainsi le verdict d'acquiescement en première instance relativement au défaut d'avoir avisé le ministère de l'Environnement en vertu du paragraphe 15(1) de cette loi<sup>10</sup>. « La *LPE* est la principale loi ontarienne en matière de protection de l'environnement. Comme elle constitue une loi réparatrice, elle doit recevoir une interprétation généreuse »<sup>11</sup>.

Ce principe d'interprétation donnant une large portée aux lois environnementales a maintes fois été appliqué en droit québécois. D'abord, par la Cour suprême elle-même dans l'arrêt *Compagnie pétrolière Impériale ltée c. P. G. du Québec*<sup>12</sup> :

La législation québécoise reflète la préoccupation croissante du législateur et de la société d'assurer la préservation de l'environnement. Ce souci ne correspond pas seulement à la volonté collective de le protéger dans l'intérêt de ceux qui, aujourd'hui, y vivent, y travaillent ou en exploitent les ressources. Il témoigne peut-être de la naissance d'un sentiment de solidarité entre les générations et d'une dette environnementale envers l'humanité et le monde de demain (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société*

6. RLRQ, c. Q-2.

7. Règlement 270 de la ville de Hudson.

8. *Castonguay Blasting Ltd. c. Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52.

9. *Supra*, notes 1 et 2.

10. L'équivalent de l'article 21 LQE.

11. *Supra*, note 8, par. 9.

12. [2003] 2 R.C.S. 624.

*d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 1, la juge L'Heureux-Dubé).<sup>13</sup>

Et par la Cour d'appel, notamment dans *P.G. du Québec c. Gestion environnementale Nord-Sud inc.*<sup>14</sup> :

En ces temps où notre société est régulièrement confrontée à des questions fondamentales d'ordre écologique, lorsque les enjeux nécessitent de juger de la portée d'une décision de l'État rendue en cette matière ou encore d'interpréter une législation à caractère environnemental, je n'hésite pas à dire, en cas de doute et dans les limites des attributions conférées aux tribunaux, qu'il y a lieu de privilégier toute interprétation favorisant le plein épanouissement du droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à sa sauvegarde.<sup>15</sup>

Et dans *Wallot c. Ville de Québec*<sup>16</sup> :

L'analyse du règlement entrepris montre que celui-ci, selon les objectifs qu'il poursuit, participe aux valeurs fondamentales que sous-tendent les différentes législations et politiques de nature environnementale adoptées par le législateur québécois. La protection de l'environnement dans le respect du partage des compétences prévues à la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut consister, pour un conseil municipal, en une fin illégitime.<sup>17</sup>

### 1.1 Mise à l'écart des droits acquis ?

On assiste cependant à une nouvelle tendance qui élève davantage encore les lois environnementales dans la hiérarchie des droits, tendance au sujet de laquelle il y a lieu de s'interroger. La collectivisation de l'environnement est en train de rendre bien précaire le droit à la propriété en s'étendant à des régimes juridiques qui, jusqu'ici, avaient échappé à ce courant interprétatif. On a récemment refusé de reconnaître des droits acquis face à des règles d'aménagement du territoire, sous prétexte que ces règles avaient pour but d'assurer une meilleure protection de l'environnement. Le législateur lui-même,

13. *Ibid.*, par. 19.

14. 2012 QCCA 357.

15. *Ibid.*, par. 114.

16. EYB 2011-192104 (C.A.).

17. *Ibid.*, par. 39 (référence omise).

comme nous le verrons plus loin, s'est autorisé à porter sérieusement atteinte au droit à la propriété en instaurant un véritable mécanisme d'expropriation sans indemnité, pour cause de protection de l'environnement.

Rappelons que la règle fondamentale niant les droits acquis en matière de nuisances a tout naturellement été étendue, à juste titre, aux cas de pollution :

Cependant, les droits acquis ne sont pas absolus et certaines exceptions existent. En effet, les villes ont le droit d'adopter de la réglementation sur les nuisances, et ce, en vertu de l'article 463 L.C.V. Dans *Burton c. Ville de Verdun*, J.E. 98-1950 (C.A.), la juge Zerbisias précise l'étendue des droits acquis en matière de nuisance :

*La jurisprudence et la doctrine enseignent qu'il n'y a pas de droits acquis en matière de nuisance car les règlements en cette matière sont d'ordre public. (Références omises)*

Les auteurs Yvon Duplessis et Jean Héту précisent également, dans *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2<sup>e</sup> édition, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, qu'il n'existe pas de droits acquis en matière d'environnement, de sécurité publique et de santé publique.<sup>18</sup>

Ce qui est nouveau, c'est que l'élargissement de ce principe d'interprétation a peut-être aujourd'hui excédé les limites qu'autorise la Règle de droit. La manière dont sont parfois lus les textes législatifs ou réglementaires à caractère environnemental amène à se demander si le droit de l'environnement n'est pas en train de devenir une sorte de système juridique *in se*, un système qui est soit parallèle au droit commun, soit au-dessus de celui-ci. On a étiré des concepts jadis élaborés par la jurisprudence pour leur donner une portée qu'ils n'avaient jamais eue jusqu'ici.

Il n'y a pas de droits acquis à polluer et cela va de soi. Ce qui est nouveau, c'est de voir cette négation des droits acquis étendue aux règles en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire, non pas en vertu des interprétations jurisprudentielles habituelles qui

18. *Ville de Laval c. 9103-0445 Québec inc.*, EYB 2005-89166 (Cour municipale), par. 93 et 94.



leur sont propres, mais en faisant, parmi ces règles, une classe à part de celles qui auraient pour but d'assurer une protection accrue de l'environnement. Même en matière pénale, on a favorisé une telle interprétation défavorable au justiciable. Ainsi, dans l'affaire *Marcoux c. DPCP*<sup>19</sup>, on a refusé d'étendre des droits acquis, pourtant reconnus par le tribunal de première instance, aux cas de travaux en rive de cours d'eau. Dans cette affaire, il était question de la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*<sup>20</sup>, texte d'une mouture très semblable à celles des dispositions adoptées en matière d'urbanisme et dont l'application est d'ailleurs largement assurée par les schémas d'aménagement et de développement et les règlements municipaux d'urbanisme. L'affaire concernait des travaux saisonniers d'entretien d'une plage et on reprochait à l'accusé d'avoir fait ces travaux sans le certificat d'autorisation exigé par le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE :

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

Donnant presque valeur de règlement à la politique et niant les droits acquis au regard du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22, la juge St-Gelais s'exprime ainsi<sup>21</sup> :

Le Tribunal ne peut retenir le premier argument de l'appelant. D'abord, la juge d'instance reconnaît que l'appelant a des droits acquis. Cependant, s'appuyant sur la jurisprudence, la doctrine ainsi que sur l'intention du législateur dans le préambule de la politique de la protection des rives, du littoral et des plaines inondables, elle conclut que cette loi a un effet réformateur faisant en sorte que le législateur peut porter atteinte aux droits acquis en matière d'environnement pour répondre aux objectifs de la loi.

19. EYB 2013-228258 (C.S.), 2013 QCCS 5105.

20. RLRQ, c. Q-2, r. 35.

21. *Supra*, note 19, par. 9 et 10.

La Cour d'appel, d'ailleurs, dans *Recyclage Ste-Adèle* s'est penchée sur l'interprétation à donner à certaines dispositions réglementaires. La Cour d'appel souligne :

[27] Il est généralement admis que l'idée de droit acquis ne trouve pas application en matière de normes d'aménagement lorsque celles-ci concernent les questions environnementales. En effet, il serait pour le moins paradoxal, compte tenu des principes d'ordre public défendus par la *LQE*, de permettre que soient invoqués des droits acquis allant à l'encontre d'une norme réglementaire visant à accorder une protection accrue à l'environnement.

Nous reviendrons sur l'arrêt *Recyclage Ste-Adèle*, car la citation a été faite hors contexte.

## 1.2 Quel environnement ?

Comme on peut le voir, cette suprématie attribuée aux règles de droit à caractère environnemental ouvre la porte à des interprétations nouvelles pouvant facilement aboutir à une distorsion de la Règle de droit, en particulier parce que l'environnement ne correspond pas à un concept précis. Tout est environnement. Il comporte une dimension naturelle, certes, mais aussi une dimension culturelle. Il n'est pas que biophysique, il est sociologique. À telle enseigne qu'une loi comme la *Loi sur le patrimoine culturel*<sup>22</sup> serait aussi une loi environnementale. Déjà, la Cour supérieure, dans *Coalition des citoyens et citoyennes du Val Saint-François c. P.G. du Québec*<sup>23</sup>, avait qualifié de « lois environnementales » la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*<sup>24</sup> et la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*<sup>25</sup>. La Cour d'appel a récemment reconnu une parenté entre ces lois et la *LQE*, dans *6169970 Canada inc. c. P.G. du Québec*<sup>26</sup> :

La *LQE* et ses règlements touchent de près l'aménagement du territoire québécois. Dans la dimension qui nous occupe, cette loi est fondée sur les mêmes principes et obéit à la même méca-

22. RLRQ, c. P-9.002 (par exemple, par son concept de « paysage culturel patrimonial » défini à l'article 2).

23. EYB 1999-10939 (C.S.), par. 44.

24. RLRQ, c. A-19.1.

25. RLRQ, c. P-41.1.

26. 2013 QCCA 696.

nique que la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (LAU)* ou que la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*.<sup>27</sup>

Il n'y a pas une, mais **des** définitions d'« environnement ».

Les dictionnaires et les textes normatifs et juridiques nous en donnent chacun une définition différente. Ainsi, un dictionnaire définira l'environnement comme :

L'ensemble des conditions naturelles (physiques, chimiques et biologiques) et culturelles (sociologiques) susceptibles d'agir sur les organismes vivants et les activités humaines.

La norme ISO<sup>28</sup>, quant à elle, contient cette définition d'environnement :

Milieu dans lequel un organisme fonctionne [on parle ici d'un « organisme » au sens de la norme, c'est-à-dire une compagnie, société, firme etc.] incluant l'air, l'eau, le sol, les ressources naturelles, la flore, la faune, les êtres humains et leurs interrelations.

Au plan juridique, la structure fédérale de nos législatures fait en sorte que nous avons deux ordres de définitions, l'un fédéral, l'autre provincial. La Cour suprême a en effet qualifié l'environnement de « matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences »<sup>29</sup>. La définition fédérale se retrouve dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*<sup>30</sup> et, à quelques mots près, dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale(2012)*<sup>31</sup>. La définition, selon la première de ces deux lois, se lit comme suit :

Ensemble des conditions et des éléments naturels de la Terre, notamment :

a) l'air, l'eau et le sol ;

27. Par. 45.

28. ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *Systèmes de management environnemental – Exigences et lignes directrices pour son utilisation*, norme ISO 14001:2004, Genève, 2004.

29. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 37.

