L'ENVIRONNEMENT AU TRIBUNAL

Sous la direction de
Paule Halley
Allan E. Ingelson

PUL

L’environnement au tribunal

L'environnement au tribunal

Paule Halley et Allan E. Ingelson

Presses de
l'Université Laval

Financé par le gouvernement du Canada
Funded by the Government of Canada

Nous remercions le Conseil des arts du Canada de son soutien.
We acknowledge the support of the Canada Council for the Arts.

Conseil des arts du Canada
Canada Council for the Arts

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

SODEC Québec

Maquette de couverture : Laurie Patry
Mise en page : Diane Trottier

Cet ouvrage a été d'abord publié en anglais sous le titre
Environment in the Courtroom par University of Calgary Press.
ISBN 978-1-55238-985-0
© 2019 Allan E. Ingelson.

© Les Presses de l'Université Laval 2021 pour la version française
ISBN 978-2-7637-4689-0
PDF 9782763746906

Dépôt légal 3e trimestre 2021

Les Presses de l'Université Laval
www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

Table des matières

Préface XXXI
Liste des contributeurs XXXV

PREMIÈRE PARTIE
LES PRINCIPAUX CONCEPTS RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT ET LA NATURE UNIQUE DES DOMMAGES À L'ENVIRONNEMENT

Chapitre 1
Le développement durable en droit canadien 1
Paule Halley
Origine et définition du développement durable 2
Le développement durable et le droit canadien 5
Les principes inhérents au concept de développement durable 7
La santé et la qualité de vie : la finalité 8
Le principe d'équité : une condition essentielle 10
Le principe d'intégration : une autre condition essentielle 12

Chapitre 2
Histoire de précaution : les tribulations du principe de précaution 17
Chris Tollefson
Le principe de précaution : une vue d'ensemble 18
La précaution : l'émergence du principe dans le cas des litiges en matière d'environnement 20
Application du droit international 21
La *common law* 22
Introduction dans les lois 22
Les tribulations : la jurisprudence portant sur le principe de précaution après l'affaire *Spraytech* 24
Dans l'esprit des juges 29
Est-ce que le principe peut avoir un objectif précis ? 30
L'affaire *Telstra* et ses implications 31
Conclusion 36

Chapitre 3
La gestion des écosystèmes : elle s'impose … peu importe ce qu'elle est 37
Michael M. Wenig
La gestion des écosystèmes s'impose 41
Le type d'écosystème et son échelle 42
La gouvernance 44
Les objectifs en matière de gestion des écosystèmes 46
Les outils de gestion des écosystèmes 49
La gestion adaptative 50
Conclusion 50

Chapitre 4
La nuisance publique : les atteintes aux droits de la collectivité et le droit d'intenter une action civile 53
Alastair R. Lucas, c.r.
Le crime 54
La responsabilité délictuelle en *common law* 54
Les actions civiles 55
Le procureur général à titre de demandeur 55
Les demandeurs privés 56
Le préjudice particulier 56
Les modifications législatives 58
La disponibilité des dommages 59
Questions de politique générale nouvelles et importantes 60
La fiducie publique 61
Conclusion 63

Chapitre 5
L'intégration de l'éthique de l'environnement au tribunal 65
Heather McLeod-Kilmurray
Introduction : l'éthique et le droit 65
L'éthique de l'environnement 66
Critères de détermination 66
Anthropocentrisme par opposition à écocentrisme 67
Individualisme par opposition à holisme 67
Approche de rechange ou approche radicale 68
Justice écologique 68
L'éthique dans les lois canadiennes 69
L'éthique dans la jurisprudence canadienne sur l'environnement 71
Compétence en matière d'environnement : *Hydro-Québec* 71
Interprétation des règles administratives : *Compagnie Pétrolière Impériale* 72
Détermination de la peine en droit de l'environnement : *Van Waters* 73

Principes de *common law* 74
Recours. 75
Règles de procédure 76
Conclusion. 76

Chapitre 6
L'intersection entre les droits de la personne et le droit de l'environnement 79
Nickie Vlavianos

Pourquoi les droits de la personne ? 80
Quels droits de la personne ? 82
Les droits procéduraux en matière d'environnement. 82
Les droits environnementaux fondamentaux 83
Un droit indépendant à la qualité de l'environnement 83
La protection de l'environnement dans les limites des droits actuels de la personne 85
L'état actuel du droit au Canada. 87
Conclusion. 89

Chapitre 7
L'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones et les enjeux environnementaux : certaines questions 91
Hadley Friedland

L'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones 92
Un point de départ logique 93
Des hypothèses de travail raisonnables 94
Le moyen d'aller au-delà des généralités et des généralisations 97
Conclusion. 101

Chapitre 8
Le concept juridique de la durabilité 103
Natasha Affolder

Sens du concept de la durabilité. 104
Définir le développement durable : la définition du *Rapport Brundtland*. 105
Comprendre l'intégration : au-delà de l'équilibre 106
Composantes-clés. 108
Durabilité et lois canadiennes. 112
Un concept international pertinent 114
L'affaire *Gabčíkovo–Nagymaros* (Hongrie-Slovaquie). 114
L'affaire *Shrimp-Turtle I* 115
Conclusion. 116
ANNEXE 1 : Références à la durabilité et au développement durable dans la législation canadienne 117

Chapitre 9
Comment la conception de la législation peut-elle limiter le pouvoir de la loi en matière de mise en œuvre de normes environnementales : l'intégrité écologique au sein des parcs nationaux du Canada 125
Shaun Fluker

La norme de l'intégrité écologique 126
L'intégrité écologique : priorité des lois et des politiques 127
L'application de l'intégrité écologique dans le domaine du droit 129
Un problème de conception institutionnelle 134

Chapitre 10
L'utilisation du droit international en droit canadien de l'environnement 137
Charles-Emmanuel Côté

Le droit international comme source de droit positif en droit canadien de l'environnement 138
La coutume internationale comme source de droit positif 138
Le traité comme source de droit positif 140
Traité applicable en droit canadien 140
Loi d'incorporation avec annexion du texte du traité 141
Loi d'incorporation sans annexion du texte du traité 141
Traité inapplicable en droit canadien 142
Loi de mise en œuvre sans annexion du texte du traité 142
Loi de mise en œuvre avec annexion du texte du traité 144
Le droit international comme source interprétative du droit canadien de l'environnement 144
Le principe d'interprétation conforme 145
L'interprétation de la loi de mise en œuvre d'un traité 145

Chapitre 11
Le rôle du droit international de l'environnement devant les tribunaux canadiens 147
Phillip M. Saunders, c.r.

Le droit international public devant les tribunaux canadiens 147
Le droit international de l'environnement : son application au Canada 149
Mise en œuvre par voie législative 150
Application judiciaire du « droit » international de l'environnement 152
De *Crown Zellerbach* à *Spraytech* 152
Après la décision *Spraytech* 155
Conclusion : possibilités et autres défis à relever 157

Chapitre 12
Le dilemme des effets cumulatifs : la science et le droit 159
Cindy Chiasson
Que signifie l'expression « effets cumulatifs » ? 159
Comment le concept est utilisé dans le contexte réglementaire 161
Évaluation environnementale 161
Autorisations législatives 162
Traitement jurisprudentiel 163
Quel est l'avenir du concept ? 164
Étude de cas : plan régional du cours inférieur de la rivière Athabasca en Alberta . . 164
Plan régional du cours inférieur de la rivière Athabasca – Vue d'ensemble 165
Gestion des effets cumulatifs en vertu du plan régional 166
Défis et préoccupations concernant la gestion des effets cumulatifs 167
La gestion des effets cumulatifs peut-elle concorder avec le système de réglementation environnemental et le système judiciaire ? 168
La gestion des effets cumulatifs peut-elle être assortie d'un caractère exécutoire et d'une obligation de rendre compte ? 169
Conclusion 170

Chapitre 13
L'évaluation des dommages à l'environnement : la beauté vaut combien ? 171
Giorilyn Bruno
Les tribunaux doivent-ils accorder des dommages-intérêts pour les valeurs subjectives ? 173
L'exactitude et la fiabilité de la méthode de l'évaluation contingente mises en question 174
L'évaluation des dommages causés à l'environnement après l'Affaire *Canfor* 177
Regard sur les États-Unis 179
Conclusion 180

DEUXIÈME PARTIE
LES POURSUITES EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Chapitre 14
L'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite pénale : les défis en droit de l'environnement 183
Alex Ikejiani
Le pouvoir discrétionnaire de la Couronne – bref historique 183
La décision d'intenter des poursuites 185
La suffisance de la preuve 185
Les témoins crédibles et l'expert 186
L'admissibilité de la preuve (article 8 de la Charte) 187
Les défenses possibles 189

L'intérêt public 190
Gravité ou trivialité de l'infraction présumée (*de minimis non curat lex*) 190
Importantes circonstances atténuantes ou aggravantes 191
La détermination de la peine 192
Solutions de rechange aux poursuites 192
Conclusion. 193

Chapitre 15
La négligence réglementaire dans le droit de l'environnement 195
Lynda Collins
Pourquoi poursuivre le gouvernement en justice ? 196
Conclusion. 204

Chapitre 16
Les décisions stratégiques en matière de poursuites relatives à l'environnement. . 205
Paul McCulloch et Danielle Meuleman
La nature des infractions environnementales 205
L'objet de l'enquête 206
Les chefs d'accusation. 207
Qui accuser ? 208
La juridiction du procès 210
Le plaidoyer 211
L'admissibilité de la preuve. 213
Ce qui ne peut pas faire l'objet de la défense 215
La justification de la mise en accusation 216

Chapitre 17
Les poursuites fédérales par opposition aux poursuites provinciales 217
Susan McRory
Le contexte de la discussion 217
Qui est la Couronne ? La question juridique 218
Qui devrait être la Couronne ? La question politique 219
Qui devrait être la Couronne ? La question pratique 219
Les sources de conflit 221
L'étude des dossiers 221
Des délais de prescription différents 222
Kienapple 223
L'article 725(2) du *Code criminel* 223
Des solutions pratiques 223
Réglez le problème au niveau personnel, et non pas au siège social 223
Les seules personnes qui ont le droit de prendre des décisions à l'égard d'un dossier sont les personnes qui ont lu le dossier 224

La qualité du dossier doit être la considération première, et non pas la rivalité de clocher 224
Entretenez de bonnes relations 224
Établissez les règles AVANT que d'importants dossiers ne surgissent 224
Mettez la répartition des tâches par écrit 225
Faites en sorte que les enquêteurs se connaissent 225
Conclusion 225

Chapitre 18
Qui devrait intenter les poursuites : les aspects intragouvernementaux 227
Martin Z.P. Olszynski

Infractions environnementales courantes relevant de la juridiction fédérale 228
La *Loi sur les pêches* : protection de l'habitat et prévention de la pollution 229
La *LCPE (1999)* : substances dangereuses et immersion en mer 230
La Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs : protection des oiseaux migrateurs 232
Les intervenants 233
Le personnel de mise en application 233
Le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) 236
Les Services juridiques ministériels 237
L'application 238
Qu'est-ce qui convient le mieux ? 238
Les politiques et les priorités ministérielles 239

Chapitre 19
La science et la défense des droits 241
Heather McLeod-Kilmurray

Objets et normes en matière de science et de poursuites relatives à l'environnement . . 242
Incertitude, normes de preuve et domaines scientifiques 244
Témoignage d'expert, nouvelles découvertes scientifiques et recevabilité 247
Exemples 249
Conclusion 252

Chapitre 20
Retour sur les poursuites privées : l'importance toujours actuelle des poursuites privées pour protéger l'environnement 253
John Swaigen, Albert Koehl et Charles Hatt

Les demandes d'enquête (avant la poursuite privée) 254
Le rôle du poursuivant privé en vertu de la *common law* et des lois canadiennes 256
Le rôle du procureur général dans les poursuites privées 257
Le rôle des tribunaux en matière de supervision des poursuites privées 257
Recommandations en vue de la réforme de la poursuite privée 258

Les avantages de la poursuite privée en tant qu'outil à la disposition des citoyens : les dépens et les obstacles permanents 259
Les désavantages des poursuites privées : la difficulté à réunir la preuve (et à la divulguer) 260
Les pratiques des différentes juridictions en ce qui a trait à l'autorisation des poursuites privées 262
Le consentement de la Couronne, l'avis à la Couronne et la pré-enquête 264
Les accusations provinciales 266
Le pouvoir d'aller en appel 266
Les dépens 267
Des exemples de poursuites privées réussies ou ayant une influence 269
En quel nom la poursuite privée est-elle introduite : celui du dénonciateur ou celui de la Couronne ? 275
Conclusion 276

Chapitre 21
La diligence raisonnable dans le cadre des infractions environnementales 277
Ronda M. Vanderhoek

La responsabilité stricte 278
L'établissement de la preuve de la diligence raisonnable incombe au défendeur 279
La planification de la défense de diligence raisonnable 284
Conclusion 286

Chapitre 22
De certains moyens de défense en droit pénal de l'environnement 287
Jean Piette

L'abus de procédure 288
L'erreur de droit provoquée par l'administration publique 290
La défense d'impossibilité 294
La défense de nécessité 296
La défense *de minimis non curat lex* 298
Conclusion 300

Chapitre 23
Le droit des autochtones dans le contexte des poursuites réglementaires 301
Cheryl Sharvit

Les droits et les systèmes judiciaires autochtones existent et sont protégés par la constitution 303
Les poursuites réglementaires constituent-elles un contexte approprié à l'élaboration du droit des autochtones ? 308
Les risques et difficultés des poursuites civiles 310
Les questions techniques et les plaidoiries 310
Les frais 311

Et par après ? 313
La surveillance judiciaire de la mise en œuvre des droits et des négociations 316

TROISIÈME PARTIE
LA DÉTERMINATION DES PEINES ET LES INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES

Chapitre 24
Condamnation pour infraction environnementale : tirer le meilleur parti d'un instrument émoussé 321
Barry Stuart
Changements proposés. 324
Conclusion. 337

Chapitre 25
Responsabilité des administrateurs et des dirigeants en cas de problèmes environnementaux : détermination de la peine et arrêtés réglementaires 339
Diane Saxe et Meredith James
Détermination de la peine des administrateurs et dirigeants. 341
Les principes régissant la détermination de la peine en matière environnementale . 341
Les escrocs 343
Le bien intentionné 344
Le bien intentionné, mais confus 346
Arrêté des organismes de réglementation : punir les administrateurs et dirigeants innocents 350

Chapitre 26
La *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales* – l'imposition de peines dans le contexte d'infractions environnementales 355
Rebecca Moore
Imposition de peines pour infraction environnementale : objectifs, principes et circonstances 356
Objectif premier de la détermination de la peine en vertu de la LCALE. 357
Principes de détermination des peines et circonstances aggravantes prévus par la LCALE 357
Nature du préjudice causé à l'environnement 359
Culpabilité 359
Casier judiciaire et démêlés passés avec les autorités 360
Assainissement, remise en état et mesures préventives. 360
Accroissement du revenu ou réduction des frais 361
Amendes 362
Avant la LCALE 362
Modifications de la LCALE 363

Types de contrevenant 363
Nature de l'infraction 363
Autres outils de sanction 365
Pouvoirs d'imposition d'amendes obligatoires. 365
Pouvoirs d'imposition de peines discrétionnaires 366
Conclusion. 367

Chapitre 27
La sanction du droit de l'environnement par des pénalités administratives 369
Jean Piette

La nature d'une sanction administrative pécuniaire 370
La portée du régime québécois. 372
Le cadre général d'application des sanctions administratives et des recours pénaux. . . 379
La codification de la notion d'avis de non-conformité 381
La première décision : l'imposition de la sanction administrative pécuniaire. 382
La deuxième étape : le réexamen de la sanction. 384
La troisième étape : le recours devant le tribunal administratif du Québec 386
Les moyens de défense ou de disculpation 387
La diligence raisonnable 388
Les erreurs d'interprétation des faits ou du droit. 388
Les erreurs quant à la légalité procédurale. 389
L'erreur de fait raisonnable 389
La défense d'erreur provoquée par les autorités. 389
La défense de nécessité 390
La défense d'impossibilité. 390
De minimis non curat lex. 390
La classification des sanctions administratives pécuniaires 390
L'exécution des sanctions administratives pécuniaires. 392
Le cumul des sanctions administratives pécuniaires et des sanctions pénales 393
Conclusion. 395

Chapitre 28
La détermination des peines innovantes dans le cadre des poursuites pour infraction environnementale : aperçu du droit canadien. 397
John D. Cliffe, c.r.

Contexte 397
Définition de la peine innovante 400
État du droit avant l'adoption des dispositions actuelles sur les peines innovantes 400
Portée de l'innovation dans le choix des peines. 403
Options de détermination de peines innovantes connexes 408
Quelques conseils pratiques 409

Chapitre 29
La détermination de la peine : l'expérience de l'autre côté de la planète 411
Sharon Mascher
La poursuite en cas d'infractions environnementales 412
La détermination de la peine à la suite d'infractions environnementales..... 413
Raison d'être de la peine..... 413
Considérations relatives à la détermination de la peine..... 413
Peines d'emprisonnement et amendes 414
Possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination des peines 418
Lignes directrices de l'EPA de la NGS relatives à la demande d'ordonnance des tribunaux en matière environnementale..... 419
Ordonnances visant à rétablir l'environnement ou à prévenir la récidive..... 419
Ordonnances visant à punir ou à dissuader les contrevenants 420
Créativité et détermination de la peine dans la pratique 421
La créativité dans la détermination des peines : l'avenir 421

Chapitre 30
La détermination de peines innovantes en matière environnementale – la perspective des entreprises 425
Allan E. Ingelson
L'émergence des peines innovantes au Canada 426
La détermination des peines innovantes en Alberta 429
Conclusion..... 440

Chapitre 31
Les organisations non gouvernementales de l'environnement et la détermination des peines innovantes : points de vue et rôles 445
Cindy Chiasson
ONGE et application des lois environnementales : les tenants et les aboutissants..... 445
Portée de l'innovation dans le choix des peines..... 447
Évaluation de l'efficacité de l'application 449
ONGE comme bénéficiaires potentiels des peines innovantes 450
Modèle de subvention 451
Modèle d'ordonnance du tribunal 453
Constat d'un bénéficiaire d'une peine innovante 455
Conclusion..... 457

Chapitre 32
Négociation des sentences 459
Peter J. Craig
Le cadre juridique 459
Les premiers principes – Le *Code criminel* – Dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine 459
L'*Environment Act* (Nouvelle-Écosse) – Dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine 461
La discussion 464

Chapitre 33
La négociation de peines créatives : aller au-delà de la dissuasion 469
Paul Adams
La prépondérance de la dissuasion 470
Une occasion d'en faire plus 472
La négociation d'une « peine créative » 473
Conclusion 475

Chapitre 34
Le droit et l'économie des dommages à l'environnement : compte rendu sur la détermination de la peine en cas d'infractions environnementales (Parties I et II) . 477
Martin Olszynski et Peter Boxall
Partie I : Développements récents dans les domaines de l'économie et du droit 478
Bref historique de l'évaluation environnementale 478
Récents changements aux lois canadiennes sur l'environnement 481
Partie II : Cadre juridique de l'évaluation et de la quantification du dommage afin de déterminer la peine 484
Trois types de dommage : réel, éventuel spécifique et éventuel général 484
Fardeau de la preuve : Au-delà de tout doute raisonnable 488

Chapitre 35
Le droit et l'économie des dommages à l'environnement : compte rendu sur la détermination de la peine en cas d'infractions environnementales (Parties III, IV et V) 491
Peter Boxall et Martin Olszynski
Partie III : Concepts fondamentaux, principes et outils d'évaluation environnementale 491
Partie IV : Étude de cas – valeurs d'usage et de non-usage associées à la rivière Wilmot, Île-du-Prince-Édouard 497
R c *George M Caseley & Sons Inc* (4) 497
Quantification des dommages : réels et éventuels (spécifiques et généraux) 499
Dommages réels 499
Risques de dommages (spécifiques) 501
Risques de dommages (généraux) 503
Partie V : Perspectives de l'évaluation environnementale dans la détermination de la peine environnementale 504

QUATRIÈME PARTIE

LES QUESTIONS DE PREUVE DANS LES POURSUITES ET LES PROCÈS EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Chapitre 36
La preuve du lien de causalité : la certitude scientifique et le fardeau de preuve juridique 507
Danielle Meuleman
Doit-on toujours recourir à des experts afin de prouver le lien de causalité ? 508
La preuve d'un élément subjectif 510
La preuve de la cause exacte d'un rejet de contaminant découlant d'une défaillance . . . 511
Contester une loi en vigueur 512

Chapitre 37
Les experts dans les litiges environnementaux 517
Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava
Avant le procès 518
Le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario 518
Mandater un expert 518
Qui peut être un expert ? 519
Comment trouver un expert ? 520
Comment retenir les services d'un expert ? 521
Conflit d'intérêts 521
Contexte factuel, objet et étendue des travaux 521
Utilisation et confidentialité 522
Combien d'experts chaque avocat peut-il mandater ? 522
Exigences des *Règles de procédure civile* de l'Ontario 523
Le devoir de l'expert envers le tribunal 523
Les experts nommés par les parties 523
Les experts nommés par le tribunal 524
La preuve d'expert simultanée 525
Documents d'expert 526
Divulgation des documents pertinents 526
Revendication du privilège 527
Politiques de destruction de documents 529

Chapitre 38
Les communications entre les avocats et les experts 531
Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava
Jurisprudence remontant à 1979 531
Application de la décision *Moore* au litige environnemental 536
Moore c *Getahun* 538
Le contexte 538
La décision de première instance 538
L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario 538
Conclusion 541

Chapitre 39
Obligations de faire rapport à des tiers 543
Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava
Ingénieurs 543
Géoscientifiques 544
Faits concrets 545
Autres options procédurales dans le recours à l'expert en droit de l'environnement . . . 545
Experts nommés conjointement 546
Avantages et inconvénients 546
Applicabilité du modèle de l'expert nommé conjointement au litige en général . . . 547
Applicabilité du modèle de l'expert nommé conjointement au litige environnemental 548
Dépôt simultané des rapports d'expertise 549
Avantages et inconvénients 550
Applicabilité de la preuve simultanée au litige en général 551
Application de la preuve simultanée au litige environnemental 553

Chapitre 40
L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens 555
Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava
Introduction 555
La pertinence 556
La nécessité d'aider le juge des faits 556
L'absence de toute règle d'exclusion 557
La qualification suffisante de l'expert 557
Cour d'appel de l'Ontario (*R* c *Abbey*) 557
Science de pacotille 558
Crédibilité de la preuve 561
L'indépendance et la partialité 562
La crédibilité du témoin expert et les dépens 564
L'exactitude des faits et la confirmation des hypothèses 567
Force probante attribuée à la preuve 568

Chapitre 41
Les experts seulement 569
Jim Bunting, Terri-Lee Oleniuk et Sarah Powell
Rôle de gardien 570
Règles de différents tribunaux concernant le témoignage d'experts. 572
Alberta Utilities Commission 572
Tribunal de l'environnement de l'Ontario 574
Office national de l'énergie 575
Revue jurisprudentielle. 577
La décision *Armow Wind* 577
La décision *Platinum Produce* 580
L'instance de mise en application de la loi à l'égard de TransAlta. 581
Le projet d'éoliennes Bull Creek de BluEarth Renewables 582
L'expert qui défend la cause du client 584
L'expert en tant que médecin sans permis d'exercice 584
L'expert qui exprime une opinion au-delà de son champ de compétences 585
Les conclusions de l'AUC 585
Conclusion et recommandations 586

Chapitre 42
Un survol de la preuve d'expert au Canada 589
Gary A. Letcher et Andrea C. Akelaitis
La preuve d'opinion : au-delà des faits 589
Quatre grands principes 590
Choix de la question. 590
Compétences 590
Présomptions 591
Admissibilité. 591
Rôle de gardien du tribunal 592
Nouvelle technique ou théorie scientifique. 593
Principes généraux d'admissibilité : fiabilité. 593
Nouvelle preuve non scientifique 594
Questions particulières liées à l'objectivité 595
Preuve d'opinion de profane 596
Piste de réflexion 597

Chapitre 43
Les enjeux concernant les conseillers experts, les témoins experts et l'avocat qui retient leurs services 599
Nicholas R. Hughes et Monika A. Sawicka

Conseiller expert et témoin expert : une comparaison 600
Le rôle du conseiller expert 600
Le rôle du témoin expert 600
La distinction entre les rôles 601
Le double rôle de l'expert 601
Obligations des experts et de l'avocat 604
Les conséquences lorsqu'un expert manque à ses obligations 604
L'irrecevabilité du rapport 604
La condamnation à des dépens 605
Le rôle de l'avocat pour assister l'expert dans la préparation du rapport 608
Pratique générale 608
Jurisprudence 608
La lettre de mandat 611
Pratique générale 611
Lorsque l'expert joue un double rôle 611

Chapitre 44
La continuité de la preuve et les conseils en matière de mesures correctives pour les enquêteurs : quelques brefs commentaires 613
John D. Cliffe, c.r. et John S.G. Clark

Continuité de la preuve 613
Définition courante de la « continuité » 614
La « continuité » dans le contexte juridique : généralités 614
La continuité dans le contexte environnemental : généralités 616
Lorsque la continuité entre en jeu dans le contexte environnemental 616
Établir et prouver la continuité des échantillons judiciaires 617
Conseils en matière de mesures correctives pour les enquêteurs 618
Qu'est-il important, pour les enquêteurs et leur avocat, de ne pas oublier par rapport aux mesures correctives ? 619
Les enquêteurs et leur avocat doivent indiquer clairement la position de la Couronne 620
Le responsable de la réglementation a-t-il conclu une entente ? 621
Combien de temps le nettoyage prend-il ? 621

Chapitre 45
Démontrer le droit d'être entendu : quand les règles de preuve font obstacle à la qualité pour agir en justice en matière d'environnement 623
Adam Driedzic
Les questions de preuve 624
Quels sont les éléments à prouver ? 624
Le fardeau de preuve 625
La norme de preuve 626
La détermination de la qualité pour agir à l'étape préliminaire 626
La qualité pour agir devant les cours de justice 626
La qualité pour agir devant les tribunaux administratifs 630
Les organismes de réglementation albertains 631
Les tribunaux administratifs d'appel de l'Alberta 634
L'Environmental Appeal Board de la Colombie-Britannique 635
Le Tribunal de l'environnement et de l'aménagement du territoire de l'Ontario . . . 637
Les tendances dans la jurisprudence des tribunaux administratifs 639
Conclusion 640

Chapitre 46
La difficulté pour les particuliers de recueillir une preuve d'expert 641
Asha James
Le rôle du témoin expert 642
Le témoin expert à l'étape de la préparation du procès 643
L'expérience de l'Ontario en matière de projets d'énergie renouvelable 643
L'échéancier de la communication des documents 643
Pouvez-vous obtenir gain de cause sans l'aide d'un expert ? 645
La capacité de retenir les services d'un expert 646
L'accès à la justice 647

Chapitre 47
Les difficultés liées à l'utilisation des connaissances traditionnelles autochtones devant les tribunaux 649
David Laidlaw
Réunir les connaissances traditionnelles autochtones 651
Révision judiciaire d'actions gouvernementales posées en vertu d'une loi qui renvoie aux connaissances traditionnelles autochtones 652
Détenteurs des connaissances traditionnelles autochtones reconnus par la loi 654
Préambules statutaires et énoncés d'objet 655
Lois permissives 658
Lois sur les espèces en péril 660
Législation contraignante 661
Prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones 662

Connaissances traditionnelles autochtones et obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder 662
Défense de droits ou de titres autochtones face à des accusations criminelles liées à la faune 666
Conclusion. 667

Chapitre 48
L'intégration de la preuve écrite et visuelle à la pratique des tribunaux spécialisés 669
Rod Northey

Résumé des règles des tribunaux en matière de preuve visuelle. 671
Pratiques et principes des tribunaux saisis des ÉE fédérales traitant des preuves visuelles 673
Office national de l'énergie 673
Commentaires. 674
La pratique actuelle de l'ONÉ. 675
Commentaires. 680
Commissions fédérales d'évaluation environnementale. 681
Principes juridiques. 681
Commentaires. 682
Pratique actuelle des commissions d'ÉE 682
Commentaires. 686
Concepts clés de l'évaluation environnementale fédérale 687
Examen des concepts clés d'une ÉE 687
Écosystème 687
Effets environnementaux négatifs importants (EEN) 689
Effets environnementaux cumulatifs 690
Solutions de rechange (pour la réalisation d'un projet) 692
Examen des concepts clés de l'ÉE en vue d'une présentation visuelle possible. 692
Présentation visuelle de l'écosystème 692
Présentation visuelle de l'importance des effets 695
Présentation visuelle des effets environnementaux cumulatifs 696
Présentation visuelle des solutions de rechange 696
Conclusion. 700

Chapitre 49
Le privilège dans le contexte d'application des lois environnementales. 701
Erin Eacott

Privilège 101 – son objet 701
Types de privilèges dans le contexte d'application des lois environnementales 702
Le privilège de l'informateur. 702
Les techniques d'enquête 703
Les enquêtes en cours 704
Le droit à la vie privée de tiers. 705

Le privilège lié à l'intérêt national 705
Les renseignements confidentiels du Cabinet 706
Le secret professionnel de l'avocat 706
Revendiquer le privilège du secret professionnel entre un avocat et son client : choisir sa propre aventure 709
L'ensemble des documents liés à l'incident de déversement pétrolier 709
Plusieurs documents existants que vous aviez demandés au vice-président de la société de vous envoyer par courriel le jour précédent 710
Le rapport d'enquête interne de la société sur le déversement pétrolier 710
Les documents qui renferment des conseils juridiques confidentiels entre la société et son avocat 711
Le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges 711
Les communications entre l'avocat et le témoin expert 711
Les rapports réalisés par le contrevenant ou en son nom 712
Conclusion 713

Chapitre 50
La connaissance d'office des changements climatiques par les tribunaux 715
Brenda Heelan Powell et Josephine Yam
Qu'est-ce que la connaissance d'office ? 716
La connaissance d'office des changements climatiques 718
Aperçu des litiges sur les changements climatiques 718
La situation au Canada 719
La situation aux États-Unis 721
La situation à l'international 724
Regard vers l'avenir 726

CINQUIÈME PARTIE
LES INSPECTIONS ENVIRONNEMENTALES ET LES MESURES D'APPLICATION, SUR PLACE ET AU TRIBUNAL

Chapitre 51
Un pour un : l'art de la réglementation adaptée – comment les organismes gouvernementaux peuvent-ils motiver les entreprises réglementées à devenir vertueuses ? 731
James Flagal
Les inspections réglementaires et l'article 8 de la *Charte* 733
La réglementation adaptée et la pyramide de la réglementation 738
Les leçons que le programme de conformité du MECC peut dégager de la réglementation adaptée 745
Les facteurs propres à chaque cas (exemples) 748

Chapitre 52
Les inspections réglementaires : point de vue d'un praticien privé 759
Katia Opalka
Inspections 761
Mesures environnementales conditionnées par les accords commerciaux 762
Récessions, libre-échange et application de la loi aux établissements fédéraux 764
Conclusion 770
ANNEXE A : *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (extraits) 772

Chapitre 53
L'anatomie du régime d'observation de la loi : mesures initiales – point de vue d'un organisme de réglementation 777
Fred Maefs
Principales dispositions législatives 777
Inspection et enquête 779
Inspections 779
Éducation et sensibilisation 780
Délivrance ou modification d'un document d'autorisation 781
Avis d'infraction 781
Plan de réduction de la pollution 781
Documents de contrôle (ordonnance) 781
Arrêté de pénalité environnementale 781
Suspension, révocation ou refus d'un document habilitant 781
Approbation du programme 782
Conformité 782
Partie I de la *Loi sur les infractions provinciales* (Ontario) 782
Partie III de la *Loi sur les infractions provinciales* (Ontario) – Dépôt d'accusations formelles 782
Rapports publics 782
Enquêtes 783
Direction des enquêtes et de l'application – Renvoi et admission 783
Avant le renvoi 783
Renvoi 784
Évolution de la distinction entre les inspections et les enquêtes 784
La décision *R* c *Inco ltd* 784
L'État actuel du droit : *R* c *Jarvis* et *R* c *Ling* 785
Conclusion 787

Chapitre 54
Recueillir des preuves essentielles destinées aux enquêtes et aux poursuites en matière d'environnement : approches juridiques stratégiques et enjeux connexes . 789
Jack D. Coop
Infractions environnementales : quelles sont les implications en matière de preuve ? . . . 790
La gradation dans les mesures d'application de la loi et ses implications en matière de preuve 790
Les lois sur le bien-être public et leurs implications en matière de preuve 792
Stratégie juridique pour mettre fin à la poursuite avant qu'elle ne commence 793
Une étape des plus importantes – un client doit adopter une conduite de diligence raisonnable et en faire la preuve 793
La diligence raisonnable par un système de gestion environnementale 794
La diligence raisonnable des administrateurs et des dirigeants 795
Stratégie juridique pour réagir efficacement à une enquête – comment gérer la preuve ? 797
Qu'est-ce qu'une enquête ? 797
Quels sont les pouvoirs d'un enquêteur ? 798
Questions pour l'enquêteur 800
Qu'est-ce qu'une entrave ? 800
Comment traiter les renseignements confidentiels ? 801
Comment traiter un mandat de perquisition ou une ordonnance d'inspection ? . . . 802
Éviter de perturber l'exécution d'un mandat de perquisition 803
La valeur d'un protocole d'enquête et d'une liste de vérification 803
Les entrevues d'employés 805
Stratégie juridique pour réagir efficacement à une poursuite – comment gérer la preuve ? 806
Les témoins 806
Les employés 806
La communication par la Couronne 807
Les délais de prescription 807
La communication par le client 807
La communication incomplète par le client 807
Les codéfendeurs 808
L'accord d'immunité avec la Couronne 808
L'analyse du dossier de la Couronne 808
L'obtention de nouvelles preuves au besoin 809
Éduquer le client sur la diligence raisonnable 809
La diligence « après le fait » 809
La perspective raisonnable de condamnation 810
La communication avec la Couronne 811
Le règlement 811
Le procès 812
Conclusion 814

Chapitre 55
Les enquêtes environnementales – une perspective gouvernementale 815
Paul McCulloch
Les inspections et les enquêtes 816
Le processus d'enquête 819
La preuve provenant de personnes autres que les personnes liées à l'installation et qui acceptent de collaborer 820
La preuve générée par l'installation avant l'enquête 820
La surveillance 820
L'identification de l'entité juridique 821
Le recours à des experts 821
Les déclarations volontaires de l'accusé ou faites en son nom 821
Les mandats de perquisition et ordonnances d'inspection 822
La jurisprudence récente sur l'interprétation de l'article 8 de la *Charte* et les inspections 823

Chapitre 56
Récapitulation et autres orientations – leçons tirées d'une étude de cas hypothétique 825
Jennifer Fairfax
Aperçu 825
Scénario hypothétique 825
Leçons apprises et pratiques exemplaires 827
Ne pas laisser se détériorer les relations avec les organismes de réglementation 827
Faire preuve de diligence raisonnable et être vu en le faisant – le mot d'ordre, documenter le plus possible 829
Les précautions raisonnables et la diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains ou de perfection 831
Les leçons à tirer de la décision *Syncrude* 835
Une autre leçon en matière de diligence raisonnable appliquée aux bassins de résidus 836
Les leçons à tirer de l'affaire du Mount Polley 839
La diligence raisonnable – la voie de l'avenir 842
Connaître la différence entre une inspection et une enquête et leur incidence sur les droits 842
Connaître les conséquences des interrogatoires des employés afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée 844
Si un enquêteur arrive avec un mandat de perquisition – il faut être prêt 848
Conclusion 850

Chapitre 57
L'anatomie du régime d'observation de la loi : récapitulatif et propositions complémentaires – leçons des États-Unis 851
Jonathan Leo
Le pouvoir réglementaire général d'inspection et d'application des normes environnementales 852
L'assignation d'enquête en Californie 854
Le coût de l'inobservation des normes et la raison d'être des programmes internes de gestion de l'environnement 855
Les programmes organisationnels internes de gestion de la conformité environnementale et politique de vérification de l'EPA 857
La Note Yates et le manuel des procureurs des États-Unis 860
L'inspection réglementaire, les interrogatoires d'employés et les questions relatives au secret professionnel de l'avocat 863
L'inspection par un organisme de réglementation et le rôle du conseiller juridique de la société 863
Les interrogatoires d'employés et les questions liées au secret professionnel de l'avocat 867

Chapitre 58
Vers une application des lois environnementales axée sur le renseignement 871
Heather McCready and Karina Barker
Application de la loi axée sur le renseignement 872
Qu'est-ce que le renseignement ? 872
L'évolution de l'application de la loi axée sur le renseignement 874
Les difficultés terminologiques 875
En quoi l'application de la loi axée sur le renseignement est-elle différente ? 876
Application des principes d'application de la loi axée sur le renseignement à la loi environnementale 877
Plaidoyer en faveur d'une application de la loi environnementale axée sur le renseignement 877
Construire un programme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement 880
Mettre en œuvre un programme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement 883
Coopération et partage d'information entre les organismes gouvernementaux 884
Organisations intergouvernementales régionales 885
INTERPOL 885
Conclusion 886

Préface

Au cours des dernières années, l'Institut canadien du droit des ressources et ses partenaires de l'Université d'Ottawa, de l'Université Dalhousie, de l'Association du Barreau canadien et de l'Association du Barreau de l'Ontario ont organisé des symposiums nationaux annuels sur le droit de l'environnement intitulés : *L'environnement au tribunal*. Ces symposiums, parrainés par Environnement et Changement climatique Canada et l'Alberta Law Foundation, ont eu lieu à Calgary, Ottawa et Halifax. L'Université Laval, à travers la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, s'est jointe à l'initiative en collaborant à la publication de la version française de l'ouvrage *L'environnement au Tribunal*.

Cet ouvrage réunit les textes présentés lors des cinq premiers symposiums nationaux. Les contributions offrent non seulement une introduction aux aspects juridiques de la protection de l'environnement au Canada, mais également des réflexions sur l'état des connaissances et des avancés du droit dans trois domaines clés : les concepts et la nature particulière des atteintes causées à l'environnement, la sanction des contraventions à la législation environnementale et les mesures de suivi de la conformité. Les différents chapitres qui composent l'ouvrage sont l'œuvre d'universitaires spécialisés en droit de l'environnement, d'avocats représentant le ministère de la justice, des entreprises et des ONG et de consultants en environnement. En partageant leurs différentes expériences, ils alimentent la réflexion et les connaissances sur des questions juridiques nouvelles.

Le droit de l'environnement est un domaine du droit dynamique et passionnant. Aujourd'hui, il joue un rôle important dans l'élaboration des politiques de développement durable adoptées par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux au pays. La majorité des chapitres passent en revue l'expérience canadienne en la matière. Ils examinent les lois, les décisions judiciaires de premier plan, ainsi que des aspects théoriques et procéduraux importants dans le contentieux environnemental au Canada. Des chapitres sont également consacrés à l'examen des expériences de l'Australie et des États-Unis qui font face à des défis environnementaux et juridiques similaires à ceux du Canada.

L'ouvrage est subdivisé en cinq parties qui reflètent les questions abordées dans chacun des cinq premiers symposiums :

- Les concepts fondamentaux du droit de l'environnement et le caractère particulier des atteintes à l'environnement ;
- Les poursuites pénales en matière d'environnement ;
- La détermination de la peine pour les infractions environnementales ;
- Les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement ;
- Les inspections, les enquêtes et les mesures d'application de la législation environnementale.

Consacrée aux particularités de ce droit, la première partie de l'ouvrage passe en revue les principaux concepts et principes environnementaux qui sont présents dans le système juridique canadien. Elle compte 13 chapitres faciles à consulter pour les praticiens du droit et les magistrats désireux de parfaire leurs connaissances sur l'abondante documentation en la matière et les problématiques particulières du contentieux environnemental canadien. Ils y trouveront des réflexions intéressantes sur la portée des principes clés de la pensée environnementale moderne ayant été incorporés dans la législation sans beaucoup de précision sur la manière de les appliquer. Il en va ainsi du concept de développement durable, du principe de précaution, des nuisances publiques, de la gestion des écosystèmes, de la durabilité, de l'intégrité écologique et de l'évaluation des dommages environnementaux. Des aspects juridiques intersectoriels particuliers y sont également abordés, à savoir ceux intéressant l'éthique, les droits de la personne, les traditions juridiques autochtones et l'utilisation du droit international de l'environnement.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux poursuites pénales en matière d'environnement et aux questions qu'elles peuvent soulever aux différentes étapes, en commençant par la décision de poursuivre ou non un contrevenant, pour finir avec les moyens de défense disponibles. Elle comprend dix chapitres qui traitent du pouvoir discrétionnaire des procureurs de l'État en matière de poursuite pénale, des compétences législatives du Parlement fédéral et de celles des provinces de créer des infractions environnementales, des poursuites privées, des moyens de défense, de l'obligation de diligence raisonnable en matière de prévention des infractions environnementales et de l'interface entre les traditions juridiques autochtones et le système juridique anglo-saxon en matière de poursuites pénales pour des infractions de nature réglementaire.

Quant à la troisième partie, elle est composée de 12 chapitres qui sont consacrés aux règles législatives et jurisprudentielles applicables à l'étape de la

détermination de la peine pour les infractions à la législation environnementale. Une attention particulière est accordée aux peines qualifiées d'innovantes ou de créatives. À ce sujet, un chapitre présente des enseignements tirés de l'expérience de la Nouvelle-Galles du Sud, en Australie, ce qui permet d'établir des parallèles intéressants avec l'expérience canadienne. D'autres chapitres s'intéressent aux peines innovantes dans la perspective des organisations non gouvernementales et des entreprises visées par ces peines. Cette partie de l'ouvrage aborde également la responsabilité des administrateurs et des dirigeants des personnes morales, les sanctions administratives pécuniaires, la négociation des peines, ainsi que l'évaluation et la quantification des atteintes à l'environnement au moment de la détermination de la peine.

La quatrième partie est consacrée aux questions de preuve qui peuvent se présenter dans le cadre d'une poursuite pénale ou d'un procès civil en matière d'environnement. Les 15 chapitres qui la composent abordent la preuve du lien de causalité, le rôle des témoins experts, la recevabilité de la preuve, les principaux privilèges en matière de non-divulgation de la preuve rencontrés dans l'application des lois environnementales, les connaissances traditionnelles des autochtones et la connaissance d'office des changements climatiques par les tribunaux.

Enfin, la cinquième partie de l'ouvrage comprend huit chapitres qui examinent le rôle de première ligne joué par les organismes gouvernementaux dans le contrôle de la conformité à législation environnementale. La législation fédérale et provinciale en matière d'environnement leur accorde d'importants pouvoirs – préventifs, correctifs et punitifs – que les communautés réglementées peuvent s'attendre à rencontrer. Parmi les questions qui sont abordées dans cette dernière partie figurent l'art de la réglementation adaptée, les inspections, les enquêtes et les stratégies d'application de la loi fondées sur le renseignement.

Réalisé à l'intention des avocats et des magistrats, mais également à l'intention des non-juristes et d'un large public d'ici et d'ailleurs, nous avons voulu à travers cet ouvrage faire connaître le droit de l'environnement canadien, répondre aux questions qu'il soulève et enrichir la réflexion sur les tenants et aboutissants de la protection juridique de l'environnement. Ils trouveront dans *L'environnement au tribunal* des références utiles sur les enjeux contemporains du droit canadien de l'environnement. L'ouvrage intéressera également les personnes venues d'ailleurs qui souhaitent en apprendre davantage sur le droit canadien de l'environnement, notamment dans une perspective de droit comparé.

Nous tenons à remercier les organisations qui ont contribué au succès des symposiums et de l'ouvrage *L'environnement au tribunal*, en particulier Environnement et Changement climatique Canada, l'Association du Barreau canadien, l'Association du Barreau de l'Ontario, le Centre for Environmental Law and Global Sustainability, le Marine and Environmental Law Institute et les universités de Calgary, d'Ottawa, de Dalhousie et Laval.

Que soient également remerciés tous les auteurs pour leur généreuse contribution et la qualité de leur réflexion. Nous exprimons aussi nos remerciements aux membres de l'Institut canadien du droit des ressources qui sont à l'origine du succès des symposiums. Enfin, nous remercions chaleureusement les membres de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, qui sont les principaux artisans de la révision de la version française de l'ouvrage *L'environnement au tribunal*, en particulier Sessinou Houédanou et également Nadia Abida, Lynda Hubert Ta et Laure Sandrine Lompo, pour leur formidable collaboration tout au long du processus de révision.