30. L.C. 1999, ch. 33.

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

- b) toutes les couches de l'atmosphère ;
- c) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants ;
- d) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) à c).

La définition fédérale, on le voit, est très englobante et a une certaine parenté avec celle de la norme ISO 14001.

Dans la législation provinciale en vigueur au Québec, on trouve par contre une définition plus restrictive<sup>32</sup> :

L'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou, d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques.<sup>33</sup>

De son côté, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge La Forest, dans l'affaire *Oldman River*<sup>34</sup>, a dit ceci du concept d'environnement (nous soulignons) :

Je ne puis accepter que le concept de la qualité de l'environnement se limite à l'environnement biophysique seulement ; une telle interprétation est indûment étroite et contraire à l'idée généralement acceptée que l'« environnement » est un sujet diffus [...] Certes, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gagne-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement.

C'est ainsi que la *Loi sur les pêches*<sup>35</sup> fédérale, dont le but est de protéger une ressource selon le même arrêt<sup>36</sup>, est devenue une loi

32. Art. 1, par. 4<sup>o</sup>, LQE.

33. Cette définition doit se lire avec celle du mot « atmosphère », au par. 2<sup>o</sup> de l'art. 1, LQE, qui, par une fiction de la loi, exclut l'air intérieur : « « atmosphère » : l'air ambiant qui entoure la terre à l'exclusion de l'air qui se trouve à l'intérieur d'une construction ou d'un espace souterrain ».

34. *Supra*, note 29, p. 37.

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

36. *Supra*, note 29, p. 37.

environnementale à l'origine d'une abondante jurisprudence pénale dans des cas de pollution des eaux, notamment en application du paragraphe 36(3) de cette loi :

**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.

Le paragraphe (4) mentionné dans cette disposition est celui qui prévoit la possibilité que des substances nocives soient réglementées. Le gouvernement fédéral a d'ailleurs adopté plusieurs règlements venant régir des substances nocives dans les effluents industriels<sup>37</sup>.

Une substance nocive, au sens de la *Loi sur les pêches*, est notamment :

Toute substance qui, si elle était ajoutée à l'eau, altérerait ou contribuerait à altérer la qualité de celle-ci au point de la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat, ou encore de rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui y vit.<sup>38</sup>

Le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* s'apparente donc au « troisième volet » de l'article 20 LQE, qui prohibe la libération dans l'environnement d'un contaminant dont la présence est « susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens ». Il s'en distingue du fait que le Parlement est confiné en cette matière à sa compétence sur les pêches (sous réserve de sa compétence en matière criminelle évoquée dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Hydro-Québec*<sup>39</sup>), tandis qu'une Province peut se permettre de ratis-

37. *Règlement sur le mercure des effluents des fabriques de chlore* (C.R.C., ch. 811) ; *Règlement sur les effluents des raffineries de pétrole* (C.R.C., ch. 828) ; *Règlement sur les effluents des établissements de transformation de la pomme de terre* (C.R.C., c. 829) ; *Règlement sur les effluents de l'industrie de la viande et de la volaille* (C.R.C., ch. 818) ; *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* (DORS/92-269) ; *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (DORS/2002-222).

38. *Supra*, note 35, par. 34(1)a).

39. [1997] 3 R.C.S. 213, J.E. 97-1792.

ser plus large de par sa compétence sur ce qui est local sur son territoire (même à l'égard d'entreprise relevant de la compétence fédérale<sup>40</sup>).

Une loi relative à l'aménagement du territoire deviendrait donc une loi environnementale, et il en serait de même d'une loi visant la protection d'une ressource, les pêcheries, pourtant une loi à but économique avant tout, surtout depuis les récentes modifications qui lui ont été apportées par la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*<sup>41</sup>. La *Loi sur les pêches* a été recentrée quant à son véritable objet, mais comme l'environnement inclut le gagne-pain d'une collectivité selon la Cour suprême, continuera-t-on à l'interpréter comme une loi environnementale ? Devant une conception aussi large de la notion d'environnement et, partant, de la notion de loi environnementale, risque-t-on de voir des mesures en tout genre interprétées selon ce nouveau canon d'interprétation que la jurisprudence a promulgué ?

Mais l'élargissement aux règles prescrites en matière d'aménagement du territoire n'est sans doute que le résultat d'une méprise, un incident de parcours. Dans le jugement *Marcoux* cité plus haut<sup>42</sup>, on cite le passage suivant de l'arrêt *Recyclage Ste-Adèle inc. c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*<sup>43</sup> :

Il est généralement admis que l'idée de droit acquis ne trouve pas application en matière de normes d'aménagement lorsque celles-ci concernent les questions environnementales.

Si on consulte l'arrêt de la Cour d'appel, on notera que cette phrase est suivie de la note de bas de page suivante, qui renvoie à un texte dont nous sommes l'auteur : « Robert Daigneault et Martin Paquet, *L'environnement au Québec : commentaires et législation*, édition sur feuilles mobiles, vol. 1, Farnham, Publications CCH Ltée, 16 juillet 2012, n° 40 :520, p. 8,175 ». Or, cela dit avec égard, le passage que l'on trouve au paragraphe 40 :520 est plutôt le suivant :

La réglementation ne reconnaît généralement pas de droits acquis quant aux normes d'aménagement. Les règlements pré-

40. Voir notamment *Ontario c. Canadien Pacifique*, *supra*, note 1, ou encore *DPCP c. Alcan inc.*, 2009 QCCQ 1638.

41. L.C. 2012, ch. 19, art. 132 et s.

42. *Supra*, note 19.

43. 2012 QCCA 1497.

voient souvent des périodes transitoires permettant de rendre conformes les systèmes préétablis, modification qui peut nécessiter un certificat.

L'auteur de ce passage croit donc utile de le remettre dans son contexte. Le passage se trouve dans la section 8.1.4.2.2 de l'ouvrage, section intitulée « Normes d'aménagement, d'exploitation, de rejet et de fermeture ». On n'y traite aucunement de règles régissant l'aménagement du territoire (donc d'urbanisme). Le passage traite des règles régissant l'aménagement des lieux d'élimination de matières résiduelles (c'est-à-dire leur construction, si l'on veut). Et lorsqu'il y est dit que la réglementation ne reconnaît généralement pas de droits acquis, il faut lire la phrase avec celle qui la suit. En effet, dans le *Règlement sur l'enfouissement et l'incinération des matières résiduelles*<sup>44</sup>, le législateur prévoit expressément une période transitoire au terme de laquelle les droits acquis sont éteints<sup>45</sup>. Il y a donc ici une disposition claire du législateur qui écarte les droits acquis, ce qui est l'antithèse de l'interprétation faite dans le jugement *Marcoux*.

D'une règle d'exception, on est donc passé à une règle générale. Cela illustre la propension à adopter une approche bienveillante dans l'interprétation de toute règle touchant à la protection de l'environnement, mais aussi le risque de s'y laisser prendre. Pourtant, la finalité de l'aménagement du territoire a toujours été, en partie du moins, mais en grande partie tout de même, une question environnementale, avant même que ce mot ne soit à la mode. La réglementation des usages, celle de l'abattage d'arbres, des remblais et déblais, des aménagements en zone sensible, etc., font depuis longtemps partie des dispositions que le conseil d'une municipalité peut adopter<sup>46</sup>. Or, bien qu'il s'agisse de dispositions à caractère environnemental ainsi que l'a reconnu la Cour supérieure dans *Coalition des citoyens et citoyennes du Val Saint-François*<sup>47</sup>, c'est justement autour de dispositions de cette nature que s'est principalement développée la théorie des droits acquis.

44. RLRQ, c. Q-2, r. 19.

45. *Ibid.*, art. 157 à 161, notamment.

46. Voir notamment les nombreux éléments pouvant être couverts par un règlement de zonage, à l'art. 113 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, *supra*, note 24.

47. *Supra*, note 23.

## 2. La collectivisation du droit de propriété

Au-delà de l'interprétation généreuse qui est faite des lois environnementales, il est un autre domaine où le droit de l'environnement tend à s'imposer hiérarchiquement et à atteindre des extrêmes inégalés à ce jour. Et dans ce cas-ci, il ne s'agit pas d'interprétation. Il s'agit de règles formelles, certaines d'ordre législatif, d'autres d'ordre administratif. Ce sont des règles qui entrent de plein fouet en conflit avec le libre exercice du droit de propriété.

Le droit de propriété, on le sait, n'est pas absolu et une réglementation de zonage peut en restreindre la jouissance de manière draconienne. Cela étant, la Cour suprême a semblé assouplir quelque peu l'encadrement des droits acquis dans l'arrêt *Olivier c. Ville de Saint-Romuald*<sup>48</sup>, plutôt que de les resserrer, tandis que dans l'arrêt *Wallot*<sup>49</sup>, si la Cour d'appel a considéré applicable aux demandeurs un nouveau règlement de la Ville de Québec imposant des normes sévères en bordure des cours d'eau du bassin de la rivière Saint-Charles, pour protéger la principale source d'eau potable de la Ville, elle a mis l'accent sur le fait que ces règles ne touchaient qu'une partie des propriétés respectives des demandeurs et que ceux-ci conservaient la pleine jouissance du reste de leur propriété.

Cependant, le législateur québécois a décidé d'adopter des mesures d'une rare portée concernant les projets en milieu humide ou hydrique. Le 23 mai 2012, entré en vigueur la *Loi concernant des mesures de compensation pour la réalisation de projets affectant un milieu humide ou hydrique*<sup>50</sup> (la « Loi 71 »). À l'article 2, cette loi autorise le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (le « ministre »), lorsqu'il exerce les pouvoirs prévus aux articles 22 et 32 LQE, d'exiger une compensation pour le milieu touché. Ces milieux sont ceux visés au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE.

**2.** Dans le cas d'une demande d'autorisation faite en vertu de l'un ou l'autre des articles 22 et 32 de la Loi sur la qualité de l'environnement (L.R.Q., c. Q-2) pour un projet affectant un milieu humide ou hydrique, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs peut exiger du deman-

48. [2001] 2 R.C.S. 898, 2001 CSC 57.

49. *Supra*, note 16.

50. RLRQ, c. M-11.4.



deur des mesures de compensation visant notamment la restauration, la création, la protection ou la valorisation écologique d'un milieu humide, hydrique ou terrestre ; dans ce dernier cas à proximité d'un milieu humide ou hydrique.

Une mesure de compensation ne donne lieu à aucune indemnité. La mesure de compensation doit faire l'objet d'un engagement écrit du demandeur et elle est réputée faire partie des conditions de l'autorisation ou du certificat d'autorisation.

Du même souffle, par l'article 3 de cette loi, le législateur validait rétroactivement les compensations qui avaient été exigées jusque-là par le ministre comme condition à la délivrance du certificat d'autorisation prévu à cet alinéa.