Paule Halley et Allan E. Ingelson

Liste des contributeurs

Paul Adams, conseiller juridique, Service des poursuites pénales du Canada, Halifax

Natasha Affolder, professeure, Faculté de Law, Université de Colombie-Britannique, Vancouver

Andrea C. Akelaitis, partenaire fondateur, Letcher Akelaitis LLP, Vancouver

Karina Barker, Project de renouvellement du renseignement, Environnement et Changement climatique Canada, Ottawa

Peter Boxall, professeur, Département de l'économie des ressources et de la sociologie environnementale, Université de l'Alberta, Edmonton

Giorilyn Bruno, Étudiante diplômée, Faculté de Law, Université de Calgary

James Bunting, partenaire fondateur, Tyr LLP

Cindy Chiasson, commissaire aux audiences, Alberta Energy Regulator, Calgary

John S.G. Clark, ministère de la Justice, Vancouver

John D. Cliffe, c.r., partenaire fondateur, Cliffe Tobias, Vancouver

Lynda Collins, professeure titulaire, Faculté de droit, Common Law, Université d'Ottawa

Jack D. Coop, associé chez Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto

Charles-Emmanuel Côté, professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval

Peter Craig, procureur principal de la Couronne, Service des poursuites pénales de la Nouvelle-Écosse, Dartmouth

Adam Driedzic, avocate-Conseil, Environmental Law Centre, Edmonton

Erin Eacott, avocat-conseil et chef d'équipe, Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton

Jennifer Fairfax, associée chez Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto

James D. Flagal, avocat au ministère de l'Environnement, de la Protection de la nature et des Parcs, Toronto

Shaun Fluker, professeur agrégé, Faculté de Law, Université de Calgary

Hadley Friedland, professeur adjoint, Faculté de Law, Université de Alberta, Edmonton

Paule Halley, professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval

Charles Hatt, associé, Koskie Minsky, Toronto

Brenda Heelan Powell, avocate-Conseil, Environmental Law Centre, Edmonton

Nicholas R. Hughes, associé du cabinet, McCarthy Tétrault, Vancouver

Alex Ikejiani, avocat, Pêches et Océans, Gouvernement du Canada, Ottawa

Allan E. Ingelson, professeur, Faculté de droit de l'Université de Calgary

Asha James, associé du cabinet, Falconers LLP, Toronto

Meredith James, avocat, Woodward and Company, Victoria

Albert Koehl, avocat à l'interne, Ecojustice, Toronto albert@koehl.ca

David Laidlaw, chercheur universitaire, Institut canadien du droit des ressources, Calgary

Jonathan Leo, Barreau de l'État de la Californie, États-Unis d'Amérique (listed as in Baton Rouge, LA)

Gary A. Letcher, avocat, Letcher Akelaitis LLP, Vancouver

Alastair R. Lucas, c.r., professeur, Faculté de droit, Université de Calgary

Fred Maefs, avocat, ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario, Toronto

Sharon Mascher, professeure, Faculté de droit de l'Université de Calgary

Marc McAree, associé du cabinet, Willms & Shier Environmental Lawyers LLP, Toronto

Heather McCready, directrice générale, Conservation et Protection, Pêches et Océans Canada, Ottawa

Paul McCulloch, avocat, ministère de l'Environnement, Protection de la nature et Parcs de l'Ontario, Toronto

Heather McLeod-Kilmurray, professeure titulaire, Faculté de droit, Common Law, Université d'Ottawa

Susan McRory, président, Commission des compensations foncières, province de l'Alberta, Edmonton

Danielle Meuleman, Sous-directrice (poste intérimaire), ministère de Travail, Formation et Développement des compétences provincede l'Ontario, Toronto

Rebecca Moore, gestionnaire, Division de la gouvernance législative, Environnement et Changement climatique Canada, Ottawa

Rod Northey, associé du cabinet, Gowling WLG, Toronto

Terri-Lee Oleniuk, associé du cabinet, Blake, Cassels & Graydon LLP, Calgary

Martin Olszynski, professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Calgary

Katia Opalka, professeure auxiliaire, École d'environnement de McGill, Montréal

Jean Piette, avocat, BCF, Québec

Sarah Powell, associé du cabinet, Davies, Ward, Phillips & Vineberg, Toronto

Phillip Saunders, professeur, École de droit Schulich, Université Dalhousie, Halifax

Monika A. Sawicka, avocat général et secrétaire general, KGHM International, Toronto

Dr. Dianne Saxe, SaxeFacts Law Professional Corporation, Toronto

Cheryl Sharvit, associé directeur, Mandell Pinder LLP, Vancouver

Anand Srivastava, associé, Willms & Shier Environmental Lawyers LLP, Toronto

Barry Stuart, juge, Vancouver

John Swaigen, avocat à l'interne, Ecojustice, Toronto

Chris Tollefson, professeur, Faculté de droit, Université de Victoria

Ronda van der Hoek, juge, cour provinciale, Nova Scotia, Halifax

Nickie Nikolaou, professeure agrégé, Faculté de droit, Université de Calgary

Michael Wenig, Big Spruce Law, Calgary

Robert Woon, avocat, Durham Region (The Regional Municipality of Durham), Markham

Josephine Yam, chef de la direction and cofondateur, Skills4Good, Victoria

Première partie

LES PRINCIPAUX CONCEPTS RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT ET LA NATURE UNIQUE DES DOMMAGES À L'ENVIRONNEMENT

Chapitre 1

Le développement durable en droit canadien

Paule Halley[1]

Le développement durable représente un nouvel objectif de développement remettant en cause la croyance en un développement fondé sur une croissance économique interrompue et illimitée grâce à la capacité de la planète de fournir perpétuellement des ressources suffisantes pour y répondre. Ces certitudes ont cédé la place aux incertitudes et aux inquiétudes face à la détérioration des écosystèmes, du climat, de la biodiversité et aux risques associés aux situations irréversibles. Aussi, le développement durable cherche à s'inscrire dans la durée et à rompre avec une approche du développement qui omet de tenir compte du caractère limité des ressources de la planète[2].

La mise en œuvre du développement durable mobilise la plupart des institutions nationales et internationales et un très grand nombre d'acteurs. La tâche est colossale et les résistances nombreuses. Pour les juristes, le développement durable demeure un sujet dynamique traversé par de nombreux débats et questionnements[3]. Sans prétendre épuiser le sujet, nous présenterons ses

---

1. L'auteure tient à remercier Pierre-Olivier Desmarchais, analyste en prospective à Horizons de politiques Canada, pour sa contribution à la version originale du présent chapitre.

2. Donella H Meadow, Dennis L Meadows et Jorgen Randers, *Beyond the Limits*, London, Earthscan, 1972.

3. Voir, par exemple, David R Boyd, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*, Vancouver, UBC Press, 2003; Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Burlington, Ashgate, 2008 [Bosselmann, « Principle of Sustainability »]; Bruce Pardy, « In Search of the Holy Grail of Environmental Law: A Rule to Solve the Problem » (2005) 1 *McGill Int'l J. Sust. Dev. L & Pol'y* 29; Staffan Westerlund, « Theory for Sustainable Development:

origines, les importants développements dont il est l'objet sur la scène internationale et son déploiement au Canada à travers ses principes directeurs.

ORIGINE ET DÉFINITION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Le concept de « développement durable » est apparu sur la scène internationale, en 1980, dans la *Stratégie mondiale de la conservation* de l'Union internationale pour la conservation de la nature : « For development to be sustainable it must take account of social and ecological factors, as well as economic ones[4] ». Il fut largement popularisé, en 1987, avec le rapport *Notre avenir à tous* de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (Rapport Brundtland) : « un développement qui s'efforce de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs[5] ». Les deux principes qui irriguent ces définitions, l'équité et l'intégration, forgent les représentations contemporaines du développement durable et influent sur les textes juridiques et les interprétations entourant sa portée, ses conditions d'application et de réalisation.

C'est à l'occasion de la deuxième *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, tenue à Rio en 1992, que la communauté internationale s'est engagée à « établir un partenariat mondial sur une base nouvelle et équitable » à travers l'intégration de l'objectif du développement durable dans les politiques et les décisions publiques. La *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*[6] précisent la notion de développement durable, notamment ses conditions d'équité « [l]e droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures[7] » et d'intégration « [p]our parvenir à un développement durable, la protection de

---

Towards or Against ? in Hans-Christian Bugge and Christina Voigt, *Sustainable Development in International and National Law*, Chapter 1.3, Groningen, the Netherlands : Europa Law Publishing, 2008, p. 49-66 ; Massimiliano Montini, « Revising International Environmental Law through the Paradigm of Ecological Sustainability », in Federico Lenzerini and Ana Filipa Vrdoljak (eds), *International Law for Common Goods, Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Chapter 13, Oxford, UK and Portland, OR, USA : Hart Publishing, 2014, p. 271-287 [Montini, « Ecological Sustainability »] ; Rakhyun E. Kim and Klaus Bosselmann, « Operationalizing Sustainable Development : Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law » (2015) 24:2 *Review of European Community and International Environmental Law*, Special Issue : Public Participation and Climate Governance, p. 194-208.

4. International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, *World Conservation Strategy : Living Resource Conservation for Sustainable Development*, Gland, IUCN, 1980, para 3.
5. Commission mondiale sur l'environnement et le développement (1987), *Notre avenir à tous*, Montréal, Éditions du Fleuve, 1988, p. 51.
6. CNUED, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc off AG NU, 1992, Doc NU A/CONF 151/26 (Vol. I).
7. *Ibid.*, principe 3.

l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément[8] ».

Depuis, ce changement d'approche en matière de développement fut réaffirmé par la communauté internationale à de nombreuses reprises[9] et connaît un développement florissant tant en droit international de l'environnement que du commerce[10]. Par exemple, les préambules de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*[11] et de l'*Accord de libre-échange nord-américain*[12] reconnaissent que les règles du commerce international doivent favoriser l'utilisation durable des ressources et que les États ont l'obligation de promouvoir le développement durable[13].

Dans le droit international, l'objectif du développement durable exprime de manière plus précise à travers des principes directeurs traduisant sa finalité, ses conditions d'exercice et les moyens de sa mise en œuvre. La *Déclaration de Rio*, par exemple, énonce 27 principes parmi lesquels il est possible de distinguer des principes inhérents au développement durable et des principes opérationnels[14]. Aujourd'hui, ses principes directeurs représentent le fondement de

---

8. *Ibid.*, principe 4.
9. Nations Unies, *Agenda 21*, Doc NU A/CONF 151/26 (Vol. I-III) ; *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1993 RT Can 24 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [*Diversité biologique*] ; *Convention cadre sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 31 ILM 851 (entrée en vigueur : 21 mars 1994) [*Changements climatiques*] ; *Convention sur la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification*, 5 juin 1992, 1996 RT Can 51 (entrée en vigueur : 26 décembre 1996) ; *Convention de Barcelone pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution*, 16 février 1976, 1102 RTNU 27 (entrée en vigueur : 12 février 1978) ; Nations Unies, *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*, Doc off AG NU, 2002, Doc NU A/CONF 199/20, para 8 ; *Entente sur les ressources en eaux durables du Bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*, 13 décembre 2005, le préambule ; *Déclaration sur la création du Conseil de l'Arctique*, 19 septembre 1996, 35 ILM 1382, art 1(a).
10. Sur ce thème, voir Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2e éd, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 253, 281 et 941 [Sands, « Principles of International Environmental Law »] ; Patricia Birnie, Alan Boyle et Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3e ed, Oxford, Oxford University Press, 2009 [Birnie et al, « International Law and the Environment »] ; Jean-Maurice Arbour et al., *Droit international de l'environnement*, Montréal (Québec), Éditions Yvon Blais, 2016,p. 106 et suivantes [Arbour et al., « Droit international de l'environnement »].
11. OMC, *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 UNTS 154, 33 ILM 1144 ; OMC, Organe d'appel, Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R, para 185-186 [Rapport de l'Organe d'appel].
12. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 1er janvier 1994, RT Can 1994 no 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994). Le Canada, les États-Unis et le Mexique s'entendent pour promouvoir le développement durable.
13. OMC, *Décision ministérielle sur le commerce et l'environnement*, 15 avril 1994.
14. Sands, « Principles of International Environmental Law », *supra* note 10, p. 253. Philippe Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development » (1994) 65 *Brit. Y.B. Int. L.*, Oxford University press, p. 338 [Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development »].

nombreuses conventions internationales. Ainsi, le principe de participation du public est au cœur de la *Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*[15] ; le principe de précaution se voit codifié dans le Protocole de 1996 relatif à la *Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*[16] ; alors que le principe de prévention fonde la *Convention des Nations Unies sur le droit d'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation*[17], ainsi que le recours à l'étude d'impact préalable de la *Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière*[18].

Des institutions internationales se sont prononcées sur ces principes directeurs. En 1995, la Commission du développement durable des Nations Unies a réuni un groupe d'experts ayant le mandat d'identifier les principes du droit international applicables au développement durable et de favoriser leur traduction dans les systèmes juridiques nationaux[19]. De son côté, l'Association de droit international adoptait, en 2002, la *Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable* énonçant sept principes important pour atteindre l'objectif du développement durable[20].

La Cour internationale de justice (CIJ) s'est penchée elle aussi sur les changements introduits avec le développement durable et ses principes, en 1997, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*[21] opposant la Tchécoslovaquie et la Hongrie dans un litige relatif à l'exécution d'un traité de mise en valeur du Danube par la réalisation conjointe d'un projet de production hydro-électrique. Examinant la question des impacts environnementaux, la CIJ souligne que « dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages[22] ». Pour la Cour, le développement durable

15. Convention d'Aarhus, 25 juin 1998, 38 ILM 51 (entrée en vigueur : 30 octobre 2001).
16. 17 novembre 1996, RT Can 2006 n° 5 (entrée en vigueur : 24 mars 2006). Voir aussi *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, 29 janvier 2000, 39 ILM 1027 (entrée en vigueur 11 septembre 2003).
17. Rés AG 229, Doc off AG NU, 51e sess, sup n° 1, Doc NU A/51/229 (1997). Voir aussi *Convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, 17 mars 1992, 31 ILM 1312.
18. 25 février 1991, 1989 RTNU 309.
19. Nations Unies, *Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development*, 18 avril–3 mai 1996.
20. International Law Association, *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, ILA Res 2/2002, 2-6 avril 2002, New Delhi [New Delhi Declaration].
21. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie* c *Slovaquie)*, [1997] CIJ rec 7.
22. *Ibid.*, par 140.

commande que de nouvelles normes soient prises en considération lorsque les États poursuivent ou s'engagent dans de nouvelles activités :

> Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement[23].

Dans une opinion individuelle, le juge Weeramantry fait part de ses observations sur la signification du développement durable. Il le qualifie de principe du droit international, au motif qu'il fait « partie du droit international moderne d'abord en vertu de sa nécessité logique inéluctable, mais aussi à cause de son acceptation générale par la communauté mondiale [24] ». La question de savoir si le développement durable est un concept ou un principe juridique n'est pas tranchée pour autant et elle continue de faire l'objet de débats dans la doctrine[25].

La Cour suprême du Canada est sensible elle aussi au développement durable. Dans ses arrêts, elle se tourne vers les sources du droit international de l'environnement pour y puiser des solutions adaptées aux problèmes communs ; elle cite le *Rapport Brundtland*, *Notre avenir à tous*, la *Déclaration de Rio*, le plan *Action 21*, la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable*, etc[26].

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET LE DROIT CANADIEN

Depuis le Sommet de Rio, le Canada a adhéré à de nombreuses déclarations et conventions internationales reconnaissant la nécessité d'assurer un

---

23. *Ibid.*
24. *Ibid.*, opinion individuelle de M. Weeramantry, vice-président, p. 95.
25. Sur le débat entourant le statut juridique du développement durable, voir Jaye Ellis, « Sustainable Development as a Legal Principle : A Rhetorical Analysis » dans Hélène Ruiz Fabri, Rudiger Wolfrum et Jana Gogolin, dir, *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 2, London, Hart, 2008, 641 ; Vaughan Lowe, « Sustainable Development and Unsustainable Arguments » dans Alan Boyle et David Freestone, dir, *International Law and Sustainable Development : Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 19 ; Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development », *supra* note 13, p. 305 ; Ulrich Beyerlin, « Different Types of Norms in International Environmental Law : Policies, Principles, and Rules » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 425 ; Arbour et al., *Droit international de l'environnement*, *supra* note 10, p. 109-110 ; Barral Virginie, *Le développement durable en droit international : Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2016, p. 23-24 et 233-236.
26. *R* c *Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, par 41[*Hydro-Québec*] ; *114957 Canada Ltée* (*Spraytech, Société d'arrosage*) c *Hudson* (*Ville*), [2001] 2 RCS 241, par 31[*Spraytech*] ; *Cie pétrolière Impériale ltée* c *Québec* (*Ministre de l'Environnement*), [2003] 2 RCS 624, par 24 [*Impériale*] ; *Ciment du Saint-Laurent inc.* c *Barrette*, [2008] 3 RCS 392, par 80.

développement durable. Aussi, le concept a rapidement essaimé dans la législation canadienne, tant fédérale que provinciale[27]. Dès 1995, le Parlement introduit dans la *Loi sur le vérificateur général* une définition du développement durable reprenant les principes de la *Déclaration de Rio* :

> 21.1 En plus de s'acquitter des fonctions prévues par le paragraphe 23(3), le commissaire a pour mission d'assurer le contrôle des progrès accomplis par les ministères de catégorie I dans la voie du développement durable, concept en évolution constante reposant sur l'intégration de questions d'ordre social, économique et environnemental, et tributaire, notamment, de la réalisation des objectifs suivants :
>
> a) l'intégration de l'environnement et de l'économie ;
>
> b) la protection de la santé des Canadiens ;
>
> c) la protection des écosystèmes ;
>
> d) le respect des obligations internationales du Canada ;
>
> e) la promotion de l'équité ;
>
> f) une approche intégrée pour la planification et la prise de décisions, grâce à l'évaluation des solutions économiques en fonction de leurs effets sur l'environnement et les ressources naturelles, et l'évaluation des solutions écologiques en fonction de leurs effets sur l'économie ;
>
> g) la prévention de la pollution ;
>
> h) le respect de la nature et des besoins des générations à venir[28].

Par la suite, les définitions législatives reprendront davantage le mot à mot du *Rapport Brundtland* et de la *Déclaration de Rio*. Par exemple, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[29] et la *Loi fédérale sur le développement durable* retiennent : « développement qui permet de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire les leurs[30] ».

---

27. Voir, par exemple, *Loi sur le ministère de l'environnement et de la faune et modifiant diverses dispositions législatives* (LQ 1994, c 17) ; *Loi modifiant la Loi sur les forêts et d'autre dispositions législatives*, (LQ 1996, c 14) ; *Loi modifiant la loi sur la protection du territoire agricole et d'autres dispositions législatives afin de favoriser la protection des activités agricoles* (LQ 1996, c 26) ; *Loi sur la régie de l'énergie* (LQ 1996, c 61) ; *Loi sur le développement durable* (LM 1997, c 61, CPLM c S270) [Manitoba, LDD] ; *Loi sur le développement durable* (LQ 2006, c 3), art 2 [Québec, LDD] ; *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* (LQ 2009, c 21), art 3 ; *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* (LQ 2010 c 3) ; *Loi modifiant la Loi sur les mines* (LQ 2013, c 32), préambule et art 17 ; Voir aussi Stepan Wood, Georgia Tanner et Benjamin J Richardson, « What Ever Happened to Canadian Environmental Law ? » (2010) 37 :4 *Ecology Law Quarterly*, 981, p. 1031.
28. *Loi sur le vérificateur général*, LRC 1985, c A-17, art 21.1.
29. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), LC 1999, c 33, art 3.
30. *Loi fédérale sur le développement durable*, LC 2008, c 33, art 2 [Canada, LDD].

Au-delà de sa définition législative, l'objectif du développement durable pose la question de sa mise en œuvre dans le système juridique canadien. C'est à travers des principes généraux exprimant sa finalité, ses conditions d'exercice et les moyens de sa mise en œuvre que se construit un réseau de normes et de régimes juridiques nécessaires à sa réalisation. Le rôle des principes du développement durable est de guider les interventions de l'État, c'est-à-dire du législateur, qui est appelé à les traduire dans ses lois, de l'exécutif dans ses stratégies, ses plans et ses politiques et du judiciaire dans l'interprétation des règles de droit et la détermination des litiges.

Appelés à jouer un rôle déterminant, les principes du développement durable mobilisent l'attention des institutions nationales et internationales et de la doctrine autour d'importantes questions touchant à leur nature juridique, portée, organisation et hiérarchie, etc. Dans le but de faciliter leur présentation, nous distinguons les principes qui peuvent être qualifiés d'inhérents, d'essentiels ou de base au développement durable ; ils représentent sa finalité et ses conditions de réalisation[31]. Le second groupe de principes est composé des principes opérationnels[32] qui identifient les moyens de sa mise en œuvre, tels que la prévention, la précaution, le pollueur-payeur et la participation publique. Cette distinction a l'intérêt de mettre en évidence la cohérence des principes entre eux, notamment que l'interprétation des principes opérationnels doit être respectueuse des principes inhérents du développement durable que sont la santé et la qualité de vie l'équité et l'intégration de la durabilité.

LES PRINCIPES INHÉRENTS AU CONCEPT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Les principes inhérents du développement durable regroupent sa finalité et ses conditions essentielles d'exercice. Bien qu'ils ne puissent être compris et interprétés de manière isolée les uns des autres, nous les examinerons de manière distincte pour en faciliter la présentation.

---

31. Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development », *supra* note 14 ; Voir aussi Sands, « Principles of International Environmental Law », *supra* note 10, p. 253 ; Philippe Sands, « Environmental Protection in the Twenty-First Century : Sustainable Development and International Law » dans Richard L Revesz, Philippe Sands et Richard B Stewart, dir, *Environmental Law, The Economy and Sustainable Development : The United States, the European Union and the International Community*, New York, Cambridge University Press, 2000, 369 ; Birnie et al, « International Law and the Environment », *supra* note 10, p. 115.
32. Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development », *supra* note 14 ; Voir aussi, Philippe Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development : Emerging Legal Principles » dans Winfried Lang, dir, *Sustainable Development and International Law*, Boston, Graham Trotman, 1994, 53, p. 57 ; Rudiger Wolfrum, « International Environmental Law : Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance » dans Fred L Morrison et Rudiger Wolfrum, dir, *International, Regional and National Environmental Law*, Boston, Kluwer Law International, 2000, 3, p. 8.

La santé et la qualité de vie : la finalité

La *Déclaration de Rio* précise la finalité du développement durable : « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature[33] ». Elle évoque le droit des êtres humains de vivre dans un environnement sain reconnu, en 1972, par la communauté internationale dans la *Déclaration de Stockholm*[34]. Le lien fondamental entre les droits humains et le droit à l'environnement a été réitéré à plusieurs reprises sur la scène internationale[35]. Il repose sur les menaces que pose la dégradation du milieu naturel pour la vie et la santé de l'être humain[36].

De fait, de nombreux États ont consacré dans leur constitution des droits humains à l'environnement suivant des formulations variées tournant autour du droit de le conserver et de le protéger contre les altérations importantes[37]. La constitution canadienne ne reconnaît pas de droit à l'environnement. Par ailleurs, l'article 7 de *la Charte canadienne des droits et libertés*[38] pourrait servir de fondement à un recours contre l'État lorsque son intervention porte atteinte à l'environnement et a un impact sur la santé et la sécurité d'une personne[39]

---

33. *Supra* note 6, principe 1.
34. Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, *Déclaration de Stockholm*, 5-16 juin 1972, Principe 1 (« L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permet de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures »).
35. Voir la Charte mondiale de la nature, 1982, 48e séance plén, Doc NU A/37/7 (1982), Principe 6 ; OÉA, *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, A-52 (1988), art 11(1) ; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, art 24 ; Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et programme d'action de Vienne sur les droits de l'homme*, 25 juin 1993, Doc NU A/CONF 157/23, art 11.
36. Voir Commission des droits de l'homme, Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines dont la Sous-Commission s'est déjà occupée – Droits de l'homme et environnement – *Rapport final établi par Mme Fatma Zohra Ksentini*, Rapporteur spécial, Doc off CES NU, 1994, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1994/9, par 21 et suivants ; Dinah Shelton, « Human Rights and the Environment : What Specific Environmental Rights have been Recognized ? » (2006) 35 *Denv J Int'l L & Pol'y* 129 ; Klaus Bosselmann, « Human Rights and the Environment : Redefining Fundamental Principles ? » dans Brendan Gleeson et Nicholas Low, dir, *Governance for the Environment : Global Problems, Ethics and Democracy*, London, Palgrave, 2001, p. 118 à 134 ; David Hunter, James Salzman et Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, ST. Paul MN, Foundation Press, 5th Ed, 2015, p. 1323.
37. Voir David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution : A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2012 ; Marie-France Delhoste, « L'environnement dans les constitutions du monde » (2004) 120 *RDP* 441 ; Earth Justice, *Issue Paper, Human Rights and the Environment,* Materials for the 60th Session of the United Nations Commissions on Human Rights, Geneva, 15 March–23 April 2004.
38. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.
39. Sur le lien entre l'article 7 et le droit à l'environnement, voir Sophie Thériault et David Robitaille, « Les droits environnementaux dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec : Pistes de réflexion » (2011) 57 :2 *McGill LJ* 211, p. 240 et suivantes ; Andrew Gage, « Public Health Hazards and Section 7 of the Charter » (2003) 13 *J Envtl L & Prac* 1.

qui ne soit pas conjectural ou hypothétique[40]. Par analogie, soulignons que la Cour européenne des droits de l'homme a établi un lien entre le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*[41], et les atteintes graves à l'environnement[42].

Au Canada, le Parlement fédéral et les provinces ont introduit dans leur législation des droits à l'environnement accompagnés de droits procéduraux destinés à assurer sa réalisation[43]. Par exemple, au Yukon, la population « a droit à un environnement naturel sain » et chaque résident peut exercer une action judiciaire pour protéger l'environnement[44]. Au Québec, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* consacre le droit de toute personne de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité[45].

Dans cette perspective, soulignons que la Cour suprême a affirmé que « la protection de l'environnement est […] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne » et qu'« individuellement et collectivement, nous sommes responsables » de sa préservation[46]. En 2004, la Cour a reconnu le droit de l'État, en sa qualité de « *parens patriae* », de représenter la population et de faire respecter « le droit du public à un environnement intact » et les « droits du public inaliénables en ce qui a trait à l'environnement et à certaines ressources communes » en entreprenant en son nom des recours en injonction et en indemnisation du préjudice écologique[47].

Le droit à l'environnement se réalise à travers le principe de participation du public qui se décline en trois droits procéduraux que sont l'accès à

---

40. *Opération Dismantle Inc* c *R*, [1985] 1 RCS 441.
41. Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, STCE n° 005, art 8.
42. *López Ostra* c *Espagne* (1994), 303C Cour Eur DH (Sér A) 51, para 59-60. Voir également *Moreno Gómez* c *Espagne*, n° 4143/02, [2004] CEDH 1 ; *Deés* c *Hongrie*, n° 2345/06, [2010] CEDH 1.
43. Voir au Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2, art 19.1, 19.2, 118.4 à 118.5.3 [Québec, LQE] ; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 46.1 [Québec, CDLP] ; aux Territoires du Nord-Ouest, *Loi sur les droits en matière d'environnement*, LRTN-O 1988, c 83 (supp), art 4, 5, 6 ; au Yukon, *Loi sur l'environnement*, LRY 2002, c 76, art 6, 8, 14, 19, 21 [Yukon, LE] ; en Ontario, *Environmental Bill of Rights*, SO 1993, c 28, art 3 et suivants [Ontario, EBR] ; Fédéral, *supra* note 27, art 11 et suivants.
44. *Ibid.*, Yukon, LE, art 6 et 8.
45. *Ibid.*, Québec, CDLP, art 46.1 ; Voir David Robitaille et Sophie Thériault, « Le droit à un environnement sain : normativité et limites d'un principe phare de la charte québécoise des droits », dans *Droits fondamentaux et environnement*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 203-229.
46. *Friends of the Oldman River Society* c *Canada (ministère des Transport)*, [1992] 1 RCS 3, par 16-17 [*Friends of the Oldman River Society*] ; *Hydro-Québec*, *supra* note 26, par 55 ; *Spraytech*, *supra* note 26, par 1 ; *Impériale*, *supra* note 26, par 19 ; *Ontario* c *Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 RCS 1031, par 55.
47. *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*, [2004] 2 RCS 75, par 64 et 76 (La majorité a rejeté la réclamation présentée tardivement et fondée sur une méthode de calcul « trop arbitraire et simpliste »).

l'information, la participation aux processus décisionnels et l'accès à la justice[48]. Les deux premiers volets sont présents dans les procédures d'adoption des lois et des règlements ainsi que dans les procédures d'évaluation des impacts environnementaux des grands projets de développement[49]. On retrouve dans la législation environnementale une variété de dispositions accordant des droits au public d'accéder aux informations environnementales, de participer aux processus décisionnels et d'entreprendre des recours en justice[50]. Le Québec a renforcé le droit du public de participer en adoptant une loi « anti-SLAPP » afin de sanctionner les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique, communément appelées, poursuite-bâillon[51].

Le principe d'équité : une condition essentielle

Le droit international et canadien reconnaît l'obligation morale et légale de conserver l'environnement afin de préserver le droit au développement des générations présentes et futures[52]. Elle repose sur la prise de conscience des menaces que font peser l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement, des écosystèmes et du climat sur les générations futures[53]. À ce sujet, la Cour suprême reconnaît qu'« [a]ujourd'hui, nous sommes plus

---

48. *Convention d'Aarhus*, *supra* note 15, art 1.
49. Voir, par exemple, Québec, LQE, *supra* note 43, art 31.3.1 à 31.3.7 ; Ontario, EBR, *supra* note 42 à la Partie II ; *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, LC 2012, c 19, art 52 aux art. 4 (1) e), 24 et s. [Canada, LCEE] ; *Environmental Management and Protection Act*, SS 2010, c E-10.22, art 98(4). À ce sujet, voir Jamie Benidickson, *Environmental Law*, 3e éd, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 132 et suivantes.
50. Voir, les lois citées, *supra* note 43. Voir aussi Benjamin J Richardson et Jona Razzaque, « Public Participation in Environmental Decision-making » dans Benjamin J Richardson et Stepan Wood, dir, *Environmental Law for Sustainability: A Reader*, Oxford, Hart Publishing, 2006 p. 165 ; Jonas Ebbesson, « Public Participation » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, London, Oxford University Press, 2007, p. 686 et suivantes.
51. *Protection of Public Participation Act* (SBC 2001, c 19) [abrogé par *Miscellaneous Statutes Amendment Act*, 2001, SBC2001, c.32, s. 28] ; *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens au débat public*, LQ 2009, c 12 (*Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01) ; *Protection of Public Participation Act*, S.O. 2015, c. 23 – Bill 52. Au niveau jurisprudentiel, voir *Daishowa Inc* c *Friends of the Lubicon*, [1998] OJ 1429 (Ont SCJ) ; *Fraser* c *Saanich (District)*, [1999] BCJ 3100, (BCCS) (LN/QL) et *Ugo Lapointe* c *Pétrolia*, 2011 QCCS 4014.
52. Voir, *International Convention for the Regulation of Whaling*, 2 décembre 1946, 161 UNTS 72, 10 UST 952, préambule ; *Convention for the Protection of World Cultural and Natural Heritage*, 16 novembre 1972, 1037 UNTS 151, (entrée en vigueur 17 décembre 1975) art 4 ; *Changements climatiques*, *supra* note 9, préambule ; *Diversité biologique*, *supra* note 9, préambule.
53. Edith Brown Weiss, *Justice pour les générations futures : Droit international, Patrimoine commun & Equité intergénérations*, Paris, UNU Press, 1993, p. 35 ; Daniel Barstow Magraw et Lisa D Hawke, « Sustainable Development » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnées et Ellen Hey, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, London, Oxford University Press, 2007, p. 630 ; Virginie Barral, « Sustainable Development in International Law : Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm » (2012), 23 :2 European Journal of International Law, p. 380-381.

sensibles au genre d'environnement dans lequel nous désirons vivre et à la qualité de vie que nous voulons procurer à nos enfants » et cette sensibilité « 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[54] ».

Suivant la *Déclaration de Stockholm*, le principe d'équité s'applique à la préservation des « ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, [qui] doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin[55] ». Le principe d'équité, qui transcende la mise en œuvre du développement durable, est peu aisé à appliquer. La protection des droits des générations futures figure au premier rang des difficultés[56]. Qui peut agir ? En 1994, la Cour suprême des Philippines a examiné la question de l'intérêt pour agir pour les générations futures et a reconnu à de jeunes enfants, représentant la prochaine génération, le doit d'agir en justice pour contester des permis d'exploitation forestière « for themselves, for others of their generation and the succeeding generations » :

> « Needless to say, every generation has a responsibility to the next to preserve that rhythm and harmony for the full enjoyment of a balanced and healthful ecology. Put a little differently, the minors' assertion of their right to a sound environment constitutes, at the same time, the performance of their obligation to ensure the protection of that right for the generations to come[57] ».

Cette décision met en évidence les liens unissant le droit à l'environnement et l'équité intra et intergénérationnelle, à savoir le droit naturel d'assurer sa survie et de se perpétuer : « concerns nothing less than self-preservation and self-perpetuation […] the advancement of which may even be said to predate all governments and constitutions. As a matter of fact, these basic rights need not even be written in the Constitution for they are assumed to exist from the inception of humankind[58] ».

---

54. *Spraytech*, *supra* note 26, par 1 ; *Impériale*, *supra* note 26, par 19.
55. *Supra* note 34, principe 2.
56. Sumudu A Atapattu, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006, p. 116. Au Canada, voir Jerry V DeMarco, « Law for Future Generations : The Theory of Intergenerational Equity in Canadian Environmental Law » (2005) 15 *J Envtl L & Prac* 1, p. 28 et suivantes ; Malgosia Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing Limited, 2009, p. 110-169 ; Henderson, Gail E., « Rawls and Sustainable Development », (2011), 7 :1 *RDPDD* 1-31.
57. *Decision in Minors Oposa* c *Sec of DENR*, 30 juillet 1993, 33 ILM 173, 185 (1994) (Cour suprême des Philippines).
58. *Ibid.*, p. 187.

La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a, quant à elle, souligné le lien existant entre la procédure d'évaluation des impacts environnementaux et les droits des générations futures :

> « If the rights of future generations to the protection of the present integrity of the natural world are to be taken seriously, and not to be regarded as mere empty rhetoric, care must be taken in the interpretation and application of the legislation [environmental assessment]. Environmental laws must be construed against their commitment to future generations and against a recognition that, in addressing environmental issues, we often have imperfect knowledge as to the potential impact of activities on the environment[59]. »

Le principe d'intégration : une autre condition essentielle

Pour parvenir à un développement durable, la *Déclaration de Rio* retient que « la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément[60] ». Le principe d'intégration reflète l'interdépendance des enjeux sociaux, économiques et environnementaux de la société[61]. Dans le *Rapport Brundtland*, ce principe évoque « l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale imposent sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir[62] ».

Le principe d'intégration fait l'objet de plusieurs représentations et demeure équivoque. Il est souvent représenté par un triangle itératif ou un diagramme de Venn mettant en relation les trois dimensions ou piliers du développement durable. La question déterminante est de préciser l'équilibre qui doit être recherché entre les trois dimensions, car le principe ne l'énonce pas clairement : faut-il concilier des intérêts divergents, ou plutôt mesurer la « durabilité » du développement, ou encore assurer le support mutuel des dimensions entre elles ? En l'absence de balises claires, il est à craindre que l'exercice d'intégration ouvre un espace de négociation entre des acteurs aux intérêts divers, sans égard au caractère durable du développement.

Dès le début des années 1990, des études ont mis en évidence la distinction entre les conceptions du développement durable soutenant une durabilité « faible » et une durabilité « forte[63] ». Cette dichotomie repose essentiellement

---

59. *Labrador Inuit Association* c *Newfoundland (Minister of Environment and Labour)*, 1997 CanLII 14612 (NL CA), par 11 et 12.
60. *Supra* note 6, principes 12, 13 et 14.
61. *Déclaration de New Delhi*, *supra* note 20, principe 7.
62. *Supra* note 5, p. 51.
63. David Pearce, Kirk Hamilton et Giles Atkinson, « Measuring sustainable development : Progress on indicators » (1996) 1 *Environment & Development Economics* 85 ; Andrew Dobson, « Environment sustainabilities : An analysis and a typology » (1996) 5 :3 *Environmental Politics* 401, p. 409-412.

sur la valeur économique que l'on accorde au capital naturel et à la protection de l'environnement. Pour les juristes, c'est l'opposition entre la conception anthropocentrique et éco-centrique qui alimente le débat sur la signification du développement durable[64]. L'équilibre recherché entre les dimensions du développement influe directement sur les décisions prises au nom du développement durable et l'interprétation des règles de droit.

La durabilité dite « faible » tend à favoriser le développement économique en permettant de substituer le capital naturel par les biens et les richesses générés par les activités humaines, au motif que cette richesse pourra ensuite être investie dans la protection environnementale. Suivant cette conception, la préservation de l'environnement n'est pas une condition du développement durable[65] ; elle ne représente qu'un pilier du développement durable au même titre que les piliers social et économique[66]. Cette substitution entre les capitaux malmène le principe d'équité intergénérationnel et l'atteinte de l'objectif du développement durable.

L'évaluation de la durabilité du développement renvoie à un cadre conceptuel basé sur le calcul du capital naturel, économique et social[67]. Si le total de la somme des capitaux décline, le développement n'est pas durable et le bien-être des générations futures sera moins élevé que celui des générations présentes, ce qui contrevient au principe d'équité[68]. Il est encore peu aisé d'évaluer la valeur monétaire du capital naturel, d'établir un prix à l'air, à la couche d'ozone ou à un milieu humide[69].

---

64. Bosselmann, « Principle of Sustainability », *supra* note 3, p. 34 (« Clearly, the preservation of the natural stock determines the ability to meet the needs of present and future generations. »). Voir aussi, Montini, « Ecological Sustainability », *supra* note 3, p. 278-280.
65. Andrea Ross, « Modern Interpretations of Sustainable Development » (2009) 36 *JL & Soc'y* 32, p. 35.
66. *Ibid.* Voir aussi Arbour et al., *Droit international de l'environnement*, *supra* note 10, p. 111.
67. Statistique Canada, *A Proposed approach to sustainable development indicators based on capital*, Paper submitted to joint ECE/EuroStat Work Session on Methodological Issues of Environment Statistics, 2001, [en ligne] : Statistique Canada <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/2001/10/envwp.9.e.pdf>. Voir aussi Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, *Les indicateurs d'environnement et de développement durable pour le Canada*, Ottawa, bibliothèque nationale du Canada, 2003.
68. OCDE, *Measuring Sustainable Development : Integrated Economic, Environmental and Social frameworks*, Paris, OCDE, p. 54.
69. Sur le concept des services écosystémiques, voir *Millennium Ecosystem Assessment – MEA*, 2005, *Ecosystems and human well-being : A synthesis*, Washington, DC, Island Press, 137 p, [en ligne] <http://www.millenniumassessment.org/documents/document.356.aspx.pdf> ; United Nations Environment Programme, (TEEB), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity : Ecological and Economics Foundations*, Edited by Pushpam Kumar, London and Washington DC, Earthscan, 2010. Sur les paiements pour services écologiques et les débats qui les entourent, voir : Méral, Philippe et Denis Pesche, dir, *Les services écosystémiques : repenser les relations nature et société*, Versailles, Éditions Quae, 2016 p. 184-200 ; Jérôme Dupras, Jean-Pierre Revéret, dir, *Nature et économie : un regard sur les écosystèmes du Québec*, Québec (Québec), Presse de l'Université du Québec, 2015. Pour des exemples, voir Québec, Ministère des Forêts, de la Faune et des Parcs, *Estimer la compensation financière lors d'une perte d'habitat faunique – Résumé de l'outil de calcul du ministère des Forêts, de la Faune et des Parcs*, Direction générale de la

Dans une perspective de durabilité « forte », le capital naturel n'est pas substitué par un bien produit par l'homme[70]. Selon cette conception, le capital naturel doit demeurer intact ou ne pas diminuer à un niveau qui l'empêcherait de se renouveler. Le capital naturel se voit accorder une valeur intrinsèque, indépendante des besoins humains ; il est la condition de son développement[71]. La durabilité forte se présente comme étant la seule interprétation du développement durable en mesure de garantir l'équité entre les générations[72]. Dans cette perspective, l'État est invité à intervenir afin de limiter les impacts négatifs sur l'environnement et d'établir des indicateurs permettant de suivre l'évolution du capital naturel.

L'évaluation de la durabilité du développement amène les gouvernements à planifier leur action dans le cadre de stratégies et de plans d'actions et, suivant l'expérience de plusieurs États[73], la tendance est d'encadrer de manière législative la mise en œuvre du développement durable au sein de l'État[74]. Dans cette perspective, l'action du gouvernement n'est plus libre ni volontaire mais balisée par des échéances législatives, l'objectif du développement durable, des principes directeurs, des redditions de comptes périodiques et des évaluations de la conformité réalisés par un commissaire indépendant. Ces lois cadres

---

valorisation du patrimoine naturel, 2016, 10 p ; *Loi concernant la conservation des milieux humides et hydriques* (LQ 2017, c 14) ; Sophie Lavallée et Jérôme Dupras, « Regards sur les systèmes de paiements pour services écosystémiques en milieu agricole au Québec » (2016) 7 : 1 *Développement durable et territoires*, p. 1-18 ; Pêches et océans Canada, *Éviter, atténuer ou compenser les dommages causés au poisson et à son habitat, y compris aux espèces aquatiques en péril*, [en ligne] <http://www.dfo-mpo.gc.ca/pnw-ppe/measures-mesures/offset-harm-dommage-comp-fra.html> ; Government of Alberta, Alberta Environment and Parks, *Alberta Wetland Mitigation Directive,* Water Policy Branch, Edmonton, 2017, [en ligne] <http://aep.alberta.ca/water/programs-and-services/wetlands/documents/AlbertaWetland-MitigationDirective-Jun2017.pdf>.

70. *Supra* note 63, p. 37.

71. Klaus Bosselmann, « Rio+20 : Any Closer to Sustainable Development ? » (2002) 6 *NZ J Envtl L* 297, p. 301 et 302 (« [T]he natural sphere is paramount and cannot be compromised. The challenge of SD is, therefore, not to find the right "balance" or "compromise" between the natural sphere and the human sphere but to adjust the human sphere to the conditions set by the natural sphere »).

72. Herman E Daily, « Economics in a Full World » (2005) 293 : 3 *Scientific American* 1 ; Bosselmann, « Principle of sustainability », *supra* note 3, p. 55.

73. Voir notamment *Environment Act 1986* (N-Z), 1986/127, 36 RS 223 (Nouvelle-Zélande), (adoptée le 18 décembre 1986) ; *Loi relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable* (BE), SC 97/21155, F 97/1176 (Belgique), (adoptée le 5 mai 1997) ; *Commissioner for Environmental Sustainability Act 2003* (Vic) (État de Victoria en Australie), (adoptée le 13 mai 2003) ; *Loi du 25 juin 2004 relative à la coordination de la politique nationale de développement durable* (LU), 2 juillet 2004, JO A nº 102/1621 (Luxembourg).

74. Canada, LCEE, *supra* note 49 ; Canada, LDD *supra* note 30 ; Ontario, EBR, *supra* note 43 ; Manitoba, LDD, *supra* note 27, annexes A et B (directives et principes) ; Québec, LDD, *supra* note 27, art 6 (16 principes) ; Terre-Neuve, *An Act Respecting the Sustainable Development of Natural Resources in the Province*, SNL 2007, c S-34 ; Nouvelle-Écosse, *Environmental Goals and Sustainable Prosperity Act*, NSS 2007, c 7. Voir aussi Paule Halley et Denis Lemieux, « La mise en œuvre de la Loi québécoise sur le développement durable : un premier bilan », *Conférence des juristes de l'État, XVIIIe Conférence : Vert, le droit ?*, Québec, 2009.

n'échappent pas à la tendance d'assurer un virage vers une durabilité « forte », comme en témoigne la définition de « durabilité » de la *Loi fédérale sur le développement durable* : « capacité d'une chose, d'une action, d'une activité ou d'un processus à être maintenu indéfiniment[75] ».

En marge des principes inhérents au développement durable, les principes opérationnels représentent des moyens à mettre en œuvre pour atteindre cet objectif. Ils se rattachent à une ou plusieurs dimensions du développement durable, qu'ils traduisent de manière plus précise. Ainsi, l'intégrité environnementale s'exprime à travers les principes de prévention et de précaution ; l'efficacité économique à travers l'internalisation des coûts et le principe du pollueur-payeur ; et la dimension sociale avec le principe de participation du public. La transposition de ces principes en droit canadien se réalise à travers des régimes particuliers, tels que les procédures d'évaluation des impacts sur l'environnement qui se fondent sur le principe de prévention[76] et les obligations de décontamination des sols sur le principe du pollueur-payeur[77].

Nous avons présenté les principes généraux et les exigences du concept dynamique de développement durable. Bien que le concept soit largement reconnu, ses implications normatives apparaissent aujourd'hui plus complexes et radicales qu'on ne l'aurait cru à première vue. Le diable est dans les détails ! Heureusement, tous les jours les praticiens et les scientifiques de nombreuses disciplines transposent le développement durable dans la réalité[78].

---

75. Canada, LDD *supra* note 30, art 2.
76. *Friends of the Oldman River Society*, *supra* note 46, p. 71.
77. *Impériale*, *supra* note 26, par 24.
78. Jonathan M Harris, *Basic Principles of Sustainable Development*, Working Paper 00-04, Medford MA, Global Development and Environment Institute, Tufts University, June 2000.

Chapitre 2

Histoire de précaution : les tribulations du principe de précaution

Chris Tollefson[1]

La montée en puissance du principe de précaution, tant à titre de concept juridique qu'à titre de politique publique, est à la source d'une attention hors du commun et de nombreux débats. Considéré par beaucoup comme l'un des principes fondamentaux du droit moderne de l'environnement, il est de plus en plus intégré dans la législation fédérale et provinciale, et invoqué dans les litiges devant les cours et tribunaux nationaux. Le présent chapitre se penche sur les défis et les opportunités associés à la contestation du principe de précaution comme fondement permettant de demander un examen de l'action gouvernementale. Ce faisant, il s'appuie sur des thèmes et des questions abordés dans un document publié en 2007[2]. Depuis lors, une masse critique de jurisprudence nationale portant sur l'application et l'interprétation du principe continue d'émerger. À ce jour, dans une grande partie de cette jurisprudence, le principe continue d'être présenté comme une considération discrétionnaire ou comme un principe fondamental assujetti à l'interprétation en fonction de circonstances diverses. Toutefois, il existe une preuve de plus en plus importante selon laquelle, les tribunaux s'engagent vis-à-vis du principe de

1. L'auteur remercie Ethan Krindle (stagiaire en droit à l'ELC de l'Université de Victoria) pour ses travaux de recherche et de rédaction, ainsi que la Tula Foundation et l'Hakai Institute pour leur soutien constant.