**3.** Est valide et ne donne lieu à aucune indemnité toute mesure de compensation qui a été prévue pour la délivrance, avant le 12 mars 2012, d'un certificat d'autorisation ou d'une autorisation en vertu du chapitre I de la Loi sur la qualité de l'environnement pour un projet affectant un milieu humide ou hydrique.

Ce régime de compensation, qui ne reposait avant cette loi sur aucune habilitation législative, imposait à la personne qui voulait obtenir l'autorisation de faire des travaux dans un milieu visé par le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE de consentir une compensation matérielle ou financière destinée à assurer la conservation d'un autre milieu. Cette mesure était prévue dans une note d'instruction interne du ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (le « MDDEFP »), les *Instructions 06-01*<sup>51</sup>.

La compensation exigée peut prendre diverses formes qui, le plus souvent, avantagent un tiers. Nous avons constaté que cette compensation a pu consister par exemple en l'inscription au registre foncier d'une servitude de non-usage d'une parcelle de terrain donnée, le versement à un tiers, organisme sans but lucratif ou municipalité, permettant à ce dernier d'acquérir lui-même un terrain à des fins de conservation ou encore le versement d'une somme au dépositaire d'une banque de terrains déjà réservés à des fins de conservation.

---

51. Ces *Instructions* sont décrites en détail dans le jugement *Atocas de l'Érable inc. c. P.G. du Québec*, 2012 QCCS 912, inf. par 2013 QCCA 1794.

Redevance ou taxe déguisée, cette pratique qui enrichissait un tiers au détriment de celui qui sollicitait l'obtention d'un certificat d'autorisation a été battue en brèche par la Cour supérieure dans l'affaire *Atocas de l'Érables inc.* Même si le jugement a été cassé en appel, l'invalidité de ce régime a été maintenue<sup>52</sup>. Seule la loi spéciale lui a permis de survivre.

Ce qui a le plus étonné dans le débat entourant la compensation, hormis de la part de ceux aux prises avec l'exigence ministérielle, c'est que l'enrichissement de tierces personnes n'a pas semblé poser de problème de conscience à qui que ce soit et encore moins au législateur qui, deux mois à peine après le jugement de première instance dans *Atocas de l'Érable inc.*, s'empressait de légaliser rétroactivement cette pratique douteuse. C'est là, certes, un rare cas d'expropriation rétroactive dans l'histoire législative du Québec.

Il est fort inquiétant que cette pratique ait non seulement eu cours pendant des années<sup>53</sup> sans que personne n'y voie à redire (hormis, tel que mentionné, ceux qui en étaient les victimes), mais qu'elle ait en plus été avalisée précipitamment par le législateur dans une décision unanime des élus en chambre. Lorsqu'il est question de protection de l'environnement, l'indéfendable deviendrait-il défendable et la Règle de droit, une considération secondaire ? Mais si noble cause que soit la protection de l'environnement, autorise-t-elle pareille dérive ?

## 2.1 L'illusion du droit de propriété

Le droit de propriété est reconnu et protégé au Québec par le *Code civil du Québec* (« CCQ »), notamment ses articles 947 et 952 :

**947. (1<sup>er</sup> alinéa)** La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.

52. *Ibid.* Les juges majoritaires en appel ne se sont pas prononcés sur l'invalidation de la compensation décrétée par le juge de première instance, estimant cette question théorique, vu l'adoption de la Loi 71. Quant à la juge en chef, dissidente, elle aurait pour sa part déclaré invalide l'exigence de la compensation.

53. Les *Instructions* ont été émises en 2006, mais elles ne faisaient que rendre officielle une politique interne non écrite qui préexistait depuis déjà quelques années : *Financement et Investissement des Îles, Société en commandite c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, 2009 QCTAQ 12462, par. 88 et 89.

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

Ce droit est garanti par l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« CDLP »)<sup>54</sup> :

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

### 2.1.1 *Le Code civil du Québec*

On peut raisonnablement affirmer que le Code civil a valeur quasi constitutionnelle. Il est issu de la Coutume de Paris. Voici ce que dit M<sup>e</sup> Allard de la coutume<sup>55</sup> :

Dans les deux cas, même si elles continuent d'agir comme source implicite du droit et d'avoir un rôle dans l'articulation du droit commun, les règles qui en sont issues ne peuvent toutefois être modifiées. Elles constituent un corpus de règles précises, connues et établies, pour ainsi dire « figées » dans le temps.

La disposition liminaire du *Code civil du Québec* énonce ce principe à son deuxième alinéa :

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

Cette portée quasi-constitutionnelle du C.c.Q. peut même résulter en une application asymétrique du droit fédéral. À titre d'exemple, dans l'affaire *Procureur du Canada c. Vernon Homes inc.*<sup>56</sup>, le tribunal a cherché à établir un équilibre entre le droit du

54. RLRQ, c. C-12.

55. France ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 1-72, p. 39.

56. J.E. 93-518 (C.S.).

gouvernement fédéral d'assurer la protection de la ressource halieutique et celui d'un propriétaire privé de jouir de sa propriété. Par une action en injonction, le Procureur général du Canada cherchait à faire établir qu'une plaine inondable était un habitat du poisson au sens de l'article 34 de la *Loi sur les pêches*<sup>57</sup>, telle qu'il se lisait alors, et demandait le retrait jusqu'à la cote de récurrence quinquennale d'un remblai construit à des fins domiciliaires sur une ancienne terre agricole dézonée. Le juge s'est refusé à suivre le demandeur dans cette voie :

La Cour, malgré sa sympathie pour la cause, [...] ne saurait se prêter à une expropriation déguisée qui aurait pour effet de priver les propriétaires du lot 11 de la jouissance complète de leur territoire, à défaut d'infraction à la Loi concernant les pêches. Au contraire la Cour se doit d'opter pour une solution qui constitue une application de la Loi qui soit constitutionnellement autorisée et qui respecte le droit des co-défendeurs.

Le droit des défendeurs à la mise en valeur de leurs propriétés est clair. [...].<sup>58</sup>

L'application de la *Loi sur les pêches* se voyait ainsi balisée par le droit à la propriété reconnu par le Code civil, un effet juridique qui ne pouvait manifestement pas être reproduit ailleurs au Canada.

### ***2.1.2 L'article 6 de la Charte des droits et libertés de la personne***

Quant à l'article 6 de la CDLP, il fait partie des droits et libertés reconnus au chapitre I, désignés « Libertés et droits fondamentaux ». L'article 52 de la CDLP dispose que :

**52.** Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

L'article 6 de la CDLP contient en lui-même une limite à sa portée : « sauf dans la mesure prévue par la loi ». Cependant, cette réserve doit être interprétée de manière restrictive.

57. *Supra*, note 35.

58. *Supra*, note 56, p. 16 et 17.

L'apport indéniable de l'article 6 de la Charte en matière d'expropriation est certes celui d'imposer des règles d'interprétation strictes au bénéfice de l'exproprié.<sup>59</sup>

Cette interprétation large de la protection garantie par l'article 6 a été confirmée dans *Brensim Corporation Limited c. Ville de Montréal*<sup>60</sup> :

Le moins que l'on puisse dire, c'est que maintenant que ce droit est inclus dans la Charte pour affirmer solennellement qu'il s'agit d'un droit fondamental, il faut interpréter la Charte dans le sens le plus large et toute exception dans le sens le plus strict.

### **2.1.3 Environnement et propriété**

Le droit de l'environnement fait partie des lois venant restreindre l'exercice du droit de propriété. L'intention de départ était noble. La LQE, en ce sens, innovait lors de son adoption en 1972. Elle transcendait le droit de propriété. Elle s'en affranchissait. Le droit de l'environnement venait restreindre à la fois l'*usus* et l'*abusus* en faisant de l'environnement lui-même un objet de droit.

Si les lois civiles imposaient à un propriétaire d'user de sa propriété de manière à ne pas nuire à son voisin (mais du même souffle, imposait à son voisin de subir les inconvénients normaux du voisinage), les lois environnementales imposent désormais au propriétaire d'un bien d'en user, non pas de manière à ne pas nuire aux tiers (ce qui est régi par les lois civiles), mais de manière à ne pas porter indûment atteinte à cet objet de droit nouveau qu'est l'environnement, qu'il y ait ou non des inconvénients subis par des tiers.

Ce changement de cap a culminé en 2009 avec l'adoption de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*<sup>61</sup> et son article 8 :

Lorsque, par le fait, la faute ou l'acte illégal d'une personne, des dommages sont causés aux ressources en eau, notamment par

59. Nathaly RAYNEAULT, *L'expropriation municipale québécoise : mise en œuvre et contrôle*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de maîtrise en droit, Québec, Université Laval, 2008, p. 31.

60. J.E. 86-315 (C.S.).

61. RLRQ, c. C-6.2.

une altération de leurs propriétés physiques, chimiques ou biologiques, de leurs fonctions écologiques ou de leur état quantitatif, le Procureur général peut, au nom de l'État gardien des intérêts de la nation dans ces ressources, intenter contre l'auteur des dommages une action en réparation ayant l'une ou l'autre des fins suivantes, ou une combinaison de celles-ci :

- 1° la remise en l'état initial ou dans un état s'en rapprochant ;
- 2° la réparation par des mesures compensatoires ;
- 3° la réparation par le versement d'une indemnité, de type forfaitaire ou autre.

Aux fins du présent article, l'état initial désigne l'état des ressources en eau et de leurs fonctions écologiques qui aurait existé sans la survenance de ces dommages, évalué à l'aide des meilleures informations disponibles.

L'obligation de réparation est solidaire lorsque les dommages aux ressources en eau ou à leurs fonctions écologiques sont causés par la faute ou l'acte illégal de deux personnes ou plus.

Cet article rejoint l'article 976 C.c.Q. et l'interprétation qu'en a faite la Cour suprême dans *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*<sup>62</sup>. L'article 976 établit une responsabilité sans faute dès que les inconvénients excèdent ce qui est normal dans le voisinage. L'article 8 ci-dessus est au même effet, mais pour des dommages à l'eau. Si l'eau est *res communes*, une personne peut prétendre à un dommage si son droit d'usage de l'eau est affecté. Mais qu'il y ait ou non quelqu'un qui fasse usage de l'eau, la Loi permet désormais au Procureur général de réclamer des dommages. Il agit en quelque sorte comme fiduciaire du droit à la qualité de l'eau.

On peut assimiler à cette responsabilité sans faute celle imposée en vertu du principe du pollueur-payeur à celui qui contamine un terrain. Il s'agit là aussi d'une responsabilité sans faute. Une personne a pu exercer une activité en parfaite conformité à la loi pendant des décennies. La libération des contaminants a pu se faire dans le parfait respect des règles imposées, mais l'accumulation à long terme des contaminants libérés par cette activité peut faire en sorte

62. [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64.

que celui qui l'a causée doive en répondre un jour<sup>63</sup>. Cette responsabilité est à distinguer de celle imposée aux « héritiers » d'une contamination (nous y reviendrons).

Ainsi donc, on ne dispose plus de son bien comme on l'entend, même si, ce faisant, on ne nuit à personne. L'immeuble qu'on possède fait partie de l'environnement et, pour cette raison, on ne peut plus en disposer à sa guise. En principe, l'*abusus* est le droit du propriétaire de se défaire de son bien. Il peut le détruire impunément s'il en détient seul les droits. Sous réserve de la réglementation municipale relative à la démolition d'un immeuble, une personne peut librement détruire l'immeuble qu'elle possède entièrement (il en serait tout autre en cas de démembrement du droit de propriété, par exemple si l'immeuble est hypothéqué). En vertu du droit civil, souiller son bien en le polluant entre pleinement dans les prérogatives du propriétaire. Cela fait partie de l'*abusus*.

Le droit de l'environnement est venu restreindre l'exercice de ce droit. Si une personne n'a pas le droit de polluer l'environnement, cela vaut également pour le bien qu'elle possède. Si autrefois une personne pouvait enfouir des déchets sur son fonds, si elle pouvait le contaminer à sa guise puisqu'elle en était seule propriétaire, cela ne lui est désormais plus possible car son bien fait partie d'un ensemble qui fait abstraction du droit de propriété : l'environnement.

Personne aujourd'hui ne remettrait en question ce point tournant dans notre droit qui, pourtant, est venu considérablement restreindre l'absolutisme qui prévalait auparavant dans l'exercice du droit de propriété.

#### **2.1.4 L'article 46.1 de la Charte des droits et libertés de la personne**

Cependant, en 2006, par la *Loi sur le développement durable*<sup>64</sup>, le législateur a introduit dans la CDLP l'article 46.1 ainsi libellé :

**46.1.** Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité.

63. Voir à ce sujet *Compagnie pétrolière Impériale ltée*, supra, note 12.

64. L.Q. 2011, c. 3, art. 19 (la *Loi sur le développement durable* est répertoriée sous RLRQ, c. D-8.1.1).

Curieusement, le législateur a placé ce droit parmi les droits « économiques et sociaux » et il ne jouit pas, en conséquence, de la même protection que le droit à la propriété garanti par l'article 6 CDLP, tout en étant tributaire des choix du législateur, par les termes « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi ». Au sujet de ce nouvel article, le Barreau reconnaissait, dans un avis formulé en 2005<sup>65</sup> que le droit reconnu par l'article 46.1 CDLP n'avait pas la même force que celui garanti par l'article 6 :

Le Barreau du Québec est d'avis que l'introduction de ce droit dans la Charte ne constitue pas un véritable progrès et n'accorde pas un droit nouveau aux citoyens, sauf la possibilité d'obtenir des dommages punitifs en cas de violation intentionnelle de la loi, ce qui n'est pas susceptible d'être fréquent. Le Barreau est d'avis que cet enchâssement revêt un caractère plutôt symbolique puisqu'il ne confère à ce droit aucun caractère prépondérant, contrairement aux droits énoncés aux articles 1 à 38 de la Charte des droits et libertés de la personne.

Nous n'avons pas recensé de jugement mettant en opposition ces deux articles de la CDLP, hormis l'affaire *Wallot*<sup>66</sup>. La Cour supérieure et la Cour d'appel avaient considéré que l'atteinte au droit de propriété n'était pas sérieuse au point de porter atteinte au droit garanti par l'article 6 CDLP.

## 2.2 Le tiers-payeur

L'ennui, c'est qu'après l'introduction dans notre droit du principe du pollueur-payeur, s'est introduit celui du tiers-payeur, parfois dissimulé sous celui d'utilisateur-payeur. C'est le cas des règles instaurées par la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et d'autres dispositions législatives relativement à la réhabilitation des terrains*<sup>67</sup> (communément appelée « Loi 72 »). L'exploitant diligent d'une usine qui aura pris soin tout au long de son exploitation de ne pas contaminer sa propriété devra néanmoins répondre, lorsqu'il cessera définitivement d'exercer son activité, de la contamination qui se trouvait déjà sur sa propriété, ou pourrait devoir en répondre d'ici là

65. Lettre du 5 décembre 2005 du Bâtonnier au ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, ayant pour objet « Projet de loi 118 intitulé Loi sur le développement durable », p. 4.

66. *Supra*, note 16.

67. L.Q. 2002, c. 11.



si le ministre décidait de se prévaloir de son pouvoir d'ordonnance, respectivement en vertu des articles 31.51 et 31.43 LQE :

**31.51.** Celui qui cesse définitivement d'exercer une activité industrielle ou commerciale appartenant à l'une des catégories désignées par règlement du gouvernement est tenu de procéder à une étude de caractérisation du terrain où elle s'est exercée, dans les six mois de cette cessation d'activité ou dans tout délai supplémentaire n'excédant pas dix-huit mois que peut accorder le ministre, aux conditions qu'il fixe, dans l'éventualité d'une reprise d'activités. L'étude doit, sitôt complétée, être communiquée au ministre et au propriétaire du terrain.

Si l'étude de caractérisation révèle la présence de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites réglementaires, celui qui a exercé l'activité concernée est tenu, dans les meilleurs délais après en avoir été informé, de transmettre au ministre, pour approbation, un plan de réhabilitation énonçant les mesures qui seront mises en œuvre pour protéger les êtres humains, les autres espèces vivantes et l'environnement en général ainsi que les biens, accompagné d'un calendrier d'exécution et, le cas échéant, d'un plan de démantèlement des installations présentes sur le terrain.

Les dispositions des articles 31.45 à 31.48 sont applicables, compte tenu des adaptations nécessaires.

**31.42.** Lorsqu'il constate la présence dans un terrain de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites fixées par règlement pris en vertu de l'article 31.69 ou qui, sans être visés par ce règlement, sont susceptibles de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, aux autres espèces vivantes ou à l'environnement en général, ou encore aux biens, le ministre peut ordonner à toute personne ou municipalité qui

- même avant l'entrée en vigueur du présent article, a émis, déposé, dégagé ou rejeté, en tout ou partie, les contaminants, ou en a permis l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet ;
- après l'entrée en vigueur du présent article, a ou a eu la garde du terrain, à titre de propriétaire, de locataire ou à quelque autre titre que ce soit,

de lui soumettre pour approbation, dans le délai qu'il indique, un plan de réhabilitation énonçant les mesures qui seront mises en œuvre pour protéger les êtres humains, les autres espèces vivantes et l'environnement en général ainsi que les biens, accompagné d'un calendrier d'exécution.

Une ordonnance ne peut toutefois être prise contre une personne ou municipalité visée au second tiret du premier alinéa, dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> la personne ou municipalité établit qu'elle ne connaissait pas et n'était pas en mesure de connaître, eu égard aux circonstances, aux usages ou au devoir de diligence, la présence de contaminants dans le terrain ;

2<sup>o</sup> connaissant la présence de contaminants dans le terrain, elle établit avoir agi, dans la garde de ce terrain, en conformité avec la loi, notamment dans le respect de son devoir de prudence et de diligence ;

3<sup>o</sup> elle établit que la présence des contaminants dans le terrain résulte d'une migration en provenance de l'extérieur du terrain et dont l'origine est imputable à un tiers.

À ce sujet, il y a lieu de revenir ici sur une situation un peu particulière, découlant de la décision du Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») dans l'affaire 2854-4278 *Québec inc. c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*<sup>68</sup>. Dans ce dossier, une personne contestait une ordonnance du ministre. Elle avait reçu un avis d'infraction du MDDEFP qui lui demandait de lui soumettre un plan de réhabilitation d'un terrain à la suite de la découverte de contaminants dans un puits d'eau potable. Elle n'a pas obtempéré et, aux yeux du TAQ, cette attitude lui a fait perdre la défense de diligence, autrement admise au paragraphe 2<sup>o</sup> du dernier alinéa de l'article 31.43 pour s'opposer à une ordonnance.

Cette décision a pour effet de donner à des instructions venant de simples fonctionnaires par le biais d'un avis d'infraction le même effet qu'une ordonnance, puisque de ne pas y avoir obtempéré a fait perdre à la personne concernée sa défense à l'ordonnance qui allait suivre. Paradoxalement, si une personne s'était avisée de contester

68. 2009 QCTAQ 09937.

ces demandes de fonctionnaires, le TAQ l'aurait déboutée sous prétexte qu'il ne se serait pas agi d'une position formelle du ministre<sup>69</sup>.

La compensation dont nous avons fait état plus haut est une autre application du principe du tiers-payeur. En effet, elle équivaut à faire porter par une personne qui n'en a pas été la cause les conséquences de la disparition des milieux humides au fil des ans. Le propriétaire qui aujourd'hui veut mettre en valeur un terrain où se trouve un milieu humide assujetti au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE ne peut le faire sans payer un lourd tribut sous forme de compensation.

Le principe du tiers-payeur est en contradiction avec le principe du développement durable qui vise justement à éviter de faire porter par les générations futures les effets des erreurs du passé.

### 2.3 Le choc des valeurs

Bien avant l'apparition des lois environnementales, l'absolutisme du droit de propriété souffrait déjà d'importantes exceptions. L'exemple le plus patent est celui du zonage. Il est acquis depuis longtemps dans notre droit que les municipalités peuvent restreindre, et même considérablement, le libre usage d'une propriété en déterminant les usages permis sur leur territoire.

Les restrictions importantes imposées aux propriétaires dont les terrains se situent dans des zones à risque (risque d'éboulement, risque d'érosion littorale, risque de glissement de terrain, risque d'inondation) n'ont qu'indirectement la conséquence d'exproprier partiellement le propriétaire. Il est certainement dans son propre intérêt de s'abstenir de construire là où l'immeuble pourrait un jour être entraîné par un glissement de terrain, ou être inondé. Dans une certaine mesure, on protège le propriétaire contre lui-même. Son bien, dans les faits et indépendamment de toute réglementation municipale, est déjà frappé d'un stigmate important.

Ainsi, dans l'affaire *Girouard c. Ville de Mont-Saint-Hilaire*<sup>70</sup>, on a considéré opposable à une propriétaire un règlement qui avait

69. Voir notamment *Municipalité de Saint-Boniface c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, 2008 QCTAQ 02536 ; *Paquet c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs*, 2013 QCTAQ 0668 et *Verpaelst c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, 2008 QCTAQ 01233.

70. 2011 QCCS 4273.

inclus ses terrains dans une zone d'éboulis non constructible. La demanderesse a aussi été déboutée de sa requête en dommages. Elle ne peut prétendre à une dépossession lorsque, dans les faits, sa propriété est frappée d'une contrainte naturelle qui ne permet pas sa mise en valeur. Au même effet, dans *Décoste c. Ville de Sept-Îles*<sup>71</sup>, la requête en *mandamus* du demandeur a été rejetée. La Ville était bien fondée d'interdire la construction dans une zone à risque d'érosion littorale.