2. C Tollefson et J Thornback, « Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts » (2008) 19 *JELP* 33.

manière plus systématique et doctrinale. Pour reprendre les paroles d'un éminent juriste, pour leur donner [TRADUCTION] « du travail spécifique à faire[3] ».

La question de savoir si et dans quelle mesure cette aspiration peut être réalisée dépend de la possibilité de rendre le principe de précaution suffisamment cohérent et prévisible pour servir de base à la prise de décision judiciaire. Dans la première section de ce chapitre, je propose des réflexions préliminaires sur le principe et les défis liés à son déploiement en tant qu'outil de nature judiciaire. La deuxième section passe en revue les différentes voies et théories juridiques par lesquelles les parties ont cherché à invoquer le principe dans des litiges nationaux. Ensuite, la troisième section examine la jurisprudence canadienne croissante qui est le résultat de ces efforts, et présente certains points de vue sur les tendances et les thèmes principaux. Enfin, dans la dernière section, je reviens sur la question de savoir comment et si le principe peut faire l'objet d'un travail spécifique en explorant une certaine jurisprudence australienne récente qui a directement relevé ce défi.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : UNE VUE D'ENSEMBLE

Les origines et les incidences du principe de précaution font l'objet de nombreuses publications savantes, dont le nombre est sans cesse croissant[4]. Étant dérivé de l'expression « mieux vaut prévenir que guérir », l'objectif même de ce principe consiste à officialiser la précaution en tant qu'obligation réglementaire vis-à-vis des menaces à l'environnement et de l'incertitude scientifique. Dans le domaine du droit international, le principe a commencé à faire surface au début des années 1980, plus précisément dans la *Charte mondiale de la nature* (1982). Dès lors, le principe de précaution a servi de caractéristique centrale à près d'une centaine d'accords internationaux, en plus d'être intégré à une panoplie de lois nationales sur l'environnement et la santé publique dans le monde entier.

Le principe de précaution adopte diverses formulations. La version qui est la plus souvent citée est celle du principe 15 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* (1992) :

---

3. Voir les réflexions extrajudiciaires du juge Stein de la NSW Court of Appeal dans « A Cautious Application of the Precautionary Principle » (2000) 2 *Environmental Law Review* 1 p. 2.
4. Voir David Freestone et Ellen Hey, éd., *The Precautionary Principle and International Law* (The Hague : Kluwer Law International, 1996) ; Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague : Kluwer Law International, 2002) ; Harold Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (London : Graham & Trotman, 1994) ; Ronnie Harding et Elizabeth Fisher, *Perspectives on the Precautionary Principle* (Sydney : Federation Press, 1999) ; Simon Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea* (The Hague : Kluwer Law, 2003) ; Joakim Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions* (Cambridge : Cambridge Univ Press, 2010).

> En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement[5].

Cette version relativement permissive ou « faible » du principe est souvent mise en contraste avec une version plus rigoureuse qui a été approuvée par des activistes écologiques et des universitaires lors de la conférence de Wingspread en 1998 :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une activité a pour effet de présenter des menaces sur l'environnement ou la santé humaine, des mesures de précaution doivent être prises, même si des relations de cause à effet ne peuvent être entièrement établies de manière scientifique[6].

Sa nature malléable a tendance à miner la réflexion et les débats relativement à sa signification et ses implications précises. Dans le but d'établir la taxinomie opérationnelle du principe, Per Sandin soutient que ses diverses formulations peuvent être analysées, de manière utile, selon quatre dimensions principales : la menace, l'incertitude, l'action et le commandement[7]. D'après la démarche préconisée par Per Sandin, la menace se rapporte à la nature des dommages imminents à [TRADUCTION] l'« état du monde » (particulièrement sa gravité et son (ir)réversibilité), tandis que l'incertitude fait allusion à « notre (manque de) connaissances à savoir si cette menace va se matérialiser et dans quelle mesure ». Conformément à la plupart des formulations du principe, lorsque la menace et l'incertitude atteignent des seuils prescrits, une obligation d'action est déclenchée (c'est-à-dire de considérer les « mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement », les « mesures de prévention » ou les « mesures réglementaires »). Et enfin, la dimension relative au commandement prescrit le statut juridique de l'action à prendre, qui peut être formulé en termes obligatoires ou permissifs « doit » ou « peut[8] ».

D'après Per Sandin, un défi majeur pour la mise en œuvre du principe de précaution réside dans l'imprécision avec laquelle les dimensions de « menace »,« incertitude », « action » et de « commandement » sont généralement formulées. Les travaux réalisés par Per Sandin en matière d'évaluation des risques comportent des parallèles avec ceux du professeur Applegate. Ce dernier soutient qu'une compréhension « apprivoisée » du principe de précaution

---

5. Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, principe 15.
6. Voir Per Sandin, « Dimensions of the Precautionary Principle » (1999) 5 *Human and Ecological Risk Assessment* 889, p. 891.
7. *Ibid.*, Sandin.
8. *Ibid.*, p. 891-895.

commence à émerger[9]. En particulier, il affirme que grâce à cet « apprivoisement », les éléments constitutifs du principe de précaution ont été modifiés au fil du temps pour être moins stricts ou pour réduire la portée du principe, Cette version émergente et apprivoisée du principe a le potentiel de fournir un véhicule procédural pour la prise de décision face à l'incertitude. De manière traditionnelle, lorsque le principe n'est pas considéré comme faisant partie d'un processus de prise de décisions, les organismes de réglementation ne tiennent compte d'un risque que lorsque celui-ci s'élève à un standard de certitude relativement élevé. En revanche, lorsque le principe fait partie de l'équation réglementaire, le décideur est habilité (et, dans certains cas, obligé) à en tenir compte. Cependant, sa réponse doit être proportionnelle au risque et doit être adaptée au fur et à mesure que l'on acquiert plus de certitude quant au risque.

Si nous présumons que le professeur Applegate et d'autres auteurs du monde juridique ont raison, en ce sens que la version « apprivoisée » du principe de précaution peut donner aux preneurs de décisions les moyens procéduraux nécessaires pour tenir compte du risque d'une manière qui va dans le même sens que les principes de droit administratif établis, toute une série de questions importantes surgissent alors en ce qui a trait au sens et aux implications du principe. Cela comprend ce qui suit :

- *Dans quelles circonstances le principe devrait-il s'appliquer ?* Autrement dit, devrait-il s'appliquer de manière générale ou seulement lorsque certains seuils sont atteints en matière de dommages environnementaux et d'incertitude scientifique ?
- *Comment devrait-il s'appliquer ?* À qui devrait incomber le fardeau de la preuve, est-ce que ce fardeau devrait être transféré à un moment donné, quelle sorte de preuve devrait être considérée et quelle(s) norme(s) de preuve devrai(en)t s'appliquer ?
- *Quel effet correctif devrait découler de son application ?* Dans quelle mesure et de quelle manière un organisme juridictionnel devrait-il prescrire les mesures nécessaires afin d'engendrer la conformité avec le principe ?

LA PRÉCAUTION : L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE DANS LE CAS DES LITIGES EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Le principe de précaution peut être invoqué devant les tribunaux canadiens par deux moyens distincts : au moyen de l'application du droit international ou encore, au moyen de son application en tant que principe de droit

9. John S Applegate, « The Taming of the Precautionary Principle » (2002-2003) 27 *Wm & Mary Envtl L & Pol'y Rev* 13. Dans une perspective semblable, voir Elizabeth Fisher, « Is the Precautionary Principle Justiciable ? » (2001) 13 *JELP* 315.

interne ou national[10]. Chacune de ces catégories peut faire l'objet de subdivisions. Ainsi, le droit international peut être appliqué directement comme étant contraignant en soi ; ou il peut être appliqué indirectement, en tant qu'élément qui favorise l'interprétation des litiges. Par ailleurs, les principes autonomes de droit interne peuvent être dérivés soit de la *common law*, soit de sources législatives.

Application du droit international

Jusqu'à maintenant, peu de tribunaux ont accepté le principe de précaution, en tant que règle du droit international, puisse être directement appliqué aux litiges nationaux. La Cour suprême de l'Inde a fait une exception notoire. Dans l'affaire *Vellore Citizens Welfare Forum* c *Union of India,* elle a estimé que le principe fait partie intégrante du droit international coutumier et que par conséquent, il avait force obligatoire en matière de droit national[11].

Une autre manière dont le droit international peut exercer une influence sur les litiges nationaux consiste à en faire l'application indirectement en tant qu'outil favorisant l'interprétation. De manière générale, les tribunaux hésitent à appliquer le principe de précaution de cette manière s'il ne cadre pas avec le droit interne ou national applicable. Toutefois, si le droit interne peut être interprété d'une manière qui cadre avec le principe, il peut alors jouer un rôle d'interprétation persuasif.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Spraytech*[12] est une illustration de l'application indirecte du droit international. Bien que le statut du principe en droit international n'ait pas été entièrement débattu devant la Cour, la majorité cite l'opinion des auteurs selon laquelle « un bon argument » pourrait être formulé en ce sens qu'il est devenu un « principe de droit international coutumier[13] ». La majorité a ensuite employé le principe en tant que considération pertinente pour confirmer la validité d'une interdiction municipale de l'utilisation de pesticides. Par conséquent, la décision explique clairement que les principes de droit international – même ceux qui n'ont pas force obligatoire au Canada – peuvent être pris en considération lorsqu'ils viennent interpréter le droit national.

---

10. Pour avoir accès à un examen comparatif de la jurisprudence relative au principe de précaution, voir B Preston, juge en chef, « The Role of the Judiciary in Promoting Sustainable Development : The Experience of Asia and the Pacific » (2005) 9 :2-3 *Asia Pac J Envtl L*.
11. *Vellore Citizens Welfare Forum* c *Union of India*, WP 914/1991 (28 août 1996), para 15. Plus tard, le jugement *Vellore* a été affirmé dans *MC Mehta* c *Kamal Nath* (1997), 1 CSC 388.
12. *114957 Canada Ltée (Spraytech) c Hudson (Ville)*, [2001] 2 RCS 241.
13. *Ibid.*, par 32.

La *common law*

Le principe de précaution peut également apparaître comme un principe de *droit commun* au sein d'un système juridique national. Ce processus peut se produire par l'application directe ou indirecte du droit international ou encore, indépendamment du droit international. La juridiction qui a été la plus réceptive à l'idée que le principe a atteint ou est destiné à atteindre bientôt le statut de *common law* est l'Australie, où certains universitaires soutiennent que cela s'est déjà produit[14].

L'une des plus anciennes décisions australiennes, et la plus souvent citée, qui a été rendue à l'appui de cette revendication est l'affaire *Leatch* c *National Parks and Wildlife Service*[15]. Cette affaire concernait l'examen d'un permis d'abattage de la faune menacée délivré à une administration locale dans le cadre d'un projet de construction de route. La législation pertinente n'exigeait pas l'application du principe de précaution ; en conséquence, les demandeurs ont fait valoir que le principe était contraignant en vertu du droit international. À ce sujet, le juge Stein de la Cour de l'environnement et du territoire de la Nouvelle-Galles du Sud, s'est indigné :

> It seems to me unnecessary to enter into this debate. In my opinion the precautionary principle is a statement of common sense and has already been applied by decision-makers in appropriate circumstances prior to the principle being spelt out. It is directed towards the prevention of serious or irreversible harm to the environment in situations of scientific uncertainty. Its premise is that where uncertainty or ignorance exists concerning the nature or scope of environmental harm (whether this follows from policies, decisions or activities), decision makers should be cautious[16].

En tant que principe de « bon sens », qui n'a pas été exclu par la législation pertinente, le juge Stein a estimé que le principe de précaution devrait être pris en compte pour décider si le permis de prendre ou de tuer les animaux devrait être délivré.

Introduction dans les lois

La manière la plus courante dont le principe est porté devant les cours et tribunaux nationaux est, de loin, son adoption implicite ou explicite dans les lois nationales. Un nombre croissant de juridictions ont adopté des lois qui intègrent, explicitement, le principe de précaution, soit comme critère

---

14. Charmian Barton, « The Status of the Precautionary Principle in Australia : Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine » (1998) 22 *Harv Envtl L Rev* 509, p. 535.
15. *Leatch* c *National Parks and Wildlife Service* (1993) 81 LGERA 270.
16. *Ibid.*

décisionnel de fond, soit dans le préambule. Au Canada, ce principe se retrouve maintenant, sous diverses formes, dans la plupart des lois fédérales, dont la *Loi sur les espèces en péril* (LEP), la *Loi sur les océans*, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (LCPE), la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (LCEE) et la *Loi sur les produits antiparasitaires* (LPA). Elle a également été incluse dans les modifications récemment proposées à la *Loi sur les pêches*.

En ce moment, le principe figure dans les préambules de la LCPE, de la LEP et de la *Loi sur les océans,* de même que dans la section des objectifs de la LCEE (art 4), et comme principe de gestion stratégique obligatoire en vertu de la *Loi sur les océans* (art 30). Le principe de précaution est également exprimé en tant que considération pertinente dans le cadre de l'exercice des tâches administratives dévolues au gouvernement du Canada et à ses agences en vertu de la LCPE et de la LCEE[17]. De plus, dans bien des cas, tel qu'indiqué ci-dessous, le principe sert de critère décisionnel de fond :

- dans le cadre de la réalisation de diverses évaluations relatives à des substances susceptibles d'être toxiques, les ministres fédéraux doivent « appliquer […] le principe de la prudence », article 76.1, *LCPE* ;
- dans le cadre de la préparation d'un programme de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent « tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficientes pour prévenir sa disparition ou sa décroissance », article 38, *LEP* ;
- dans le cadre de la réévaluation ou de l'examen spécial d'un produit antiparasitaire homologué, le ministre doit « prendre en compte » le principe de prudence lorsqu'il doit régler « une situation qui présente un danger pour la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement », paragraphes 20(1) et (2), *LPA*.

Elle se fraye également un chemin, un peu plus lentement, dans la législation provinciale. À cet égard, l'Ontario a ouvert la voie en générant une jurisprudence croissante dont il est question dans la section 3 ci-dessous. Dans cette province, le principe est intégré dans un grand nombre de Déclarations ministérielles sur les valeurs environnementales (DVE) que chaque ministère provincial est tenu d'élaborer et de mettre en œuvre. Par exemple, la Déclaration sur les valeurs environnementales du ministère de l'environnement de

17. Voir l'art 2, *LCPE* et l'art 4(2), *LCEE*.

l'Ontario l'engage à « faire preuve de prudence au moment de prendre des décisions[18] ». Lorsque la déclaration de valeurs environnementales d'un ministère contient une formulation à cet effet, les parties à un litige d'intérêt public ont fait valoir qu'un manquement ultérieur des fonctionnaires du ministère au respect du principe, dans la délivrance d'un permis ou l'exercice d'un pouvoir réglementaire, constitue une base pour demander l'autorisation de faire appel d'une action du ministère au titre de la *Charte des droits environnementaux*[19].

La *Loi sur les espèces en péril* de l'Ontario prévoit un moyen plus direct de poursuivre le contrôle juridictionnel en invoquant le principe. En vertu de la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition* (LEVD), le principe doit être pris en considération dans le cadre de l'élaboration du programme de rétablissement des espèces (art 11(3) LEVD). Cette disposition est analogue à l'exigence énoncée en vertu de l'article 38 de la LEP.

Le principe figure également dans les lois provinciales sur l'environnement d'autres juridictions. Cependant, jusqu'à maintenant, ces références sont relativement rares et se limitent généralement au préambule.

LES TRIBULATIONS : LA JURISPRUDENCE PORTANT SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION APRÈS L'AFFAIRE *SPRAYTECH*

Le principe de précaution doit trouver un écho et produire de réels avantages dans le contexte juridictionnel, les cours et tribunaux doivent trouver des moyens de s'y engager sur le plan du raisonnement juridique. Lorsque le principe est considéré comme un peu plus que du « bon sens », dans le meilleur des cas, il ne fournit que peu de conseils en matière de décision et au pire favorise l'incertitude et la subjectivité. Par ailleurs, le principe doit respecter le pouvoir discrétionnaire des décideurs élus qui doivent décider pour le bien-être du public. En laissant de côté les préoccupations relatives à l'incertitude interprétative, il est peu probable que les tribunaux adoptent un principe qui est perçu comme entravant le pouvoir discrétionnaire des juges d'équilibrer des intérêts concurrents[20]. Par conséquent, dans cette section, j'examine si la

18. D'autres ministères prennent des engagements plus équivoques. Par exemple, le ministère des ressources naturelles de l'Ontario n'emploie pas les termes « précaution » ou « prudence » dans ses DVE. Cela dit, il reconnaît la nécessité, pour les membres de son personnel de « faire preuve de prudence et d'une attention particulière pour nos valeurs naturelles en cas d'incertitude » relativement à « […] la façon dont fonctionne le monde naturel et dont nos actions ont une incidence sur celui-ci » : voir la discussion dans *Sierra Club du Canada* c *La Reine*, 2011 ONSC 4655 (Ont Sup Crt Gen Div), par 46.
19. Voir *Dawber* c *Ontario (Directeur, ministère de l'Environnement)* (2007) 28 CELR (3d) 281 (2008) 36 CELR (3d) 191 (Ont Sup Crt Gen Div).
20. Il y a lieu de considérer, dans cette veine, les paroles de la Cour européenne de justice : « […] le principe de précaution n'a d'avenir que pour autant que, loin d'ouvrir un espace béant à l'irrationnel, il s'affirme

jurisprudence canadienne émergente qui interpréte ce principe reflète ces diverses préoccupations connexes concernant l'incertitude, la subjectivité, la déférence et la compétence institutionnelle. Malgré l'opinion de la majorité dans l'affaire *Spraytech*, les cours et les tribunaux canadiens ne se sont pas précipités pour intégrer le principe, ni ne l'ont pas entièrement rejeté. Dans l'affaire *Spraytech*, la juge L'Heureux-Dubé s'est fondée sur ce principe qui était alors une norme émergente du droit international pour être en mesure d'interpréter la validité des règlements administratifs des collectivités locales. Pour ce faire, elle s'est également appuyée sur un concept connexe qui tient à cœur à de nombreux environnementalistes : le principe de subsidiarité[21]. Bien que l'affaire *Spraytech* ait un caractère largement historique, la décision n'a pas beaucoup changé, à mon avis, la façon dont les tribunaux ont interprété le principe dans le cadre d'affaires ultérieures.

D'une part…

Il existe très peu de cas, par exemple, où l'affaire *Spraytech* a été utilisée avec succès par les parties à un litige pour astreindre les décideurs à tenir compte du principe de précaution lorsque ce principe n'est pas expressément énoncé dans la législation habilitante pertinente. L'un des quelques cas où un argument a fini par l'emporter dans une telle situation se rapportait à un appel d'une décision de l'Environmental Appeal Board (EAB) de la Colombie-Britannique concernant l'utilisation d'un pesticide. L'enjeu consistait à déterminer si l'utilisation proposée du pesticide causerait un « effet nocif déraisonnable ». En tout premier lieu, l'EAB a rejeté l'argument selon lequel son enquête par rapport à l'enjeu devrait être poussée plus loin au point de prendre en considération le principe de précaution, tel qu'énoncé dans l'affaire *Spraytech*. Cependant, après examen judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est montrée en désaccord en affirmant que *Spraytech*, et le principe de précaution en particulier, nécessitaient une analyse plus large que celle réalisée par l'EAB[22].

Toutefois, malgré cette mise en garde, l'EAB est resté réticent à accepter les arguments selon lesquels le principe devrait être « interprété » ou même jugé pertinent pour l'examen au fond des décisions d'autorisation ou d'approbation

---

en tant qu'élément d'une gestion rationnelle des risques, visant non pas à parvenir au risque zéro, dont tout donne à penser qu'il n'existe pas, mais à limiter les risques auxquels sont exposés les citoyens au plus bas niveau raisonnablement envisageable » : dans *National Farmers' Union* c *Secrétariat général du gouvernement de France*, CJUE C-241/01 (2 juillet 2002) par 76.

21. La juge L'Heureux-Dubé observe que l'affaire « […] surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité », ce qu'elle décrit comme suit : « […] Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population ».

22. *Wier* c *BC (EAB),* [2003] BCJ No 2221, par 33-38.

lorsque la loi est muette sur d'autres points. Par exemple, dans *Burgoon* c *BC (Ministry of Environment)*, l'EAB a rejeté un argument selon lequel les décisions d'octroi de permis d'utilisation des eaux devraient être soumises à un examen détaillé en vertu du principe, en distinguant *Wier* sur la base du fait que les décisions en matière de permis d'utilisation des eaux, contrairement aux décisions d'utilisation des pesticides, n'impliquent pas de considérations de « caractère raisonnable[23] ». Une autre raison avancée dans l'affaire *Burgoon* expliquant le refus de l'invitation à appliquer le principe – selon l'EAB – c'est qu'il existe plusieurs versions différentes du principe et qu'il n'est pas clair « en l'absence de directives légales claires », laquelle doit être appliquée[24].

Certains tribunaux ailleurs au Canada ont également fait preuve, du moins par moments, d'une réticence à appliquer le principe ou, au contraire, d'une tendance à « minimiser » le principe de manière à limiter sa pertinence et son poids interprétatif. En Ontario, plusieurs de ces affaires sont liées à des formulations contenues dans des déclarations ministérielles de valeurs environnementales (DVE) qui invoquent le principe. Un résumé utile de la jurisprudence du tribunal sur le sujet est fourni dans l'affaire *Greenspace Alliance* c *Ontario (Ministry of Environment)*[25]. Dans cette affaire, les demandeurs ont soutenu que le principe exigeait que : [TRADUCTION] « […] en cas d'incertitude quelconque, le décideur doit alors présumer que l'activité sera aussi dangereuse qu'elle pourrait l'être[26] ». Le Tribunal de l'Environnement de l'Ontario a soutenu, par contre, qu' [TRADUCTION] « exiger une preuve absolue […] n'est pas une attente réaliste de la science ou du directeur[27] ». D'après le Tribunal, le principe devrait plutôt être interprété de sorte que les promoteurs soient obligés de fournir une preuve scientifique crédible à savoir si l'activité proposée provoquera des dommages à l'environnement et dans quelle mesure cela se produira. À ce propos, le Tribunal de l'environnement déclare :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il existe une preuve crédible selon laquelle il est invraisemblable que des dommages soient faits, le degré d'incertitude est considérablement réduit et il est alors en harmonie avec l'approche de précaution lorsque vient le temps pour le directeur d'approuver l'activité assortie de mesures visant à prévenir les dommages et à confirmer les prédictions. Par contre, lorsque le degré d'incertitude est grand […] le directeur doit présumer qu'il y aura des dommages. Dans

23. *Burgoon* c *British Columbia (Ministry of Environment)*, [2010] BCEA nº 5 ; 53 CELR (3D) 1, par 127 [*Burgoon*].
24. *Ibid.*, par 132. De manière semblable, voir *City of Cranbrook* c *British Columbia (Ministry of Environment)*, [2009] BCEA nº 2 ; 42 CELR (3d) 240, par 38.
25. *Greenspace Alliance of Canada's Capital* c *Ontario (Ministry of Environment)* (2009), CELR (3d) 216 [*Greenspace Alliance*].
26. *Ibid.*, par 135.
27. *Ibid.*, par 139.

un tel cas, toute personne raisonnable qui accorde de l'importance à l'approche de précaution refuserait le permis[28].

Il y a également eu des résistances aux tentatives d'invoquer le principe dans les récentes décisions de la Cour divisionnaire de l'Ontario. Ainsi, dans l'affaire *Sierra Club Canada* c *Ontario*, la partie requérante a contesté un permis délivré par le ministère des ressources naturelles en vertu de la *Loi sur les espèces en voie de disparition*, qui autorisait la perturbation de l'habitat des espèces en voie de disparition en raison d'un important projet visant la construction d'un pont[29]. La partie requérante soutenait que le ministère était obligé de se conformer au principe (en vertu de son inclusion dans le préambule de la loi et de la Déclaration sur les valeurs environnementales du ministère) et qu'en délivrant un permis, le ministère manquait à cette obligation. La Cour a alors rejeté les deux propositions. Elle a soutenu que le principe « ne constituait pas une exigence légale ou réglementaire » et qu'en tout état de cause, le ministère avait considéré et tenu compte du principe, dans la mesure où c'était exigé par la Déclaration sur les valeurs environnementales, lors des délibérations avant de délivrer le permis[30].

Les allégations selon lesquelles le ministère ne s'était pas conformé au principe ont également joué un rôle central dans un autre contrôle juridictionnel décidé par la Cour divisionnaire : *Hanna* c *Ontario (Attorney General)*[31]. Cette affaire visait l'annulation de règlements prescrivant les exigences en matière de retrait pour les projets d'énergie éolienne, exigences qui avaient été promulguées par le ministère de l'environnement. Cette demande affirmait que les exigences de retrait n'étaient pas adéquates et qu'elles n'étaient pas conformes au principe de précaution applicable en vertu de son inclusion dans la Déclaration sur les valeurs environnementales du ministère. La Cour divisionnaire a rejeté la demande sous prétexte que le principe de précaution n'était qu'un des dix principes énoncés dans la Déclaration, qu'il n'y avait pas de « preuve claire », que les exigences de retrait étaient inadéquates et que la partie requérante conservait la possibilité de contester les approbations de turbines éoliennes spécifiques en fonction de leurs mérites auprès du Tribunal de l'environnement[32].

Mais d'autre part …

En revanche, au Tribunal fédéral, le principe de précaution est très certainement mis en œuvre. Dans la jurisprudence datant de 2009, une perspective beaucoup plus optimiste sur le rôle et l'avenir du principe émerge. Trois de ses

28. *Ibid.*, par 138.
29. *Sierra Club Canada* c *Ontario (Natural Resources & Transportation)*, 2011 ONSC 4655 [*Sierra Club*].
30. *Ibid.*, par 53 et 60.
31. *Hanna* c *Ontario (Attorney General)*, 2011 ONSC 609 [*Hanna*].
32. *Ibid.*, par 28-31.

décisions sont liées à l'interprétation de dispositions législatives qui imposent spécifiquement de considérer le principe comme un critère décisionnel.

Deux de ses décisions ont été rendues en 2009 dans le cadre de litiges visant à contraindre le gouvernement fédéral à désigner un habitat critique relativement aux programmes de restauration visés par le paragraphe 41(1) de la *Loi sur les espèces en péril*. Selon la disposition en question, la désignation d'un tel habitat est obligatoire « dans la mesure du possible » en fonction des meilleurs renseignements connus[33]. Les espèces en jeu étaient le tétras des armoises et le naseux de Nooksack. Dans les deux cas, l'argument soutenait que le gouvernement fédéral avait agi de manière illégale en omettant de désigner un habitat critique même si les faits laissaient entendre qu'il était possible de le faire.

Tel que mentionné plus tôt, la *Loi sur les espèces en péril* fait mention du principe de précaution non seulement dans son préambule mais également à titre de considération décisionnelle obligatoire en vue de la préparation d'un programme de restauration, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion (art 38 LEP). Dans les deux décisions, la Cour fédérale a interprété l'obligation en matière de désignation d'habitat en vertu de l'article 41 de la loi comme si cet article reflétait et incorporait le principe. Elle a par ailleurs conclu que l'omission, par le gouvernement, de désigner un habitat allait non seulement à l'encontre du principe mais était également illégale. De plus, la décision rendue dans le cadre de l'affaire du naseux de Nooksack va encore plus loin. La décision a souligné que le principe de précaution est une « caractéristique importante de la *Convention sur la diversité biologique* ratifiée par le Canada », et que la *Loi sur les espèces en péril* doit être interprétée « de manière à se conformer aux valeurs et aux principes de la Convention, mais la Cour doit aussi éviter toute interprétation qui pourrait faire en sorte que le Canada manque à ses obligations aux termes de la Convention[34] ».

La troisième décision a été rendue vers la fin de 2011 : *Wier* c *Canada (Santé)*. La partie requérante de cette affaire avait demandé au ministre fédéral de la santé d'entreprendre l'« examen spécial » (art 17(1) LPA) d'un pesticide enregistré, soit une variété de produit à base de glyphosate épandu régulièrement dans le but de maîtriser les sous-bois[35]. La demande a été rejetée par le ministre.

---

33. *Alberta Wilderness Assn* c *Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2009 CF 882 [*l'affaire du tétras des armoises*] et *Environmental Defence Canada* c *Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 [*l'affaire du naseux de Nooksack*].
34. *Environmental Defence*, *ibid*, par 34 et 38.
35. Voir *Wier* c *Canada (Santé)*, 2011 FC 1322. La partie requérante de cette affaire était la redoutable Josette Wier, médecin francophone ne pratiquant pas la médecine et habitant à Smithers, en Colombie-Britannique. Madame Wier, qui se qualifie de « chercheure environnementale », a également réussi à plaider une autre affaire ayant trait au principe de précaution auprès du BC Environmental Appeal Board en 2003, dont mention est faite à la note 21 du présent chapitre.

Après l'examen judiciaire, la partie requérante a soutenu que les scientifiques étaient incertains des effets de ce pesticide sur les amphibiens des zones humides. Vu cette incertitude, elle a maintenu que le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (dont il est question ci-dessus) obligeait le ministre à « tenir compte » du principe lorsqu'il décidait si un examen spécial était justifié.

La décision du juge Kelen donne de nombreux détails sur l'évaluation scientifique entreprise par l'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire (ARLA) au nom du ministre. Cette évaluation interne a permis de révéler des points de vue divergents à l'égard de la toxicité du pesticide visé. Par conséquent, le juge Kelen a conclu qu'il s'agissait là d'une situation pour laquelle l'application du principe l'obligeait à rendre son jugement en faveur de la partie requérante :

Comme les opinions au sein de l'ARLA sont partagées quant à savoir si le pesticide présente un risque environnemental inacceptable pour les amphibiens dans les terres humides éphémères, le principe de précaution devrait obliger le ministre à procéder à un examen spécial sur la question[36].

Dans l'esprit des juges

Certains thèmes commencent à émerger de ces affaires. Entre autres, peu de patience est manifestée à l'égard des revendications selon lesquelles le principe de précaution est un atout et que lorsque celui-ci est invoqué, il fait pencher la balance d'un côté particulier[37]. Dans la même veine, les tribunaux n'ont pas été favorables aux revendications selon lesquelles la conformité au principe oblige les décideurs à reporter l'approbation d'activités susceptibles d'être nuisibles en cas d'incertitude scientifique au sujet de la nature ou de l'étendue des dommages[38]. Par ailleurs, le degré d'incertitude scientifique requis ou les preuves scientifiques qu'il faut présenter pour bénéficier du principe n'est pas clair. Cela dit, lorsque les opinions divergent au sein même des organismes de réglementation et surtout au sein des conseillers scientifiques des gouvernements à l'égard de la nature ou de l'étendue des dommages, il semblerait que le test soit respecté[39]. Dans la même optique, il semble également clair que les juges désirent obtenir une preuve convaincante qu'une mesure proposée ou qu'une norme pose un risque grave à la santé de l'être humain ou de

36. *Ibid.*, par 101.
37. Voir *Hanna*, *supra* note 31, par 30 et *Sierra Club*, *supra* note 29, par 49.
38. Voir *Greenspace Alliance*, *supra* note 25, par 135-138.
39. Voir *Wier* c *Canada (Santé)*, *supra* note 35, par 101.

l'environnement avant de conclure que le principe s'applique[40]. Cela dit, l'ampleur du risque admissible n'est pas clairement définie.

Ces affaires semblent aussi laisser entendre qu'il est important de savoir comment le principe est présenté dans le cadre du litige. À part l'affaire *Spraytech*, le principe n'a été que rarement invoqué lorsqu'il n'y a pas de mention expresse ou de référence dans les lois concernées au sujet du principe. L'une de ces rares exceptions est l'affaire *Wier* c *BC (EAB)*, dont la décision n'a pas été remarquée, jusqu'à maintenant, par le monde judiciaire au-delà de la Colombie-Britannique[41]. De plus, lorsque le principe devrait être utilisé pour aider à interpréter (dans une situation où la loi ne contient aucune mention), il n'est pas entièrement clair quelle version du principe devrait s'appliquer, et il s'agit là d'une incertitude considérable du point de vue judiciaire[42].

Même lorsque le principe est explicitement mentionné dans le préambule ou dans les objectifs de la loi, les juges peuvent être sceptiques car ils ne savent pas si le principe a une force exécutoire ou un statut juridique. Dans l'affaire *Sierra Club,* la Cour divisionnaire a rejeté l'idée selon laquelle toute mention se rapportant au principe dans le préambule peut faire plus qu'introduire les idées et les préoccupations qui guident la compréhension d'un texte de loi[43]. Quasi invariablement, les affaires pour lesquelles des références au principe dans le préambule ou dans les objectifs de la loi ont été interprétées de manière plus significative ont tendance à être des affaires où le principe fait également partie d'un critère décisionnel de fond au sein du même régime statutaire[44].

EST-CE QUE LE PRINCIPE PEUT AVOIR UN OBJECTIF PRÉCIS ?

> [TRADUCTION] Bien que l'approche de précaution ou « principe de précaution » ait été très peu prise en considération par les tribunaux… le fil conducteur qui ressort clairement de l'examen de cette approche est qu'elle dicte la prudence, mais pas l'inaction, et qu'elle ne dictera généralement pas une ligne de conduite spécifique à l'exclusion des autres.
>
> ~Madame la juge Christine Wheeler, Court of Appeal of West Australia[45]

---

40. Voir, par exemple, *Hanna*, *supra* note 31, par 34 où la Cour divisionnaire fait allusion à une preuve claire.
41. *Wier* c *BC (EAB)*, *supra* note 22.
42. Voir *Burgoon*, *supra* note 23, par 130-132. La version *Bergen* du principe dont il est question dans *Spraytech*, par exemple, ne comprend pas de référence aux mesures effectives, une mesure qui est plus souvent citée dans la version de la *Déclaration de Rio* (principe 15).
43. Voir *Sierra Club*, *supra* note 29, par 54.
44. Voir, par exemple, les références préambulaires de la *Loi sur les espèces en péril* (*l'affaire du tétras des armoises* et *l'affaire du naseux de Nooksack*) ainsi qu'aux références préambulaires de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (dans *Wier* c *Canada*).
45. *Bridgetown/Greenbushes Friends of the Forest Inc* c *Executive Director of Conservation and Land Management* (1997), 18 WAR 102 par la juge Wheeler (décision prise avant qu'elle ne soit élevée à la Cour d'appel).

Maintenant, je propose de revenir à une question qui a été posée au début de ce chapitre : si l'on présume que les tribunaux sont enclins à mettre en application le principe ou soient obligés de le faire, dans quelle mesure peut-il avoir un objectif précis ? Comme je l'ai déjà mentionné, divers juristes ont plaidé en faveur de « l'apprivoisement » du principe, lui permettant de fournir des orientations utiles aux décideurs, plutôt que de leur dicter leur conduite[46]. La question de savoir si cela peut se produire – en fait, si le principe peut être rendu justiciable – dépend fortement de la créativité et de l'initiative des avocats et des tribunaux. Il y a quelques années, j'ai présenté et critiqué une nouvelle décision de Land and Environment Court de la Nouvelle-Galles du Sud qui, à mon avis, représentait un pas important dans cette direction : *Telstra Corporation Ltd.* c *Hornsby Shire Council*. Dans la suite de cette section, je vais parler de l'affaire *Telstra* et considérer si elle a eu pour effet de donner un objectif précis au principe.

L'affaire *Telstra* et ses implications

L'affaire *Telstra* avait trait à une proposition de construction d'une station de téléphone cellulaire en banlieue de Sydney, en Australie[47]. En raison des craintes de la communauté concernant les effets sur la santé de l'énergie électromagnétique de radiofréquence, le Conseil de Comté a refusé la demande d'installation de la station bien que l'installation soit conforme à une norme de sécurité nationale applicable, examinée par des pairs. La décision du Conseil a fait l'objet d'un appel auprès de la Land and Environment Court de la Nouvelle-Galles du Sud, conformément à l'*Environmental Planning and Assessment Act*, 1979 (EPA)[48]. Selon cette loi, les principes du développement durable, y compris le principe de précaution, doivent être pris en considération dans le cadre des demandes d'installation[49].

Dans le cadre de l'affaire *Telstra*, il fallait déterminer si et comment appliquer le principe de précaution en respectant trois étapes distinctes : 1) décider si le principe s'appliquait ou non ; 2) dans l'affirmative, il fallait faire retomber le fardeau de la preuve sur la partie adverse et 3) déterminer la réponse ou réaction appropriée de la part du gouvernement.

Une caractéristique importante de l'affaire *Telstra*, c'est la reconnaissance de l'importance de limiter l'application du principe aux situations où il peut

---

46. Voir Applegate, *supra* note 9.
47. *Telstra Corporation Ltd* c *Hornsby Shire Council*, [2006] NSWLEC 133 [*Telstra*].
48. *Environmental Planning and Assessment Act,* 1979 (NSW). La Land and Environment Court of New South Wales est une cour d'archives supérieure spécialisée. Elle s'occupe de faire des examens du bien-fondé des demandes, des examens judiciaires, de la mise en force civile, des poursuites au criminel, des appels en matière criminelle ainsi que des poursuites civiles en matière de planification, d'environnement, de terres et d'exploitation minière. Cette cour a été créée en 1979 en vertu d'une loi.
49. *Telstra*, *supra* note 47, par 121-26.

apporter une valeur ajoutée analytique. Ainsi, elle considère qu'avant que le principe puisse être appliqué, le demandeur doit établir deux conditions préalables : (1) l'existence d'une menace de dommage environnemental grave ou irréversible ; et (2) l'existence d'une incertitude scientifique quant au dommage environnemental[50]. L'existence de ces conditions préalables est une question de fait.

La première condition préalable exige que les dommages environnementaux imminents soient *graves ou irréversibles*. Selon l'affaire *Telstra*, cela peut être mesuré à l'aide de divers facteurs, notamment :

> [TRADUCTION] a) l'échelle spatiale de la menace (soit locale, régionale, à la grandeur de l'État, nationale ou internationale) ;
>
> b) l'ampleur des impacts éventuels, tant sur les systèmes naturels qu'humains ;
>
> c) la valeur perçue de l'environnement faisant l'objet de la menace ;
>
> d) l'échelle temporelle des impacts éventuels, tant en ce qui a trait au moment qu'à la durée (ou la persistance) des impacts ;
>
> e) la complexité et la connectivité des impacts éventuels ;
>
> f) la gérabilité des impacts éventuels, plus précisément compte tenu de la disponibilité et l'acceptabilité des moyens ;
>
> g) le degré d'inquiétude manifesté par le grand public, la rationalité et l'intérêt scientifique ou de toute autre preuve à la base des inquiétudes du public ; et
>
> h) la réversibilité des impacts éventuels et, s'ils sont réversibles, le délai dans lequel les impacts peuvent être inversés ainsi que la difficulté et le coût d'inverser les impacts[51].

En vertu de cette approche, la gravité de la menace est principalement une question de « valeur » par opposition à une question de « science qui doit être jugée par des consultations avec un large éventail d'experts, de parties prenantes et de détenteurs de droits. Cependant, cela ne signifie pas que la science n'est pas pertinente à ce stade-ci de l'enquête : en effet, le juge en chef Preston fait précisément remarquer que la « menace des dommages environnementaux doit être suffisamment étayée par des preuves scientifiques[52] ».

La deuxième condition préalable est *l'absence de certitude scientifique absolue*. En évaluant cette question de fait, l'affaire *Telstra* propose un autre menu de facteurs, y compris notamment :

50. *Ibid.*, par 128.
51. *Ibid.*, par 131.
52. *Ibid.*, par 134.

> [TRADUCTION] a) la suffisance de la preuve selon laquelle il pourrait y avoir des dommages graves ou irréversibles à l'environnement causés par le plan de développement, d'un programme ou d'un projet d'installation ;
>
> b) le niveau d'incertitude, y compris le type d'incertitude (comme l'incertitude technique, méthodologique ou épistémologique) ; et
>
> c) la possibilité de réduire l'incertitude en tenant compte de ce qui est possible en principe, sur le plan financier et dans un délai raisonnable[53].

L'affaire *Telstra* laisse ouverte la question de savoir ce qui constitue un niveau requis d'incertitude scientifique suffisant pour déclencher l'application du principe ; à son avis, cette norme peut différer selon la nature du dommage environnemental imminent. Une décision-clé, ayant appliqué l'affaire *Telstra*, a adopté une norme d'« incertitude substantielle[54] ».

Lorsque les conditions préalables sont présentes, le principe de précaution est alors déclenché. Cela signifie que le fardeau de la preuve incombe au promoteur et que celui-ci doit démontrer qu'il n'existe pas de menace de dommages environnementaux graves ou irréversibles ou que cette menace est négligeable. Si le promoteur est dans l'impossibilité d'établir la preuve, le décideur du gouvernement doit alors présumer que les dommages seront graves ou irréversibles.

Dans une telle situation, l'administration doit agir de manière conforme au principe. La réaction qu'implique le principe de précaution dépend du résultat de l'évaluation des risques. L'objectif primordiale de la réponse est la proportionnalité. Plus la menace est importante et plausible, plus le degré de précaution requis est élevé. En cas d'incertitude, une marge d'erreur doit être laissée afin que des dommages graves ou irréversibles soient moins susceptibles de se produire. Cette marge d'erreur peut être maintenue au moyen de plans de gestion par étape ou de plans de gestion adaptative. Il devrait y avoir une marge d'erreur afin que des dommages graves ou irréversibles soient moins susceptibles de se produire. La marge d'erreur peut alors être gérée au moyen de plans de gestion adaptables ou de plans de gestion étape par étape.

En fin de compte, l'approche soigneusement élaborée dans le cadre de l'affaire *Telstra* n'a pas été mise à l'épreuve des faits de l'affaire. En effet, le juge en chef Preston a décidé que la partie cherchant à se prévaloir du principe (en l'occurrence, le Conseil du Comté) n'avait pas réussi à produire des preuves susceptibles d'étayer la conclusion selon laquelle la tour de téléphonie mobile proposée présentait une menace de préjudice grave ou irréversible. Par

53. *Ibid.*, par 141.
54. *Environment East Gippsland Inc* c *VicForests*, [2010] VSC 335, par 197 [*EEG Inc*].

conséquent, le principe de précaution ne s'appliquait pas et il n'était pas nécessaire de poursuivre l'analyse.

Toutefois, la démarche préconisée dans l'affaire *Telstra* a été appliquée de manière plus complète dans plusieurs affaires ultérieures[55]. À ce sujet, notons que l'affaire pour laquelle la démarche a été utilisée le plus fidèlement fait appel à un scénario bien connu, surtout pour ceux d'entre nous qui sommes sur la côte Ouest. Dans l'affaire *Environment East Gippsland Inc* c *VicForests*[56], le conflit, qui a fait surface dans une région éloignée du Sud de l'Australie, a été déclenché par des plans d'exploitation forestière dans une vieille forêt appartenant à la Couronne, plans qui étaient susceptibles de menacer plusieurs espèces en voie de disparition. Il est intéressant de constater comment le juge Osborn de la Cour suprême de Victoria analyse ce conflit complexe en s'appuyant sur l'affaire *Telstra*.

Dans cette affaire, le groupe environnemental demandeur a entamé une action en justice pour obtenir une injonction contre l'exploitation forestière proposée par le défendeur, une société forestière appartenant à l'État. Le défendeur avait obtenu des autorisations visant la récolte de bois d'œuvre dans une zone connue sous le nom de Brown Mountain, relevant de la région East Gippsland de l'État de Victoria, dans le Sud-Est de Melbourne. Brown Mountain est entourée de réserves de conservation et renferme une vieille forêt comprenant du bois d'œuvre revêtant une grande valeur et une grande importance écologique. La région faisant l'objet du litige abritait des dizaines d'espèces menacées ou en voie de disparition, dont le kangourou-rat à longues pattes, la ninoxe puissante et la grenouille fouisseuse géante[57]. En vertu d'un code de pratique ayant force obligatoire, le défendeur était obligé de planifier et d'entreprendre l'exploitation en respectant le principe de précaution.

Cette affaire revêt un intérêt particulier pour les juristes canadiens plus habitués à la manière très contraignante dont le contrôle judiciaire des décisions relatives aux ressources naturelles se fait au Canada. À mon avis, les motifs minutieux du juge Osborn aident à dissiper l'idée que le principe peut au mieux jouer un rôle d'arrière-plan ou auxiliaire dans les décisions nationales.

Cette affaire survient dans le contexte de ce que le juge Osborn caractérise comme des lois et règlements « labyrinthiques ». Une des grandes questions qu'il fallait trancher consistait à déterminer si et dans quelle mesure le principe de

---

55. En voici certains exemples : *Environment East Gippsland Inc* c *VicForests*, [2010] VSC 335 ; *Rosen & Anor* c *Macedon Ranges Shire Council*, [2010] VSC 583 ; *Newcastle & Hunter Valley Speleological Society Inc* c *Upper Hunter Shire Council and Stoneco Pty Ltd*, [2010] NSWLEC 48 ; *GHD Pty Ltd* c *Palerang Council*, [2009] NSWLEC 1342 ; et *Royal Motor Yacht Club*, [2008] NSWLEC 1126.
56. *Environment East Gippsland Inc* c *VicForests*, *ibid*.
57. *Ibid.*, par 316.

précaution s'appliquait aux plans d'exploitation forestière du défendeur et quelles en seraient les incidences (en termes de mesures injonctives). Pendant seize jours, la Cour a entendu les preuves. Au bout du compte, dans le cas de cinq espèces – la ninoxe puissante et la chouette tachetée, le chat marsupial à queue tachetée, la grenouille fouisseuse géante et la rainette brune – le principe a joué un rôle décisif lorsque la Cour a conclu que l'exploitation forestière devrait être interdite en attendant que d'autres études soient effectuées, visant à déterminer quelles mesures s'avéraient nécessaires pour assurer la survie des espèces.