En matière de protection de l'environnement, cependant, le débat est très différent. Alors qu'un risque de glissement de terrain, un risque d'éboulement, un risque d'érosion ou un risque d'inondation peut s'évaluer de manière objective et peut, jusqu'à un certain point, être quantifiable, ne serait-ce qu'en terme de probabilité de se produire, les restrictions fondées sur des questions strictement environnementales et non physiques sont d'une toute autre nature.

Le récent débat entourant la conservation des milieux humides et la compensation met en lumière une réalité propre au droit de l'environnement, un choc de valeurs. En effet, plusieurs accordent une grande importance aux milieux humides en mettant en relief leurs fonctions écologiques, notamment par leur capacité de filtrer les eaux. Or, il s'agit là d'un choix subjectif, puisque l'on peut attribuer également d'importantes fonctions écologiques à des boisés de tous ordres, à des promontoires rocheux, bref, à toute forme de milieu naturel. Ces fonctions sont désormais qualifiées de « services écologiques ».

### 3. Expropriation par interprétation

On ne peut nier l'importance de conserver les milieux naturels. Cependant, le problème que posent les mesures récentes visant la protection des milieux humides tient à deux facteurs : une grande dose de subjectivité et d'imprécision et le nouveau crédo de la compensation. Ces deux facteurs ont contribué à la mise en place d'un régime aux effets très discutables d'un point de vue juridique. De la Règle de droit, on est passé à la règle de l'arbitraire.

La *rule of law* signifie l'état d'une société où règne le Droit, c'est-à-dire où les libertés aussi bien individuelles que collecti-

71. 2008 QCCS 861.

ves sont protégées par le Droit. Elle signifie une société où le pouvoir s'exerce conformément au Droit et non sous le signe de l'arbitraire.<sup>72</sup>

### 3.1 Trois zones grises

L'application du droit aux milieux humides s'égare dans trois zones grises : l'identification des milieux humides, leur évaluation et la quantification de la compensation.

Le premier cas est sans doute le plus critique, car il est le point de départ de tout. En effet, l'identification d'un milieu comme milieu humide le fera ensuite tomber sous l'empire des règles régissant ces milieux. Or, il y a déjà là matière à débat. Juridiquement, on observe cinq modes d'identification des milieux humides. Mais avant de les examiner, il faut d'abord répondre à une première question : qu'est-ce qu'un milieu humide ?

La Loi 71 définit ce qu'on entend par « milieu humide ». Ce sont essentiellement ceux que vise le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE autre que les lacs et cours d'eau :

1. Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1<sup>o</sup> milieu humide : un étang, un marais, un marécage ou une tourbière ;

2<sup>o</sup> milieu hydrique : un lac ou un cours d'eau à débit régulier ou intermittent.

Mais cette classification est propre à cette loi. Il en existe bien d'autres.

La classification Ramsar, par exemple, fait de tous ces milieux des « zones humides ». En effet, à son article premier, la Convention Ramsar<sup>73</sup> inclut des milieux aquatiques tout autant que les milieux terrestres saturés d'eau ou inondés.

72. Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 12.

73. UNESCO, *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau*, 2 février 1971.

1. Au sens de la présente Convention, les zones humides sont des étendues de marais, de fagnes, de tourbières ou d'eaux naturelles ou artificielles, permanentes ou temporaires, où l'eau est stagnante ou courante, douce, saumâtre ou salée, y compris des étendues d'eau marine dont la profondeur à marée basse n'excède pas six mètres.

Le *Système de classification des terres humides du Canada*<sup>74</sup> inclut davantage de milieux que ceux énumérés à l'article 22 LQE, tandis qu'en foresterie, on trouve quatre grandes classes de drainage : xérique, mésique, subhydrique et hydrique<sup>75</sup>. Il existe aussi des forêts humides dont la condition ne dépend pas de la saturation du sol en eau, mais des conditions climatiques. Une forêt qui pousse sur l'ubac d'une vallée encaissée peut ne jamais voir le soleil et s'y développe alors une végétation bien distincte de celle qui poussera sur l'adret. On trouvera aussi dans ce domaine une notion d'écotone riverain<sup>76</sup> qui n'a rien à voir avec la ligne des hautes eaux appliquée en vertu de la LQE<sup>77</sup>, elle-même différente de celle qui est appliquée pour les habitats fauniques<sup>78</sup>. De son côté, Canards Illimités Canada propose quatre grandes classes de milieux humides : Aquatique, Rivage, Marécage et Dénudé humide<sup>79</sup>.

74. GROUPE DE TRAVAIL NATIONAL SUR LES TERRES HUMIDES, *Système de classification des terres humides du Canada*, 2<sup>e</sup> éd. par B.G. WARNER et C.D.A. RUBEC, Waterloo, Université de Waterloo, 1997, 68 p.

75. FORÊT QUÉBEC, *Guide de reconnaissance des types écologiques*, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, Direction des inventaires forestiers [23 guides sont disponibles, couvrant une quarantaine de régions écologiques sur l'ensemble du territoire forestier exploitable du Québec, disponible par le lien suivant : <<http://mrn.gouv.qc.ca/forets/inventaire/guide-types-ecologiques.jsp>>].

76. Selon l'art. 1 du *Règlement sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État*, RLRQ, c. A-18.1, r. 7, l'écotone riverain est le « milieu de transition entre le milieu aquatique et la végétation arborescente, caractérisé par la végétation muscinale, herbacée ou arbustive des milieux humides et comportant parfois quelques arbres épars ».

77. Selon l'art. 2.1 de la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, *supra*, note 20, la ligne des hautes eaux se situe, sauf exceptions, « à l'endroit où l'on passe d'une prédominance de plantes aquatiques à une prédominance de plantes terrestres, ou s'il n'y a pas de plantes aquatiques, à l'endroit où les plantes terrestres s'arrêtent en direction du plan d'eau ».

78. À l'art. 1 du *Règlement sur les habitats fauniques*, RLRQ, c. C-61.1, r. 18, une « aire de concentration d'oiseaux aquatiques » et un « habitat du poisson » sont délimités par le « niveau atteint par les plus hautes eaux selon une moyenne établie par une récurrence de 2 ans ».

79. Sylvain MÉNARD *et al.*, *Méthode de classification des milieux humides du Québec boréal à partir de la carte écoforestière du 3<sup>e</sup> inventaire décennal*, Rapport technique n<sup>o</sup> Q2006-03, Canards Illimités Canada – Québec, 19 p.

### 3.2 S'embourber dans un concept

L'expression « milieux humides » est éminemment imprécise. Ainsi, lorsqu'on utilise cette expression, le seul qui puisse avoir une idée claire de ce que l'on entend est le locuteur. L'interlocuteur, lui, y va de sa propre perception et, lorsque vient le moment de statuer sur un milieu donné, arrive la surprise. Ce milieu sera, pour l'un, un milieu humide et, pour l'autre, ne le sera pas. Il est donc capital de bien encadrer l'identification des milieux humides qui seront frappés de contraintes en vue de leur conservation. Dans l'affaire *9047-4784 Québec inc. c. Béchard*<sup>80</sup>, que nous avons plaidée, pas moins de cinq délimitations différentes des milieux humides ont été mises en preuve pour un même territoire. De ces délimitations, trois provenaient du même ministère, dont l'une par le personnel de la Direction régionale concernée et deux autres par la Direction du patrimoine écologique du MDDEFP.

L'expression « milieux humides » est trop imprécise et, à notre avis, entraînerait une imprécision de celles dénoncées par la Cour suprême au regard de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« CCDL »).

Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, notre Cour (le juge Gonthier) a établi le critère d'appréciation des prétentions de « nullité pour cause d'imprécision » au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en déclarant (à la p. 643) qu'« une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire ».<sup>81</sup>

Cette exigence de précision de la loi est fondée sur deux principes : la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet d'une conduite interdite et la nécessité d'interdire que la loi soit appliquée de façon discrétionnaire.<sup>82</sup>

Il est donc nécessaire d'y fournir un cadre. Nous avons repéré cinq grands moyens de définir ou d'identifier les milieux humides.

80. 2007 QCCS 710.

81. *Canadien Pacifique*, *supra*, note 1, par. 2.

82. *Ibid.*, par. 46.

- le sens ordinaire ;
- la norme ;
- la délimitation sur carte ;
- les critères administratifs ;
- les critères scientifiques.

### ***3.2.1 Un premier mode d'identification des milieux humides : le sens ordinaire***

Une identification fondée sur le sens ordinaire doit nécessairement se référer à des concepts intelligibles pour le citoyen ordinaire.

Le volet avertissement de l'analyse de l'imprécision doit être abordé d'un point de vue objectif : est-ce que le citoyen moyen possédant une connaissance moyenne de la matière visée par l'interdiction en tirerait un avertissement adéquat de la conduite prohibée ? Les citoyens peuvent être déroutés s'il leur faut posséder des connaissances spécialisées pour être en mesure de comprendre une disposition législative.<sup>83</sup>

Une énumération comme celle que l'on retrouve dans la Loi 71 et au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE répond à cette exigence, dans la mesure où chacun des termes de l'énumération reste intelligible, ce qui est le cas si chacun est lu et compris dans son sens ordinaire. Lorsque le législateur emploie des mots que le citoyen ordinaire comprend, ce dernier s'y retrouve, connaît ses droits et obligations et peut agir en toute connaissance de cause. Si le terme est indéfinissable, ou alors si la définition qu'on cherche à lui donner entraîne une grande imprécision, alors il se pourrait que la disposition ne passe pas le test de l'article 7 CCDL.

### ***3.2.2 Un deuxième mode d'identification des milieux humides : la norme***

Ce mode est rarement employé. Nous avons noté deux exemples de milieux humides définis en fonction d'une norme.

---

83. *Ibid.*, par. 53.



Dans le *Règlement sur la liste d'exclusion*<sup>84</sup>, le *Règlement sur la liste d'inclusion*<sup>85</sup> et le *Règlement sur la liste d'étude approfondie*<sup>86</sup> adoptés sous l'ancienne *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*<sup>87</sup>, le législateur avait défini comme suit ce qu'il appelait des « terres humides » (« *wetlands* ») :

Marécages, marais ou autres terres qui sont couverts d'eau durant au moins trois mois consécutifs au cours de l'année.

On avait donc ici une norme, à savoir une durée précise de saturation en eau. Elle posait tout de même des problèmes d'application, autant pour l'Administration que pour le justiciable. On n'y indiquait pas si le phénomène devait être présent tous les ans ou si une saturation qui, une seule fois, excéderait trois mois ferait d'une terre une terre humide. Se posait aussi le problème de la connaissance du phénomène par le justiciable.

Pour cette raison, elle n'a pas été reprise en 2007 lorsque le *Règlement sur la liste d'exclusion* a été remplacé par le *Règlement de 2007 sur la liste d'exclusion*<sup>88</sup>. On y a substitué la définition suivante :

Marécages, marais, tourbières ou autres terres qui sont couverts d'eaux peu profondes de façon saisonnière ou permanente, y compris les terres où la nappe phréatique est située à la surface ou près de la surface.

L'ancienne définition est cependant réapparue telle quelle en 2012 dans le *Règlement désignant les activités concrètes*<sup>89</sup>, adopté en vertu de la nouvelle *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*<sup>90</sup>. Son existence fut éphémère car elle a été abrogée le 24 octobre 2013 par le *Règlement modifiant le Règlement désignant les activités concrètes*<sup>91</sup>. Cependant, simultanément à cette abrogation, la définition de « Plan d'eau » a été modifiée pour y préciser qu'une terre humide est une terre humide au sens de la *Politique fédé-*

84. DORS/94-639.

85. DORS/94-637.

86. DORS/94-638.

87. L.C. 1992, ch. 37.

88. DORS/2007-108.

89. DORS/2012-147.

90. *Supra*, note 31.

91. DORS/2013-186.

*rale sur la conservation des terres humides*<sup>92</sup>. Cette fois, le gouvernement fédéral a fait clairement le choix de la définition scientifique, causant un sérieux problème d'interprétation (nous y reviendrons).

Le second cas de norme servant à identifier un milieu humide n'est pas prévu par loi ou par règlement. Il s'agit d'une norme administrative, mais qui a été reconnue par les tribunaux<sup>93</sup>. Elle sert à définir une tourbière. Le MDDEFP a fixé à 30 centimètres l'épaisseur de tourbe nécessaire pour qu'un milieu donné soit considéré comme une tourbière. Cette norme de 30 centimètres a été vue comme un avantage pour le justiciable<sup>94</sup>. Cependant, elle est incomplète. Une couche de végétation en décomposition ne suffit pas à définir une tourbière, il faut au départ qu'on soit en présence d'un milieu humide.

on retrouve dans toutes ces versions l'idée d'une couche de végétaux en décomposition présentant une certaine épaisseur ainsi que celle d'un milieu humide.<sup>95</sup> (soulignement ajouté)

### **3.2.3 *Un troisième mode d'identification des milieux humides : la délimitation sur carte***

Il s'agit sans doute du moyen le plus simple d'application pour le justiciable, quoiqu'il ait aussi ses limites et ses défauts. Il suppose un effort de l'Administration qui doit investir temps et ressources dans le travail d'inventaire et de cartographie des milieux qualifiés d'humides. Il pose cependant un certain nombre de problèmes d'ordre juridique.

C'est le cas d'une cartographie qui se fonderait sur le sens scientifique des termes plutôt que le sens voulu par le législateur, ou encore qui inclurait des milieux humides qui ne sont pas ceux visés par le législateur, comme les « prairies humides ». Ainsi, rien n'assurerait qu'un milieu qui serait désigné « marécage » sur une carte en soit un au sens du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE.

Dans certains cas, le législateur prévoit que c'est par un plan qu'est désigné un milieu donné à protéger. De plus, par leur pouvoir

92. ENVIRONNEMENT CANADA, *Politique fédérale sur la conservation des terres humides*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1991, 16 p.

93. *P.G. du Québec c. Brais*, 2012 QCCS 1692, conf. par 2013 QCCA 858.

94. *Ibid.*, par. 34 du jugement de première instance.

95. *Ibid.*, par. 10 du jugement en appel.

de zonage, les municipalités peuvent délimiter des territoires qu'elles identifient comme milieux humides, assortis de règles visant leur aménagement ou leur conservation. L'exercice ne doit cependant pas être arbitraire au point d'intégrer dans une catégorie de milieux dits humides des milieux qui ne le sont pas. La mesure serait alors dépourvue de fondement, elle serait privée de rationalité.

Il faut distinguer la cartographie qui représente l'application de la loi à une réalité de terrain d'une cartographie qui sert d'assise à une disposition législative ou réglementaire. L'article 1 du *Règlement sur les habitats fauniques*<sup>96</sup> est un exemple de la première catégorie. Il prévoit que pour la quasi-totalité des habitats fauniques qui y sont définis ceux-ci doivent être « identifiés par un plan dressé par le ministre ». Une cartographie qui identifierait des marais, marécages ou tourbières au sens du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE serait un exemple du second. En effet, l'article 22 ne prévoit pas que les milieux qu'il énumère soient identifiés sur un plan. Dans ce second cas, une cartographie n'aurait que valeur indicative. Dans le premier cas, elle aurait valeur formelle. En d'autres termes, un territoire identifié comme habitat faunique par le ministre devient, de droit, un habitat faunique au sens du *Règlement sur les habitats fauniques*, alors qu'un milieu humide identifié sur une carte ne sera visé par l'article 22 LQE que s'il s'agit dans les faits d'un des milieux visés à cet article.

### **3.2.4 *Un quatrième mode d'identification des milieux humides : les critères administratifs***

Dans son document intitulé *Identification et délimitation des écosystèmes aquatiques, humides et riverains*<sup>97</sup>, le MDDEFP propose une démarche en vue d'identifier les divers milieux visés par le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE. La démarche est fondée sur les définitions administratives dont s'est doté le MDDEFP. Nous sommes ici dans une situation intermédiaire entre la normalisation et les critères scientifiques.

Ainsi, un fossé qui serait autrement exclu de la définition de « cours d'eau » dans la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*<sup>98</sup> reste un cours d'eau pour le MDDEFP si son

96. *Supra*, note 78.

97. MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS, *Identification et délimitation des écosystèmes aquatiques, humides et riverains*, Québec, Gouvernement du Québec, 2007, 10 p. et 4 annexes.

98. *Supra*, note 20, art. 2.8.

bassin versant couvre une superficie de 100 hectares ou plus<sup>99</sup>. Cette norme a été importée de la *Loi sur les compétences municipales*<sup>100</sup> qui exclut de la compétence exclusive des MRC sur les cours d'eau les fossés dont le bassin versant a une superficie inférieure à 100 hectares<sup>101</sup>. Pour les fins de l'application de la LQE, cette norme n'a pas de valeur légale. C'est la Politique, adoptée en vertu de cette dernière loi<sup>102</sup>, qui doit prévaloir. Le même document fixe aussi des normes administratives pour les étangs (une profondeur n'excédant généralement pas deux mètres<sup>103</sup>) et pour les marais (leur limite supérieure correspond à la ligne des hautes eaux<sup>104</sup>).

On trouve par ailleurs dans le document des critères de nature scientifique. Par exemple, on y décrit les marécages comme suit : « Les marécages sont dominés par une végétation ligneuse, arborescente ou arbustive, croissant sur un sol minéral ou organique soumis à des inondations saisonnières ou caractérisé par une nappe phréatique élevée et une circulation d'eau enrichie de minéraux dissous »<sup>105</sup>. En ce qui concerne les tourbières, le document traite de tourbières « ombrotrophes » et de tourbières « minérotrophes » et les distingue par leur apport en eau, son acidité et le cortège végétal (mousses ou sphaignes)<sup>106</sup>.

### **3.2.5 *Un cinquième mode d'identification des milieux humides : les critères scientifiques***

Il s'agit de l'approche la plus périlleuse pour le justiciable et celle qui est le plus susceptible d'entraîner une imprécision constitutionnelle, selon les enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Canadien Pacifique*<sup>107</sup>. Les récentes modifications au *Règlement désignant les activités concrètes*<sup>108</sup> en sont une illustration éloquent. En abrogeant la définition de « terres humides » fondée sur la saturation en eau ou sur l'inondation pendant au moins trois mois consécutifs, le gouvernement fédéral a choisi, comme on l'a vu plus haut, de

99. *Supra*, note 97, annexes 1 à 3.

100. RLRQ, c. C-47.1.

101. *Ibid.*, art. 103, 1<sup>er</sup> alinéa, par. 4<sup>o</sup>, sous-par. c).

102. La *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables* a été adoptée par le gouvernement en vertu de l'art. 2.1 LQE.

103. *Supra*, note 97, p. 3.

104. *Ibid.*, p. 4.

105. *Ibid.*, p. 5.

106. *Ibid.*, p. 8 et 9.

107. *Supra*, note 1.

108. *Supra*, note 89.

s'en remettre à la *Politique fédérale de conservation des terres humides*<sup>109</sup>.

Or, voici ce qu'est une « terre humide » au sens de cette politique. Une terre humide y est définie comme « un terrain saturé d'eau assez longtemps pour favoriser les processus des terres humides ou aquatiques caractérisés par des sols mal drainés, une végétation hydrophyle [*sic*] et différentes formes d'activités biologiques adaptées à un milieu humide ». Sans dire si cette énumération est exhaustive ou simplement illustrative, le document précise ensuite que les terres humides « comprennent les bogs, fens, marais, marécages et eaux peu profondes (d'ordinaire 2 m ou moins) que définit *Le Système de classification des terres humides du Canada* [...] »<sup>110</sup>. Or, ce système précise à la page 5 : « Il s'agit d'une classification scientifique, ce qui diffère des systèmes d'évaluation élaborés pour la réglementation ».

À partir du moment où on définit ainsi une « terre humide », à savoir comme un terrain favorisant les processus de terres humides et caractérisé par des formes d'activités biologiques adaptées à un milieu humide, on n'a rien réglé. Seul le scientifique ayant une connaissance de ce que sont les « processus des terres humides » ou les « formes adaptées à un milieu humide » s'y retrouve. Pour le profane, on a un raisonnement en boucle, une tautologie : une terre humide est un terrain où on a des processus de terres humides.

Le même problème se pose d'une part avec la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, par sa notion de « plantes aquatiques », et, d'autre part, avec la notion de marécage préconisée par le MDDEFP. Ce dernier énonce, dans le *Guide d'interprétation de la Politique*<sup>111</sup>, que « les marais et marécages sont des milieux humides à nette prédominance de plantes aquatiques », tandis que les plantes aquatiques se définissent dans la Politique comme des plantes « caractéristiques des marécages ouverts sur les plans d'eau ». On a ici aussi un raisonnement en boucle intelligible uniquement à ceux qui ont déjà une compréhension de ces concepts. D'ailleurs, la rédaction même de ces définitions montre qu'elles ont été conçues par de telles personnes, qui écrivaient sans doute ce qui

109. *Supra*, note 92.

110. *Supra*, note 74.

111. MDDEP, *Guide d'interprétation, Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs du Québec, Direction des politiques de l'eau, 2007, 148 p., p. 99.

étaient pour elles des évidences. Mais pour les justiciables, elles ne le sont pas.

Enfin, notons que, dans un projet de règlement<sup>112</sup>, on a prévu introduire une définition de « milieu humide » :

« Milieu humide » : milieu dominé par les plantes hydrophytes ou présentant des sols hydromorphes, tels les étangs, les marais, les marécages ou les tourbières ;

Cette définition n'éclairait guère davantage le justiciable que celle contenue dans les documents administratifs du MDDEFP et elle a été abandonnée dans une nouvelle mouture du projet de règlement<sup>113</sup>.