Afin de comprendre comment le juge Osborn a évalué les preuves dans le cadre de l'affaire *Telstra*, il est bon de reprendre son analyse relativement à deux des espèces en jeu, soit la grenouille fouisseuse géante et la rainette brune. Il a conclu ce qui suit dans le cas de ces espèces :

> [TRADUCTION] a) l'exploitation forestière proposée présente une *menace réelle assortie de dommages graves ou irréversibles* à l'environnement (visant ces deux espèces) pour diverses raisons, notamment leur statut d'espèces menacées et les preuves pertinentes présentées par des experts ;
>
> b) ces dommages sont assortis d'un *manque de certitude scientifique* totale y compris les preuves au sujet des incertitudes très importantes relatives à leur distribution, leur biologie et leur conservation respectives ;
>
> c) le défendeur n'a pas démontré que la menace est *négligeable* dans la mesure où elle ne conduit à aucune preuve d'un expert avec les qualifications relatives à la biologie et à la conservation des grenouilles ;
>
> d) la menace peut être traitée grâce à la *gestion adaptative*, y compris des mesures de gestion qui permettraient d'améliorer considérablement l'appréciation des valeurs de conservation pertinentes de la grenouille brune Montagne [réduire] l'incertitude avec un coût limité et dans un délai raisonnable" ;
>
> e) les mesures proposées sont *proportionnelles* à la menace en jeu. L'exploitation est limitée. De plus, elle peut être définie […] et sa supervision peut être contrôlée […] Par ailleurs, il existe une preuve satisfaisante selon laquelle le fait de remettre l'exploitation forestière à plus tard, en attendant que des études plus poussées soient terminées, causerait des dommages économiques importants à VicForests. [nos italiques[58]]

Bien que ces extraits ne soient peut-être pas suffisants, je dirais que cet arrêt s'attaque de manière impressionnante à un litige qui est extraordinairement complexe, tant du point de vue juridique que scientifique. Et, à mon avis, loin d'être un projet de "mise en œuvre" du principe de précaution, l'arrêt montre de manière convaincante que le principe – convenablement

58. *Ibid.*, par 506.

"apprivoisé" – peut en effet être un outil puissant pour analyser et résoudre des différends de ce type. Entre autres raisons, je pense que cela est dû au soin avec lequel le juge Osborn l'applique à l'affaire *Telstra*, plus particulièrement en ce qui concerne les conditions préalables au principe et à la nécessité de calibrer une réponse judiciaire qui est proportionnelle au risque.

CONCLUSION

Il y a plus d'une décennie, la conclusion de mon premier article à ce sujet mettait l'accent sur les premiers balbutiements du principe devant les instance judiciaires et j'exprimais l'espoir que les avocats se feraient les défenseurs d'une approche nuancée en matière de mise en œuvre du principe qui serait capable de persuader les tribunaux que cette approche a pour effet d'ajouter de la valeur et qu'elle est compatible avec leur compétence et juridiction en matière de contrôle de l'action administrative[59]. Il s'agit encore d'un début. Toutefois, plus que jamais, les avocats disposent des outils et des précédents nécessaires pour persuader les tribunaux non seulement du bien-fondé du principe de précaution, mais également de sa viabilité.

59. Tollefson et Thornback, *supra* note 2, p. 58.

Chapitre 3

La gestion des écosystèmes : elle s'impose . . . peu importe ce qu'elle est

Michael M. Wenig[1]

La gestion des écosystèmes constitue un changement fondamental dans le domaine de la protection de l'environnement, qui est passé d'une orientation étroite axée sur des sources individuelles de dommages à une orientation plus holistique portant sur l'ensemble des écosystèmes, sur les multiples sources humaines de dommages au sein des écosystèmes ainsi que sur le contexte social complexe (ce qui comprend les frontières politiques et les institutions économiques) au sein duquel ces sources existent. L'auteur américain du monde juridique, Oliver Houck, a décrit la gestion des écosystèmes comme suit :

> [traduction] de toutes nouvelles espèces de pensée – moitié science et moitié religion – [qui] ont surgi en matière de recherche, d'articles, de livres, de plans de gestion et de litiges, un nouveau domaine de biologie de conservation [qui est en train de] changer le langage du jeu[2].

Lorsque le professeur Houck a écrit à ce sujet en 1998, il ne s'agissait pas d'un nouveau concept, car il s'agissait plutôt d'une notion qui avait acquis un degré d'acceptation sans précédent au cours des années ayant précédé son article. Selon un autre auteur américain, le concept de l'écosystème, allié au concept connexe du « développement durable », prenait énormément d'ampleur

1. Je tiens à remercier le professeur Michael S. Quinn de l'Université de Calgary pour ses recommandations à l'égard d'ajouts récents à la volumineuse documentation sur la gestion des écosystèmes ainsi que pour tous les conseils prodigués et l'information fournie en matière d'écosystèmes.
2. Oliver A Houck, « Are Humans Part of Ecosystems ? » (1998) 28 *Envtl L* 1, p. 2.

sur le plan des politiques internationales, nationales, locales et d'État et refaçonnait l'apparence du droit de l'environnement à tous les égards[3]. Et pour un autre auteur, il s'agit là d'un « vrai changement de paradigme[4] ».

Au Canada, bien que l'appel à la gestion des écosystèmes existe depuis au moins une quarantaine d'années, cet appel a pris une importance considérable ces dernières années[5]. La législation canadienne prend désormais la gestion des écosystèmes au sérieux. De manière fondamentale, plusieurs lois canadiennes définissent maintenant l'« environnement » en termes holistiques propres à l'écosystème[6]. D'autres relient les objectifs de la protection de l'« environnement » et de la protection de « l'écosystème[7] ». De nombreuses autres lois canadiennes visent généralement à protéger les « écosystèmes » au lieu de simplement protéger l'« environnement » ou l'ajoute à celui-ci[8]. Plusieurs lois

---

3. JB Ruhl, « An Environmental Rights Amendment : Good Message, Bad Idea » (1997) 11 *Nat Res & Envt* 46, p. 47.
4. Fred Van Dyke, *Conservation biology : foundations, concepts, applications*, 2e éd (Dordrecht : Springer, 2008), p. 351.
5. Michael M Wenig, *The Fisheries Act as a Legal Framework for Watershed Management* (mémoire de maîtrise, Université de Calgary, Faculté de droit, juin 1999), p. 4-5.
6. Par exemple, en Alberta, plusieurs lois donnent une définition large de l'« environnement » en tant que « composantes de la terre » qui comprennent, à leur tour, l'« l'air, la terre et l'eau », les « couches de l'atmosphère », la « matière organique, inorganique et les organismes vivants » et les « systèmes naturels en interaction qui comprennent » ces autres composantes. *Alberta Land Stewardship Act*, SA 2009, c A-26.8, s 29(1)(j) ; *Environmental Protection and Enhancement Act* (*EPEA*), RSA 2000, c E-12, art 1(t). La *Loi sur l'environnement* du Yukon définit l'« environnement » en termes larges et similaires, mais y ajoute, plus précisément, dans sa liste de composantes de l'« environnement » « l'écosystème et les relations écologiques ». LRY 2002, c 76, art 2(c).
7. Par exemple, les objets de l'*Environment Act* de la Nouvelle-Écosse et de l'*Environmental Protection and Enhancement Act* de l'Alberta comprennent une reconnaissance à l'égard du fait que le maintien de la protection de l'environnement est essentiel à l'intégrité des écosystèmes. SNS 1994-95, c 1, art 2 ; *EPEA*, art 2.
8. Par exemple, à l'échelon fédéral, la *Loi sur le vérificateur général* prévoit que les rôles du commissaire du développement durable comprennent la surveillance des progrès des ministères fédéraux en matière d'atteinte de « développement durable » et la production de rapports à ce sujet, et que le concept du développement durable comprend la « protection des écosystèmes ». LRC 1985, c A-17, art 21.1(c). De même, la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* énonce que les « aires marines de conservation » devraient être « gérées et utilisées de manière à répondre, de façon durable, aux besoins des générations présentes et futures sans compromettre les éléments et fonctions des écosystèmes des terres immergées qui en font partie et des eaux qui les recouvrent ». LC 2002, c 18, art 4(3). Voir également à la *Loi sur les espèces en péril* (LEP), LC 2002, c 29 (préambule « reconnaissant » que les « écosystèmes » canadiens font « partie du patrimoine mondial »), et la *Loi sur le parc marin du Saguenay-Saint-Laurent*, LC 1997, c 37, art 4 (l'objet de la loi étant notamment d'inclure le fait de « rehausser […] le niveau de protection des écosystèmes d'une partie représentative du fjord du Saguenay et de l'estuaire du Saint-Laurent aux fins de conservation »).

   Parmi les exemples à l'échelon provincial et territorial, notons la *Loi sur les parcs provinciaux* du Manitoba dont l'objet consiste à « conserver les écosystèmes […] » CCSM c P20, art 5. La *Loi sur la protection des eaux* de la province énonce qu'elle « a pour objet de prévoir la gérance et la protection des ressources hydriques et des écosystèmes aquatiques du Manitoba ». CCSM c W65, art 2. De la même manière, le préambule de la loi *Muskwa-Kechika Management Area Act* de la Colombie-Britannique déclare que l'objet de la région de gestion Muskwa-Kechika créée par la loi consiste à maintenir la

prévoient la protection de l'écosystème en tant que cible ou fondement pour le recours à des outils de réglementation spécifiques[9] de la part des gouvernements ainsi que pour l'élaboration de vastes « stratégies[10] ». De plus, deux lois fédérales prévoient un soutien général à l'égard de l'« approche basée sur les écosystèmes » dans le but d'atteindre les objectifs desdites lois[11].

Les gestionnaires canadiens de l'environnement partagent également cet enthousiasme en matière de gestion des écosystèmes. Ainsi, Environnement Canada participe actuellement à huit initiatives se rapportant à l'écosystème, dont cinq se rapportent à cinq grands écosystèmes : la côte de l'Atlantique, le fleuve Saint-Laurent, les Grands Lacs, les « bassins des rivières du Nord », le fleuve Fraser, le bassin de Géorgie et la forêt boréale de l'Ouest[12]. De même, le ministère fédéral des Pêches et des Océans a adopté l'approche écosystémique

---

perpétuité de la qualité de l'état sauvage de même que la diversité et l'abondance de la faune et des écosystèmes dont elle dépend. SBC 1998, c 38. Dans les Territoires du Nord-Ouest, la *Loi sur les droits en matière d'environnement* dispose que les gens des Territoires du Nord-Ouest ont le « droit » de « protéger l'intégrité, la diversité biologique et la productivité des écosystèmes dans les Territoires du Nord-Ouest ». LRTNO, 2019, c 19, Préambule.

9. Par exemple, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (*LCPE*) autorise le cabinet fédéral à adopter des règlements permettant « d'empêcher ou de réduire la croissance de végétation aquatique due au rejet de substances nutritives dans l'eau qui peuvent perturber le fonctionnement d'un écosystème ou dégrader ou altérer, ou contribuer à dégrader ou à altérer un écosystème au détriment de l'utilisation de celui-ci par les humains, les animaux ou les plantes », SC 1999, c 33, art 118(1). De même, la *Loi sur les droits d'utilisation de l'eau* du Manitoba dispose que lorsque le ministre pertinent examine les demandes de permis en vertu de la loi, il doit prendre en compte « les renseignements, notamment scientifiques, portant sur le niveau des eaux souterraines et des plans d'eau ainsi que sur le débit des cours d'eau qui sont nécessaires pour garantir la survie et la protection des écosystèmes aquatiques […] » Ensuite la loi permet au ministre de refuser une demande de permis si l'activité proposée a des incidences négatives sur l'écosystème aquatique. CCSM c W80, art 9.1(1) et (2). Et la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Local Government Act* dispose qu'un plan communautaire peut comprendre la préservation, la protection, la restauration et le rehaussement de l'environnement naturel et de ses écosystèmes : RSBC 1996, c 323, art 878(1).

10. Par exemple, la *Loi sur les océans* du gouvernement fédéral encourage l'« élaboration et la mise en œuvre d'une stratégie nationale de gestion des écosystèmes estuariens, côtiers et marins ». LC 1996, c 31, art 29. De même, la *Water Act* de l'Alberta exige du ministre de l'environnement et de l'eau qu'il adopte une politique de protection du milieu aquatique qui peut comprendre les questions se rapportant à la protection de la diversité biologique. La loi définit la diversité biologique comme la variabilité entre les organismes vivants et les complexes biologiques dont ils font partie, ce qui inclut également la diversité au sein des espèces et des écosystèmes ainsi que la diversité entre celles-ci et ceux-ci : RSA 2000, c W-3, art 8(1), (2) et (3)(c).

11. Voir la *Loi sur les océans*, *ibid* (préambule faisant ressortir l'« importance fondamentale » de la « conservation, selon la méthode des écosystèmes » du milieu marin) ; et *LCPE*, *supra* note 9 (préambule reconnaissant l'« importance d'adopter une approche basée sur les écosystèmes » et disposant que le gouvernement du Canada « continue à jouer un rôle moteur au plan national dans l'établissement … d'objectifs relatifs aux écosystèmes ») et art 2(1)(c) (déclarant que les « devoirs » comprennent le fait d'« adopter une approche qui respecte les caractéristiques uniques et fondamentales des écosystèmes »).

12. Environnement Canada, *Initiatives écosystémiques*, [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/ nature/default.asp?lang=Fr&n=2C63408C-1>.

comme fondement menant à la gestion des pêches[13]. Les provinces et les territoires canadiens ont également pris de nombreuses mesures leur permettant d'adopter cette approche écosystémique[14].

Même si la gestion des écosystèmes reçoit un appui important, la notion même de ce qu'est la gestion de l'environnement reste floue, tout comme son objet. Pour reprendre les propos d'un auteur : [TRADUCTION] « Si les gens conviennent d'une chose au sujet de la gestion de l'environnement, c'est que le terme prend une signification différente d'une personne à l'autre[15] ». Cette ambiguïté se traduit même par un manque de consensus à savoir si l'expression « gestion des écosystèmes » est adéquate. Bien que de nombreuses personnes fassent référence à la « gestion » des écosystèmes, ce terme fait souvent l'objet de critiques car il tient compte d'un point de vue trop techno ou homocentrique de l'environnement, point de vue qui est assujetti à la manipulation par l'être humain. D'autres personnes encore font référence à une « approche » des écosystèmes ou à la « protection » des écosystèmes, deux expressions qui semblent, à tout le moins, tenir compte d'un point de vue plus révérenciel ou respectueux de la relation des humains avec l'environnement. Une autre variante du terme prend la forme de « basé sur l'écosystème » en référence soit à la « gestion » ou à l'« approche » (ou à un autre descripteur)[16]. Cela dit, aux yeux de certains commentateurs, le débat entourant la terminologie est éclipsé par un consensus sur les principes généraux ou les éléments constitutifs du concept de l'écosystème[17]. Le présent chapitre traite de la « gestion des écosystèmes » mais seulement pour des raisons pratiques. Il ne prend nullement position à l'égard du débat dont il a été question précédemment.

L'objectif de ce chapitre consiste à présenter les grandes lignes de la gestion des écosystèmes. Tout d'abord, il fait ressortir la nécessité de cette approche et ensuite, il aborde plusieurs des principes ou des composantes de cette approche, en prenant soin de faire ressortir les incertitudes et les défis.

---

13. MPO, *Les principes d'une gestion écosystémique des pêches*, [en ligne] <http://www.dfo-mpo.gc.ca/fm-gp/peches-fisheries/fish-ren-peche/sff-cpd/ecosys-back-fiche-fra.htm>.
14. Par exemple, la *Water for Life Strategy* mise en œuvre en Alberta en 2003 déclare que son orientation consiste à adopter une approche de bassin hydrologique en matière de gestion. Par conséquent, cette importante stratégie fait appel à l'élaboration de plans hydrologiques en vue d'établir des objectifs et des priorités donnant lieu à la gestion de l'eau. Cette stratégie prévoit également l'établissement de mesures de soutien pour la planification des bassins hydrographiques et de conseils consultatifs. Gouvernement de l'Alberta, *Water for Life – Alberta's Strategy for Sustainability* (novembre 2003), p. 7-8 et 15.
15. Steven L Yaffee, « Three Faces of Ecosystem Management » (1999) 13 *Conservation Biology* 713. Voir aussi, par exemple, Van Dyke, *supra* note 4 (déclarant que de tous les efforts modernes en conservation, aucun ne s'est avéré plus insaisissable que celui de la définition de la gestion des écosystèmes).
16. Voir Wenig, *supra* note 5, p. 3.
17. Voir par exemple, à Yaffe, *supra* note 15, p. 723 (faisant remarquer que l'expression « gestion des écosystèmes n'est pas sacrosainte en soi, mais que l'orientation qu'elle prend l'est »).

LA GESTION DES ÉCOSYSTÈMES S'IMPOSE

D'une manière générale, les défenseurs de la gestion des écosystèmes s'entendent pour dire que celle-ci s'avère nécessaire car souvent, les problèmes d'ordre environnemental impliquent la présence de liens entre les composantes physiques, biologiques et sociales relevant des écosystèmes, directement ou indirectement[18]. Par exemple, l'écosystème d'un bassin hydrologique comprend quatre jeux de liens physiques complexes, soit des liens verticaux (de la surface à l'eau souterraine), des liens horizontaux (en amont et en aval), des liens latéraux (des lits de rivière à la zone riveraine et aux plaines inondables) et des liens temporaux (des changements à chacun des liens ci-dessus au fil du temps). Ces composantes typiques faisant partie du bassin hydrologique sont, à leur tour, liées aux communautés biologiques et – dans la plupart des cas – aux communautés humaines faisant partie du bassin hydrologique. Et pour compliquer les choses davantage, il y a des liens physiques, biologiques et sociaux qui existent entre les divers bassins hydrologiques ainsi qu'entre les bassins hydrologiques et d'autres écosystèmes[19].

Ces liens illustrent le fait que les problèmes d'ordre environnemental au sein d'un bassin hydrologique donné ne peuvent pas être réglés en se concentrant sur une seule composante d'un bassin hydrologique sans tenir compte de la manière dont cette composante est liée aux autres[20]. Par exemple, les efforts réglementaires visant à protéger les poissons au sein d'un bassin hydrologique doivent non seulement se concentrer sur les dommages causés aux poissons par la pollution émanant d'une usine de traitement des eaux usées d'origine domestique, mais également sur les menaces aux poissons provenant de toutes les autres sources de pollution de l'eau, ainsi que sur les sources de dommages à la végétation riveraine et les diminutions en matière de débit d'eau. Par ailleurs, cette panoplie de menaces doit être évaluée non seulement dans le contexte de la gamme de lois souvent disparates qui permettent de les atténuer mais aussi dans le contexte des lois et d'autres facteurs sociaux qui sont susceptibles de les encourager. La gestion des écosystèmes fournit un cadre analytique exhaustif en vue de l'évaluation et du traitement de cette panoplie de facteurs physiques et sociaux interreliés.

En règle générale, les défenseurs de la gestion des écosystèmes s'entendent également pour dire qu'elle peut promouvoir les valeurs sociales de l'équité et de l'efficacité, en plus de la protection de l'environnement tout en se penchant

---

18. Pour une bonne discussion sur l'« impératif biologique » de la gestion des écosystèmes, voir Robert W Adler, « Addressing Barriers to Watershed Protection » (1995) 25 *Envtl L* 973, p. 981-991.
19. *Ibid.*, p. 981-86.
20. *Ibid.*, p. 982-83.

simultanément sur toutes les causes physiques, biologiques et sociales des problèmes environnementaux. La gestion des écosystèmes fournit un cadre de référence souple pour répartir, de manière juste et efficace, les coûts sociaux de la protection de l'environnement entre tous les intérêts publics et privés[21].

De manière générale, les défenseurs sont non seulement d'accord avec les impératifs de la gestion des écosystèmes, mais ils s'entendent également pour dire que l'approche holistique est difficile à définir et à mettre en œuvre en raison de ces mêmes liens physiques, biologiques et sociaux qui sont à la base même de l'existence de l'approche[22]. Le professeur Adler fait remarquer que les avantages et les inconvénients inhérents à l'approche de l'écosystème présentent un paradoxe : plus l'écosystème est grand et plus les dommages et les causes sociales sont exhaustives, plus l'approche doit être holistique. Pourtant, plus l'étendue et la portée de l'approche de l'écosystème sont grands, plus il sera difficile à la mettre en œuvre en termes de modélisation scientifique des liens physiques et biologiques complexes et de coordination entre les bureaucrates, les politiciens, les citoyens et les commerces intéressés[23].

LE TYPE D'ÉCOSYSTÈME ET SON ÉCHELLE

Un écosystème, c'est un assemblage d'espèces et des processus physiques et biologiques en interaction dont dépendent les espèces[24]. Bien que ce concept de l'écosystème ait du sens du point de vue intuitif et scientifique, ce concept est problématique en ce sens qu'il n'y a pas d'unités d'écosystèmes inhérents ou objectifs. Autrement dit, les écosystèmes peuvent généralement être décrits ou identifiés à de nombreuses échelles. Bien qu'il soit utile de définir les échelles ou les frontières des écosystèmes à des fins de gestion, les lignes ainsi tracées sont essentiellement des exercices arbitraires (c'est-à-dire non naturels)[25]. Ils sont également problématiques en ce sens qu'en définissant un type ou une portée d'« assemblages », on se trouve à masquer un autre ou d'autres « assemblages » se rapportant aux mêmes composantes biophysiques.

Par exemple, un « bassin hydrologique » est un type d'écosystème qui est couramment défini comme une zone géographique de terrain drainée par un

---

21. *Ibid.*, p. 995-1000.
22. *Ibid.*, p. 991-994.
23. *Ibid.*, p. 1088-1104.
24. Peter F Brussard et al, « Ecosystem management : what is it really ? » (1998) 40 *Landscape and Urban Planning* 9.
25. Par conséquent, Kennett a fait correctement remarquer que les écosystèmes ne sont pas autodéfinis en tant que points de mire pour la gestion. Il s'agit de constructions humaines conçues pour capter les processus et les relations écologiques qui sont considérés comme importants : Steven A Kennett, *New Directions for Public Land Law*, document hors-série nº 4 (Calgary : Institut canadien du droit des ressources, 1998), p. 18.

cours d'eau particulier ou un segment de celui-ci. Un « bassin », c'est la plus grande forme de « bassin hydrographique », qui comprend l'ensemble des terres drainées par un cours d'eau et ses affluents[26]. Les écosystèmes de bassins hydrographiques comme ceux du Mackenzie, du Columbia et de la Saskatchewan-Sud de même que ceux du bassin de la rivière Mississippi peuvent comprendre de nombreuses composantes, qui peuvent être réparties en plusieurs bassins hydrologiques plus petits en fonction des nombreux affluents qui alimentent ces plus grands réseaux de cours d'eau.