### 3.3 Un terreau fertile pour l'arbitraire

C'est le plus souvent une surprise pour le citoyen de découvrir qu'il se trouve dans un des milieux qui, selon le MDDEFP, est visé par le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 22 LQE. S'ensuit le choix difficile de renoncer à son projet ou de se lancer dans l'utopique démarche d'obtention d'un certificat d'autorisation, une démarche qui, vu les détails qu'exige le MDDEFP pour le traitement d'une demande, dont des inventaires floristiques et fauniques, et vu les délais considérables de traitement des demandes, est hors de portée du particulier. Dans son cas, autant dire qu'il s'agit d'une expropriation, le coût de mener à terme le processus de demande de certificat d'autorisation pouvant excéder de beaucoup la valeur de son héritage.

À l'incertitude qui entoure l'identification des milieux humides, s'ajoute l'incertitude associée au processus de demande de certificat d'autorisation. Si le milieu a, aux yeux du MDDEFP, une grande valeur écologique, les risques d'un refus d'accorder l'autorisation sont grands. Après avoir encouru des frais considérables, rappelons-le. Or, la « valeur écologique » est un autre paramètre indéfini avec lequel jongle le MDDEFP. Comme le terme l'indique, il s'agit essentiellement d'un jugement de valeur porté sur la qualité du milieu. Et, bien entendu, lorsqu'il est question de jugement de valeur, argumenter est à peu près impossible. Les jugements de valeur sont éminem-

112. *Projet de Règlement sur le prélèvement des eaux et leur protection*, G.O.Q. 2011.II.5794.

113. G.O.Q. 2013.II.2184.

ment subjectifs. Dans ces conditions, il devient illusoire de contester un refus devant le TAQ, car celui-ci aura à trancher des opinions aux fondements incertains. En fait, la valeur écologique est un concept tellement subjectif que le MDDEFP a même considéré comme un milieu à haute valeur écologique une ancienne carrière dont l'exca- vation à même le roc s'est remplie d'eau stagnante avec les années<sup>114</sup> !

La perte de valeur d'une propriété qu'on ne peut développer est ici associée à ce choix subjectif : on est dans une situation très diffé- rente de la perte de valeur objective d'un terrain à risque d'inonda- tion, de glissement de terrain, d'érosion, d'éboulement. Des auteurs considèrent qu'un milieu humide est un milieu à contraintes, compa- rables à ces risques<sup>115</sup>. Mais le concept de milieu humide préconisé par le MDDEFP est si large qu'il inclut des milieux qui peuvent être facilement mis en valeur, comme c'est le cas du *Domaine Islesmere*, dont la quasi-totalité de la superficie avait été considérée comme un « marécage forestier sur tourbe » par le MDDEFP<sup>116</sup>. De plus, ces milieux ne sont pas frappés d'une interdiction absolue d'usage en vertu de la LQE (contrairement à des zones carrément non construc- tibles en vertu d'une réglementation de zonage). La LQE prescrit simplement qu'un certificat d'autorisation est requis pour y exercer une activité (hormis celles exclues par règlement<sup>117</sup>).

Et cela, sans compter l'arbitraire de la compensation, laquelle est fondée sur l'étendue du milieu touché (dont les limites, comme on l'a vu plus haut, font elles-mêmes l'objet d'une démarche subjective), sa valeur écologique (sans barème précis) et la valeur écologique du milieu qui sera offert en compensation (tout aussi imprécise)<sup>118</sup>.

114. Ordonnance n° 635 du 26 septembre 2013 du ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, émise en vertu de l'art. 115.2 LQE (cette ordonnance fait présentement l'objet d'une contestation devant le TAQ).

115. Jean-François GIRARD, « La protection des milieux naturels par les municipali- tés : effervescence d'un droit en développement », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environne- ment*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 85-221, p. 167 : « la construction de bâtiments dans un milieu humide demande généralement d'importants tra- vaux de génie, démontrant par le fait même l'existence de cette *servitude natu- relle de non-construction* dans ce type de milieu ».

116. *9047-4784 Québec inc.*, *supra*, note 78.

117. Ces exclusions sont prévues aux articles 1 à 4 du *Règlement relatif à l'applica- tion de la Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, r. 3.

118. Dans l'affaire *Atocas de l'Érable inc.*, *supra*, note 50, par. 35, le tribunal relate le témoignage suivant : « À cet effet, [le témoin] fait état de la directive (pièce PG-1) concernant des mesures de compensation qui sont fluctuantes, non uniformes à la grandeur de la province et qui varient suivant certains secteurs. Elles ne sont

Cette combinaison de facteurs entraînera ensuite la détermination par le ministre d'un ratio de compensation établi en fonction d'une superficie, où le demandeur se verra exiger de compenser chaque hectare de milieu humide touché par un, deux, trois ou même quatre hectares d'un autre milieu.

Cette compensation pourra prendre diverses formes. Le demandeur pourra acquérir le terrain offert en compensation puis en geler l'utilisation par une servitude de non-usage dont le bénéficiaire peut être un organisme de conservation<sup>119</sup>, une municipalité, ou une autre personne. Il pourra s'agir du versement d'une somme à un tiers pour lui permettre d'acquérir des milieux à protéger. Ce peut être de sacrifier une partie du terrain visé par la demande de certificat d'autorisation, dont déjà on aura amputé dans le calcul les superficies exclues du projet afin de répondre à l'exigence de minimiser les impacts.

Au bout du compte, à partir d'un milieu délimité avec des critères imprécis, évalué selon des critères tout aussi imprécis, on obtiendra un effet concret mais tout à fait arbitraire de dépossession du demandeur de certificat d'autorisation et d'enrichissement d'un tiers par la compensation. Celui qui demande le certificat d'autorisation, pour l'obtenir, se sera appauvri soit en se départant d'une partie de sa propriété, soit en renonçant à l'usage d'une partie de celle-ci, soit en démembrant sa propriété, soit en déboursant une somme pour acquérir une propriété à offrir en compensation, soit en avançant une somme à un tiers pour le désintéresser et qu'il accepte de protéger sa propriété, de la soustraire au développement, soit en versant à un tiers une somme pour acquérir une propriété à offrir en compensa-

---

pas quantifiées et il n'y a pas de caractéristique d'appréciation, le tout selon le bon vouloir des intervenants. En somme, cette directive présente beaucoup de laxismes à ses yeux. »

119. Le nom de Canards Illimités revient à l'occasion dans ce rôle. Ainsi, dans *André Méthé Transport inc. c. Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, 2008 QCTAQ 0236, au par. 52, on peut lire : « Dans le cadre du *Programme national pour le développement d'un réseau privé d'aires protégées*, Canards Illimités, disposant d'un budget de 1,2 million de dollars, a acquis plusieurs terrains le long de la rivière du Sud afin de conserver les milieux humides ». Également, M<sup>e</sup> Girard (*supra*, note 115, p. 176) mentionne : « nous constatons peu à peu l'émergence d'un marché pour l'acquisition de milieux naturels, plusieurs organismes de conservation (par exemple, Canards Illimités, Conservation de la Nature, Corridor appalachien, CIME Haut-Richelieu, Éco-Nature de Laval, etc.) étant en effet susceptibles de se porter acquéreurs de ces propriétés ».



tion. C'est sans doute ainsi qu'est né le marché d'acquisition de milieux naturels dont parle M<sup>e</sup> Girard<sup>120</sup>.

#### 4. Expropriation par imprécision

C'est de l'expropriation par imprécision. Plus l'imprécision entourant le concept de milieu humide sera grande, plus elle permettra de ratisser large et plus l'impact de l'expropriation qui en résultera sera considérable. Si par ailleurs, le bénéficiaire est un organisme qui a lui-même participé à la délimitation des milieux humides, il y a là un risque de biais considérable. En effet, comme on l'a vu, un organisme peut à la fois avoir pour mission d'identifier et de cartographier des milieux humides et avoir pour mission d'en acquérir aux fins de conservation<sup>121</sup>. L'apparence de conflit d'intérêts, dans un tel cas, est palpable. Plus les sites classés « milieu humide » seront nombreux, plus les superficies délimitées seront grandes, plus l'organisme verra croître son « marché ». Si, de surcroît, de tels sites lui sont offerts sans indemnité comme le stipule la Loi 71, l'enrichissement du tiers est manifeste. Sans prétendre que la chose se soit produite, le risque est là.

Ne nous le cachons pas. Ce mécanisme de compensation est une taxe déguisée, discrétionnaire et arbitraire, qui échappe aux cadres généralement établis en matière de taxation. C'est un droit que le demandeur doit payer pour obtenir son autorisation. Il ne suffit pas qu'on lui refuse d'exploiter une partie de son héritage (« minimiser »), ce qu'on l'autorise à exploiter doit faire l'objet d'un paiement en nature (sans jeu de mot), un paiement hors de proportion par rapport à n'importe quel système de taxation reconnu. Par exemple, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*<sup>122</sup> permet aux municipalités de percevoir un droit lors d'une opération cadastrale, comme condition à la délivrance d'un permis de lotissement. Le législateur a fixé une limite à ce droit. Le maximum est de 10 % de la valeur au rôle de l'immeuble ou encore à 10 % de sa superficie. Quant au droit à payer pour obtenir un certificat d'autorisation, c'est l'article 31.0.1 LQE qui détermine le mode de fixation :

Le ministre peut, par arrêté, déterminer :

---

120. *Ibid.*

121. *Ibid.*

122. *Supra*, note 24, art. 117 et s.

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

Cet arrêté est l'*Arrêté ministériel concernant les frais exigibles en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>123</sup>. Cette tarification indexée va de 553 \$ à 11 061 \$, selon le type de projet.

Les *Instructions 06-01*<sup>124</sup> et la Loi 71 instaurent donc un régime de taxation, un régime de droit à payer, sous la forme de la cession d'un droit de propriété, de l'abandon de l'usufruit d'un bien, du versement d'une somme à un tiers, de la mise en réserve d'une propriété privée, qui non seulement avantage un tiers, mais avantage également l'État qui, ainsi, s'évite le fardeau financier d'une expropriation, ce qu'il devrait faire s'il voulait créer des aires protégées, par exemple en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*<sup>125</sup>. L'article 8, au paragraphe 4<sup>o</sup>, de cette loi accorde au ministre un pouvoir d'expropriation :

**8.** Afin de favoriser l'application de la présente loi, le ministre peut notamment :

[...]

4<sup>o</sup> louer ou acquérir des biens ou des droits réels sur des biens, soit de gré à gré, soit, s'il est autorisé par le gouvernement et en se conformant aux conditions fixées par ce dernier, par expropriation faite conformément à la Loi sur l'expropriation (L.R.Q., c. E-24) ;

[...]

Le paiement substantiel en nature ou en espèce que doit faire le demandeur de certificat d'autorisation permet donc au gouvernement de créer un réseau *sui generis* d'aires protégées en marge de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel* sans avoir à déboursier

123. RLRQ, c. Q-2, r. 28.

124. *Supra*, note 51.

125. RLRQ, c. C-61.01.

un sou. Ce n'est pas sans rappeler les droits que les censitaires devaient payer à leur seigneur en Nouvelle-France, pour pouvoir cultiver la terre et exploiter la forêt. Nous estimons que la compensation telle que l'impose actuellement le MDDEFP équivaut à une féodalisation du droit à la propriété.

#### **4.1 La compensation : plaider pour une interprétation restrictive**

Puisque le législateur a, étonnamment, jugé bon en 2012 de valider en catastrophe une telle démarche et qu'il a pris soin de préciser qu'elle ne donne droit à aucune indemnité, nous sommes d'avis qu'elle commande alors une grande retenue de la part du ministre dans ce qu'il peut exiger. En fait, nous estimons que le ministre ne peut formuler quelque exigence de la nature d'une expropriation, de la confiscation d'un bien. Or, le processus tel qu'appliqué actuellement est de cet ordre. Ou bien le demandeur de certificat d'autorisation doit consentir une compensation équivalente en superficie ou en valeur, sinon davantage, à ce qu'il veut se faire autoriser, ou alors il se verra refuser l'autorisation (et donc ne pourra faire usage de son bien). Dans un cas comme dans l'autre, il est appauvri.

Cette exigence du don en nature ou en espèce, sans aucun encadrement de la nature de l'arrêté prévu à l'article 31.0.1 LQE, ou de l'article 117 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, nous apparaît totalement illégale et n'est pas couverte, à notre avis, par la Loi 71. Cette loi parle de mesures de compensation visant « notamment la restauration, la création, la protection ou la valorisation écologique d'un milieu humide, hydrique ou terrestre »<sup>126</sup>. Le fait que ces mesures ne donnent lieu à aucune indemnité commande une grande réserve, une grande retenue de la part du ministre dans ses exigences et, surtout, elles ne doivent pas être de la nature d'une dépossession.

Le droit à la propriété fait partie des droits fondamentaux, pas celui à la protection de l'environnement et de la biodiversité. La privation du droit à l'indemnité prévue au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 2 de la Loi 71 ne peut pas être un blanc-seing pour exiger arbitrairement des superficies plus grandes les unes que les autres en compensation. Au contraire, comme il y a là une atteinte importante à un droit garanti par la CDLP, c'est avec parcimonie et avec une extrême modération

126. *Supra*, note 50, art. 2.

que devraient être calculées ces superficies. À notre avis, porter à ce point atteinte à un droit fondamental est déraisonnable et on peut à juste titre s'interroger sur la légalité du processus, malgré l'adoption de la Loi 71, d'autant plus que, si d'un côté, aucune indemnité n'est possible, de l'autre l'enrichissement d'un tiers (titulaire d'une servitude, cessionnaire du terrain à protéger, bénéficiaire d'une somme destinée à acquérir des propriétés) ne devrait pas être toléré.

Ce n'est pas étonnant que la compensation ait été déclarée nulle par la Cour supérieure dans l'affaire *Atocas de l'Érable inc.*<sup>127</sup> et que la juge en chef du Québec se serait rangée derrière le premier juge à ce sujet. Et il est particulièrement inquiétant de voir que le législateur se soit empressé de le légaliser, sans se soucier du virage majeur qu'il vient de marquer de la sorte. Il y a là un processus foncièrement irrégulier, voire immoral dans ses effets, où le sort du demandeur repose sur une sommation de jugements arbitraires, approximatifs, de surcroît des jugements de valeur pratiquement inattaquables parce que, justement, il s'agit de jugements de valeur. L'identification du milieu humide dépend de critères approximatifs, sa délimitation aussi, sa valeur écologique est un facteur éminemment subjectif, mais il en découle des conséquences concrètes et lourdes pour le justiciable. La Règle de droit et la protection qu'elle offre contre l'arbitraire cède le pas à l'idéal de la protection de l'environnement.

## 4.2 L'origine de la compensation

Si ce n'est qu'en 2006 qu'a été formalisée au Québec la compensation pour des travaux en milieu humide dans les *Instructions 06-01*, le concept existait depuis déjà au moins une décennie. Dans le *Guide de mise en œuvre de la Politique fédérale de conservation des terres humides*<sup>128</sup>, on retrouve exactement les mêmes étapes que celles prévues dans les *Instructions 06-01* : éviter, minimiser, compenser.

L'établissement de ces lignes directrices devrait être guidé par le document intitulé *Aucune perte nette : Mise en œuvre d'objectifs « aucune perte nette » pour la conservation des terres*

127. *Supra*, note 52.

128. Pauline LYNCH-STEWART et al., *La politique fédérale sur la conservation des terres humides – Guide de mise en œuvre à l'intention des gestionnaires des terres fédérales*, Ottawa, Environnement Canada, 1996.

humides au Canada et devrait comprendre les éléments suivants :

- une séquence de solutions d'atténuation (« éviter » les impacts et « réduire au minimum » et « compenser » les impacts inévitables), avec des critères pour chaque solution ;
- des exigences pour la compensation (selon la fonction, la zone, le type de terre humide, la région, le contexte temporel), incluant la définition des priorités et des critères ;
- des options de compensation autres que la restauration ou la création de terres humides (indications sur l'acceptabilité de constituer des « banques » de mesures d'atténuation ou de créer des milieux autres que des terres humides en vue d'aucune perte nette [APN]) ;
- exigences de surveillance et d'entretien.<sup>129</sup>

On retiendra que cette séquence d'atténuation vise ici les gestionnaires des terres fédérales, pour les terres dont ils ont la gestion, ce qui est très différent d'imposer la même séquence d'atténuation à des personnes de droit privé.

La compensation était à l'origine un concept propre aux processus d'évaluation environnementale et se transpose mal dans un processus ordinaire d'autorisation. Elle est notamment prévue à l'article 3 du *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement*<sup>130</sup> :

**3.** Toute étude d'impact sur l'environnement préparée en vertu de l'article 31.2 de la Loi peut traiter des paramètres suivants :

a) une description du projet, y compris notamment les objectifs poursuivis, son emplacement (comprenant le numéro des lots originaires touchés par le projet), [...] les développements connexes prévus par l'initiateur du projet, ainsi que toutes autres données et caractéristiques techniques nécessaires pour connaître et évaluer les effets du projet sur l'environnement et pour identifier les mesures de correction ou de compensation requises ; (soulignement ajouté)

129. *Ibid.*, p. 12.

130. RLRQ, c. Q-2, r. 23.

Le MDDEFP définit ainsi, en matière d'évaluation environnementale, les mesures de compensation :

Ensemble de moyens destinés à compenser des impacts résiduels attribuables à la mise en œuvre d'un projet. Elles comprennent des indemnités matérielles ou financières pour des dommages subis ou des espaces perdus (ex. aménagement d'espaces nouveaux, contribution pour la réalisation de projets pour les résidents) ou divers moyens pour reconstituer des habitats ou des éléments valorisés de l'écosystème (ex. aménagement d'une passe migratoire, mise en valeur d'une ressource).<sup>131</sup>

Dans le *Guide de mise en œuvre*, on fait également référence à l'évaluation environnementale :

Dans les domaines de responsabilité fédérale, la conservation des terres humides, telle que définie et décrite dans la *Politique*, incombe à tous les ministères, organismes et sociétés du gouvernement du Canada. Ces instances sont désignées sous le nom d'« autorités fédérales » dans ce *Guide*, conformément à la terminologie utilisée dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCÉE)*.

Les procédures d'évaluation environnementale sont d'un tout autre ordre que les processus d'autorisation ministérielle du type du certificat d'autorisation prévu à l'article 22 LQE. Il s'agit de processus de planification où tout est pris en considération, y compris l'option de ne pas réaliser un projet. Interviennent des facteurs subjectifs, comme l'acceptabilité sociale et des considérations de politique générale<sup>132</sup>. Au Québec, du moins à l'extérieur du territoire de la Baie-James et du Nunavik, c'est d'ailleurs le gouvernement (organe politique) et non le ministre qui prend la décision d'autoriser ou non un projet au terme de la procédure d'évaluation environnementale<sup>133</sup>.

131. DIRECTION DES ÉVALUATIONS ENVIRONNEMENTALES, *Guide de réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement*, Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, 1997 (mis à jour en 2005), 30 p., p. 30.

132. *Bellefleur c. P.G. du Québec*, [1993] R.J.Q. 785.

133. Art. 31.5 LQE.

## 5. Conclusion

Lorsque l'on refuse de reconnaître des droits acquis à l'encontre de mesures relatives à l'aménagement du territoire, sous prétexte qu'elles visent une protection accrue de l'environnement, lorsque l'on permet à un ministre, sans aucun encadrement ou balise, d'exiger qu'une personne se déporte d'un bien en échange de l'octroi de l'autorisation qu'elle sollicite, lorsque l'on accorde plus d'importance à l'article 46.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qu'à son article 6, il y a là des indices qu'on est en train de hisser la protection de l'environnement au-dessus de la Règle de droit, sous la poussée d'une interprétation bienveillante reconnue par le plus haut tribunal du pays, même si telle n'était pas la conséquence recherchée.

Si la Règle de droit venait à perdre de sa force, ce serait un glissement dangereux. D'abord, parce que le phénomène pourrait s'étendre à un spectre extrêmement large de mesures législatives ou réglementaires, vu le caractère diffus du concept d'environnement. Ensuite, parce que la protection de l'environnement met en cause des valeurs subjectives qui, souvent, sont difficiles à quantifier et, surtout, difficilement négociables. Enfin, parce que la tentation est forte pour l'Administration, vu la reconnaissance par la Cour suprême que les lois environnementales peuvent être rédigées en termes larges, de profiter de cette relative imprécision pour rendre des décisions arbitraires, en attribuant au décideur une discrétion libre de pratiquement tout encadrement. La frénésie de mesures de compensation imposées ces dernières années dans la foulée de l'octroi de certificats d'autorisation pour des travaux en milieux humides est révélatrice des abus qui peuvent résulter de telles approches.

Un recadrage est nécessaire. Nous vivons dans un État de droit. Il n'est aucunement question ici de minimiser l'importance de protéger des milieux naturels sensibles ou l'importance de freiner la disparition des milieux humides. Il faut simplement le faire dans le respect de la Règle de droit. Si ces milieux ont l'importance que l'État prétend qu'ils ont, il peut se prévaloir de ses pouvoirs d'expropriation. Il dispose aussi de plusieurs moyens d'éviter le recours à des mesures arbitraires. Qu'il s'agisse de la cartographie, de l'adoption de normes permettant au justiciable de reconnaître aisément les milieux assujettis à des règles particulières, la fixation de barèmes objectifs pour encadrer le pouvoir décisionnel et limiter la discrétion des décideurs

à qui il délègue des pouvoirs, l'État dispose d'une multitude de moyens et rien ne justifie un dérapage comme celui qui est en train de se produire par l'imposition arbitraire de mesures de compensation.