Lorsque les écosystèmes ne sont pas des bassins hydrographiques, il peut s'avérer encore plus difficile de définir l'échelle appropriée de l'écosystème. Par exemple, un pré alpin des Rocheuses canadiennes peut être considéré comme un écosystème local fournissant un habitat aux insectes et aux rongeurs de la région. Cela dit, ce même pré peut également recouper le parcours des grizzlis et d'aigles migrateurs. Il peut aussi renfermer des zones humides adjacentes à un ruisseau relevant d'un plus grand bassin hydrographique qui, au bout du compte, alimente les forêts subalpines et les prairies. Ce pré devrait-il être considéré comme un système isolé ou comme faisant partie d'un écosystème de montagne rocheuse alpin, comme faisant partie du bassin hydrographique dont il relève ou encore, comme faisant partie du « domaine du grizzli » ou du « domaine de l'aigle » ? De manière intuitive, les bassins hydrographiques constituent une « unité » d'écosystème attrayante aux fins de planification car ils peuvent être utilisés pour couvrir toute un territoire sans chevauchement aucun, contrairement aux autres catégories d'écosystèmes qui sont susceptibles de se chevaucher ou peuvent ne pas couvrir toute une masse terrestre. Les écosystèmes définis par les corridors de migration des oiseaux ou des mammifères représentent des exemples de ces catégories géographiquement incomplètes. Toutefois, les bassins hydrographiques ne sont pas les seules catégories d'écosystèmes qui peuvent servir à couvrir l'ensemble d'un territoire[27].

La grande variété qui existe entre les écosystèmes permet de croire qu'il n'y a pas d'unité « universelle » en matière de gestion des écosystèmes. Il n'est donc pas surprenant que même si plusieurs lois canadiennes prévoient, de manière générale, la gestion des écosystèmes marins, forestiers ou dulcicoles, aucune de ces lois ne précise une unité d'écosystème particulière à des fins de

---

26. Adler, *supra* note 18, p. 976.
27. Le gouvernement du Canada a divisé le pays en hiérarchie de 20 « écozones » distinctes qui ne se chevauchent pas. Cela comprend 15 écozones terrestres qui sont divisées en 53 « écoprovinces ». À leur tour, celles-ci sont divisées en 194 « écorégions » en fonction de leurs caractéristiques physiques et sociales. Voirà Ressources naturelles Canada, *L'Atlas du Canada – Cadre écosystémique*, [en ligne] <http://atlas.nrcan.gc.ca/site /francais/maps/environment/ecology/framework/ecologicalframework/1/maptext_view>.

gestion[28]. Cela dit, l'absence d'uniformité dans le choix de l'unité ou de la frontière entre différents efforts de gestion des écosystèmes peut entraver les efforts nécessaires à leur coordination dans le but d'atteindre des objectifs d'envergure régionale, nationale ou internationale.

LA GOUVERNANCE

Peu importe quelle est l'unité d'écosystème employée aux fins de gestion, les limites géographiques de l'unité sont peu susceptibles de coïncider avec les frontières géopolitiques. Par ailleurs, les interactions complexes qui existent au sein des écosystèmes nécessitent des perspectives de gestion interdisciplinaires qui peuvent être difficiles à promouvoir au sein d'organismes dont le personnel a été formé dans des disciplines différentes et qui peuvent avoir, depuis longtemps, été organisés de manières qui correspondent à ces disciplines. Ces deux facteurs présentent un défi sur le plan de la conception d'un système de gouvernance en matière de gestion des écosystèmes.

Un autre défi consiste à choisir le rôle des membres du personnel du gouvernement et de parties non gouvernementales, surtout ceux et celles qui vivent ou qui travaillent au sein des frontières pertinentes de l'écosystème. Les promoteurs de la gestion des écosystèmes favorisent généralement la tenue d'un rôle plus grand pour les intervenants locaux – ce qui se fait habituellement au moyen de leur participation au sein de conseils de bassins hydrographiques ou d'autres organismes régionaux de planification – que pour les régimes conventionnels ou traditionnels réglementaires ou de gestion des ressources naturelles[29]. Il ne fait aucun doute que ce point de vue découle, en partie de la notion selon laquelle les personnes qui vivent et qui travaillent dans un lieu donné sont les plus touchées par les décisions de gestion locales, et qu'elles peuvent mieux parvenir à élaborer des solutions créatives et efficaces aux problèmes qui surgissent dans leur région[30]. Cette dernière notion semble encore plus convaincante au sein d'un contexte de gestion des écosystèmes où une gamme de facteurs locaux entrent en jeu qu'au sein d'un régime de gestion plus étroitement axé sur un seul enjeu ou sur une seule ressource naturelle.

---

28. Par exemple, l'art 4(4) de la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, *supra* note 8, requiert que chaque aire marine de conservation assujettie à la loi soit divisée en « zones », dont au moins un doit « protége[r] intégralement les caractères distinctifs ou les éléments sensibles des écosystèmes ». Cependant, la loi ne précise pas de quelle unité d'écosystème il s'agit. De même, tant la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Ecological Reserves Act* que la loi de l'Alberta appelée *Wilderness Areas, Ecological Reserves, Natural Areas and Heritage Rangelands Act* prévoient l'adoption, par les provinces, de réserves écologiques qui sont des exemples représentatifs d'un écosystème naturel dans chacune de ces provinces. RSBC 1996, c 103, art 2(c) ; RSA 2000, c W-9, art 4(1)(b).
29. Par exemple Van Dyke, *supra* note 4, p. 351.
30. Voir Adler, *supra* note 18, p. 1091-1092.

Les décisions prises localement peuvent également atténuer la « pression » politique exercée sur un organisme régional ou national à propos d'enjeux environnementaux portant à controverse, en plus d'alléger la charge de travail de l'organisme en question. Bref, une participation locale vaste et forte semble inhérente à la gestion des écosystèmes afin de fournir toute la gamme d'expertise nécessaire et l'important fondement nécessaire à la gestion des divers dommages causés aux écosystèmes.

D'un autre côté, l'on s'inquiète du fait que les décideurs locaux, tant les citoyens que les gouvernements, soient plus susceptibles d'être corrompus par de puissantes entreprises. De plus, même les écosystèmes géographiquement « locaux » possèdent des aspects ou des composantes qui sont susceptibles de revêtir une importance régionale, nationale ou mondiale. Ces facettes comprennent la survie d'espèces animales ou végétales (voire même de populations) et la protection des terres, des cours d'eau et d'autres ressources publiques. Ces intérêts non locaux laissent entendre que les organismes de réglementation environnementale et les gestionnaires des territoires ne devraient pas laisser tomber entièrement leurs rôles de décideurs aux mains des organismes locaux qui sont susceptibles de ne pas voir ou, à tout le moins, de ne pas partager les intérêts non locaux.

Les défis liés au fait de définir un modèle de gouvernance approprié se manifestent non seulement dans l'absence d'un consensus par rapport à un modèle *uniforme*, mais également dans les incertitudes liées au respect des modèles de gouvernance individuels. Par exemple, il est permis de croire que l'Alberta envoie des messages ambivalents concernant le rôle de ses « conseils consultatifs en matière de bassins hydrologiques et de planification » sur le plan provincial[31].

Il ne fait aucun doute que la question consistant à savoir si la prise de décisions en matière de gestion des écosystèmes devrait être faite par les organismes locaux n'est pas une question qui se tranche en noir ou en blanc. En réalité, il existe une variété de rôles dans le processus décisionnel, allant de l'établissement de buts et d'objectifs généraux aux normes de rendement et de qualité de l'environnement, en passant par les plans permettant d'atteindre ces cibles ainsi que par le développement de solutions, de plans de surveillance, de mises en application et d'autres fonctions. Une direction régionale ou fédérale forte pourrait convenir à certains de ces rôles, mais pas à tous. D'autres rôles encore peuvent nécessiter une coordination étroite à deux niveaux politiques ou plus.

---

31. Voir Michael M. Wenig, *Understanding Local Albertans' Roles in Watershed Planning – Will the Real Blueprint Please Step Forward?*, document hors-série nº 28 (Calgary : Institut canadien du droit des ressources, 2010).

À l'instar de la variabilité des types d'unités d'écosystèmes, on peut soutenir qu'il y a également une grande variabilité sur le plan des circonstances sociopolitiques qui entourent les écosystèmes. Cette variabilité sociopolitique laisse entendre que les modèles de gouvernance des écosystèmes devraient peut-être varier. Toutefois, il y a également lieu de croire qu'il existe un besoin d'uniformité sur le plan des modèles de gouvernance afin d'assurer un degré de coordination et de coopération élevé entre les établissements de gouvernance et de respecter les intérêts régionaux, nationaux et internationaux. Il faudrait aussi peut-être de l'uniformité afin de promouvoir l'équité et d'assurer des niveaux équivalents de droits et de responsabilités entre tous les participants à la gestion des écosystèmes et les citoyens en général.

LES OBJECTIFS EN MATIÈRE DE GESTION DES ÉCOSYSTÈMES

À quoi sert la gestion des écosystèmes ? Quels sont les objectifs ou les objets ultimes de la gestion des écosystèmes ? Aux yeux de certaines personnes, la gestion des écosystèmes n'est qu'un cadre analytique (holistique, basé sur les lieux et les systèmes) en vue du processus décisionnel (identification des problèmes et établissement des objectifs, prise de décisions à l'échelle locale, gestion adaptative, planification, etc.) et de la prise de décisions environnementales. Cependant, aux yeux d'un grand nombre de ses promoteurs, la gestion des écosystèmes comprend également l'objectif d'atteindre, de maintenir ou de restaurer l'écosystème à un niveau idéal pour toutes les applications de l'écosystème[32]. Un grand nombre de scientifiques favorisent la « résilience » des écosystèmes en tant que condition importante[33].

Ces expressions variées servant à décrire la condition d'écosystème « optimale » reflètent une compréhension scientifique en pleine évolution des écosystèmes, ce qui comprend plus particulièrement une évolution du concept, d'une condition d'écosystème idéal en tant qu'état statique ou « équilibré », à la

32. Par ex Van Dyke, *supra* note 4, p. 350 ; Averil Lamont, « Policy Characterization of Ecosystem Management » (2006) 11 *Envtl Monitoring & Assessment* 5, p. 6. Pour un débat intéressant et informatif sur les objectifs et l'éthique de la gestion des écosystèmes, voir Bruce Pardy, « Changing Nature : The Myth of the Inevitability of Ecosystem Management » (2003) 20 *Pace Envtl L Rev* 675 ; JB Ruhl, « The Myth of What Is Inevitable under Ecosystem Management : A Response to Pardy » (2004) 21 *Pace Envtl L Rev* 315 ; Bruce Pardy, « Ecosystem Management in Question : A Reply to Ruhl » (2005-06) 23 *Pace Envtl L Rev* 209 ; JB Ruhl, « The Pardy-Ruhl Dialogue on Ecosystem Management, Part IV : Narrowing and Sharpening the Questions » (2007) 24 *Pace Envtl L Rev* 25 ; et Bruce Pardy, « The Pardy-Ruhl Dialogue on Ecosystem Management Part V : Discretion, Complex-Adaptive Problem Solving and the Rule of Law » (2007) 25 *Pace Envtl L Rev* 341.

33. Voir Brian Walker et David Salt, *Resilience Thinking : Sustaining Ecosystems and People in a Changing World* (Washington : Island Press, 2006). Les auteurs définissent l'expression « résilience » comme l'« aptitude d'un système à absorber les perturbations tout en conservant sa fonction et sa structure de base » (p. 1).

notion selon laquelle les écosystèmes sont intrinsèquement dynamiques et évolutifs. Bien entendu, le fait que la cible puisse varier rend encore plus difficile la définition d'une condition d'écosystème « idéale ».

La législation canadienne porte sur toute cette gamme d'approches variées. Par exemple, certaines lois impliquent la planification de la gestion des bassins hydrographiques ou de l'eau, mais fournissent peu ou pas de détails sur la nature de ces efforts de planification, y compris la cible des efforts[34]. Par opposition à cela, plusieurs lois canadiennes se concentrent sur le maintien ou la récupération de l'« intégrité » des écosystèmes[35]. Plusieurs autres lois visent l'« intégrité » des écosystèmes en plus de la « santé » ou d'autres conditions complémentaires[36]. D'autres lois visent la protection « de la structure et de la fonction » des écosystèmes, la « capacité productive » ou la « capacité » tout simplement, la « viabilité » ou la « diversité », entre autres cibles[37]. Une vaste gamme de conditions-cibles peut être spécifiée dans diverses lois au sein d'une même province[38].

Le débat portant sur les objectifs de la gestion des écosystèmes est assorti d'un enjeu d'ordre déontologique, à savoir si son objet – et l'expression de toute condition de l'écosystème désiré – devrait être uniquement motivé par des préoccupations d'ordre anthropocentriques et utilitaires ou par une notion non

---

34. Voir *Loi sur la protection des eaux*, *supra* note 8 (le préambule engage le gouvernement du Manitoba à planifier les bassins hydrographiques comme moyen efficace de contrer les risques rattachés aux ressources d'eau et aux systèmes aquatiques et stipule que le gouvernement croit que les résidents des bassins hydrographiques devraient être consultés dans le cadre de l'élaboration de plans touchant les bassins hydrographiques) ; *Water Act* (Alberta), *supra* note 10, art 9 et 11 (abordé dans Wenig, *supra* note 31, p. 3-6).
35. *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, LC 2000, c 32, art 2 et 8(2) (« intégrité ») ; *Loi sur les espèces en péril (TNO)*, LTNO 2009, c 16, art 1 (pareil) ; *Provincial Parks and Conservation Reserves Act*, 2006, SO 2006, c 12, art 2(1) et 5 (pareil).
36. Voir, par ex., *Loi sur les droits en matière d'environnement* (TNO), *supra* note 8 (préambule portant sur l'intégrité, la diversité biologique et la productivité des écosystèmes) ; *Crown Lands Act*, RSNS 1989, c 114, art 25(1) (productivité, diversité et stabilité des écosystèmes forestiers ; intégrité des bassins hydrographiques qui approvisionnent en eau) ; *Environment Act*, SNS 1994-95, c 1, art 2 (intégrité) et 104(1) et (3) (santé et intégrité des écosystèmes aquatiques).
37. Voir *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, *supra* note 8, art 4(3) (« structure et fonction des écosystèmes ») ; *Loi sur le développement durable*, CCSM c S270, annexe A, art 5 (aptitude, qualité et capacité productive à long terme) ; *Loi sur la durabilité des forêts de la Couronne*, 1994, SO 1994, c 25, art 68 (modèles de paysages naturels, structure et composition des forêts, habitat pour la vie animale et abondance et distribution des écosystèmes forestiers, écosystèmes forestiers sains) ; *Forests Act*, RSNS 1989, c 179, art 10 (diversité et stabilité à long terme des écosystèmes forestiers).
38. Voir *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, RLRQ, c A-18.1, art 2(2) et (4) (condition et productivité de l'écosystème forestier ; et contributions aux principaux cycles écologiques) et 4(2) (biodiversité et viabilité des écosystèmes) ; *Loi sur les forêts*, RLRQ, c F-4.1, art 1 (condition, productivité et fonction des écosystèmes forestiers ; et écosystèmes en tant que composante des cycles écologiques mondiaux) ; *Loi sur le développement durable* (loi devant être consolidée), RLRQ, c D-8.1.1, art 6 (capacité de soutien et caractère pérenne des écosystèmes) ; *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c Q-2, art 31.9 (équilibre des écosystèmes).

anthropocentrique et non utilitaire des écosystèmes dans leur état « naturel » ou « non perturbé[39] ». (Un conflit conceptuel connexe consiste à déterminer si la gestion des écosystèmes perçoit les humains comme faisant partie des écosystèmes ou distincts d'eux.) Il existe certains points communs entre ces deux pôles éthiques en ce sens qu'il est permis de croire que l'approche des écosystèmes à partir d'un point de vue purement anthropocentrique s'avère nécessaire car au bout du compte, il vaut mieux que les êtres humains vivent dans des écosystèmes sains. Bien entendu, il faut se demander si les humains sont vraiment capables de construire une éthique non anthropocentrique (et le cadre de gestion correspondant) étant donné que l'éthique même est une construction de l'être humain et qu'il faut toujours tenir compte des intérêts de l'humain dans le cadre de toute méthode de mise en œuvre d'une éthique non anthropocentrique[40].

Cette logique est soutenue par la justification d'Aldo Leopold dans le cadre de son influente « éthique de la terre » qui se trouve à fournir une justification déontologique de la gestion des écosystèmes[41]. En vertu de cette éthique, la moralité des divers gestes humains est jugée en fonction de déterminer s'ils préservent la « terre » ou la détruisent, une notion qu'Aldo Leopold définit, de manière large, suivant la réalité des écosystèmes[42]. Bien que son « éthique de la terre » soit couramment liée à une éthique environnementale non anthropocentrique, une grande partie de sa justification est basée sur la dépendance physique et biologique des êtres humains à l'égard d'écosystèmes sains[43]. On pourrait également soutenir que les humains dépendent également d'eux du point de vue psychologique ou spirituel[44].

---

39. Pour la dernière perspective, voir, par ex., Yaffe, *supra* note 15, à 715 et 719 ; Van Dyke, *supra* note 4, p. 351.
40. Voir Wenig, *supra* note 5, p. 18-25.
41. Voirr, par ex., Kennett, *supra* note 25, p. 19 (à propos de l'« éthique de la terre » d'Aldo Leopold qui constitue une base normative en matière de gestion des écosystèmes) ; Adler, *supra* note 18, p. 1000-1003 (à propos de la gestion des écosystèmes comme moyen de canaliser le biorégionalisme afin de promouvoir l'adoption à grande échelle de l'éthique d'Aldo Leopold par le grand public).
42. Aldo Leopold, *A Sand County Almanac* (New York : Ballantine Books, 1968), p. 262.
43. Wenig, *supra* note 5, p. 19 et 58.
44. Ce point de vue a fait surface dans l'observation faite par un juge de la Colombie-Britannique lors de ses délibérations à propos de la peine appropriée à l'égard d'une violation de la *Loi sur les pêches* du gouvernement fédéral LRC 1985, c F-14. Aux dires du juge, le système écologique qui était menacé dans ce cas-ci possède une valeur tellement grande qu'il est impossible d'y apposer une valeur quantifiée. Par-dessus tout, il doit être protégé dans cette communauté parce qu'en fait, il s'agit du fondement et *l'âme de la communauté* à bien des égards, et que le polluer se traduirait par une perte qui va au-delà de toute mesure. *R* c *Island Industrial Chrome, Ltd* (1989) 5 FPR 163, p. 185 (BC Prov Ct) (nos italiques).

LES OUTILS DE GESTION DES ÉCOSYSTÈMES

Malgré le manque de consensus au sujet des objectifs de la gestion des écosystèmes, on peut soutenir qu'il y a un consensus selon lequel la « planification » est l'outil fondamental menant à l'atteinte des objectifs choisis. Toutefois, ce consensus occulte un débat à savoir si les plans devraient inclure ou comprendre des seuils (ou des limites) quantitatifs dans le but de définir les limites des activités humaines permissibles à l'échelle complète de l'écosystème visé. L'approche reposant sur des seuils est encouragée par un grand nombre de partisants[45]. Les seuils se trouvent à fournir une « limite minimale » ou une obligation de rendre compte, bien que du point de vue scientifique ou technique, ils puissent être difficiles à déterminer, surtout à l'échelle des écosystèmes. L'approche basée sur les seuils nécessite également le développement de systèmes potentiellement complexes pour décider, de manière juste et efficace, le mélange convenable d'activités actuelles et futures qui entrent, collectivement, à l'intérieur des seuils choisis.

Plusieurs lois canadiennes prévoient la planification basée sur les écosystèmes, par exemple, dans le cas des forêts publiques et d'autres terres publiques en fonction de considérations à l'égard des conditions désirées pour l'écosystème en question. Par exemple, le paragraphe 11(1) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* requiert l'adoption de plans de gestion des parcs qui comprennent une vision écologique à long terme et des indicateurs et objectifs d'intégrité écologique[46]. L'article 68 de la *Loi sur la durabilité des forêts* de la Couronne de l'Ontario exige l'adoption d'un *Manuel de planification de la gestion forestière* qui doit, à son tour, exiger que tout plan de gestion forestière adopte des objectifs fondés sur des considérations d'abondance et de distribution des écosystèmes forestiers, et reconnaisse que des écosystèmes forestiers sains sont essentiels au bien-être des Ontariens[47].

Plusieurs lois canadiennes sur les espèces en péril disposent que les stratégies de rétablissement des espèces ou les plans de gestion puissent reposer, de manière générale, sur des « principes de gestion des écosystèmes » ou d'autres

---

45. Voir Heather Tallis et al, « The many faces of ecosystem-based management : Making the process work today in real places » (2010) 34 *Marine Policy* 340, p. 347-48 ; Pardy (2007), *supra* note 32, 310 ; Michael M Wenig, Arlene Kwasniak et Michael S Quinn, « Water Under the Bridge ? The Role of IFN Determinations in Alberta's River Management » dans H Epp, éd, *Water : Science & Politics*, actes de l'Alberta Society of Professional Biologists, Annual Conference and Workshop, 25 au 28 mars 2006, Calgary, Alberta ; Michael M Wenig et Michael S Quinn, « Integrating the Alberta Oil and Gas Tenure Regime with Landscape Objectives : One Step Toward Managing Cumulative Effects » dans H Epp, éd, *Access Management : Policy to Practice*, actes de la conférence présentée par l'Alberta Society of Professional Biologists à Calgary, 18 et 19 mars 2003 (Edmonton : ASPB, 2004) ; Kennett, *supra* note 25, p. 22.
46. *Supra* note 35.
47. *Supra* note 37.

critères larges[48]. De même, la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* prévoit l'élaboration de plans de gestion des aires marines de conservation reposant, en partie, sur des principes de gestion des écosystèmes[49].

Toutefois, l'auteur ne connaît pas de lois canadiennes qui prescrivent des seuils basés sur les écosystèmes ou qui nécessitent l'établissement de tels seuils comme point de départ ou cible en vue de plans de gestion des écosystèmes.

LA GESTION ADAPTATIVE

En raison des incertitudes scientifiques et techniques inhérentes à la perspective holistique des écosystèmes, il existe un consensus général parmi les promoteurs des approches basées sur les écosystèmes selon lequel la gestion doit se faire de manière adaptative. Cette approche prend essentiellement la forme d'un processus circulaire dans le cadre duquel les problèmes sont cernés puis des hypothèses à propos des causes et des effets sont formulées, après quoi s'ensuivent l'adoption et la mise en œuvre d'outils de gestion. L'efficacité de ces outils est ensuite étudiée et évaluée, ce qui mène à la reconsidération des problèmes et à l'apport de solutions appropriées et à l'ajustement des outils choisis, selon les besoins[50].

Bien que sensée, la gestion adaptative est également problématique. En plus d'impliquer l'affectation de fonds et de personnel qui se font rares, elle exige, de manière logique, une approche souple qui risque d'entrer en conflit avec le besoin souvent cité de certitude en matière de régimes de réglementation et de gestion, ce qui est certainement nécessaire pour aboutir à des décisions efficaces sur le plan des affaires et de l'utilisation des terres.

CONCLUSION

La gestion des écosystèmes n'est pas qu'une mode. Malgré toutes les incertitudes et tous les défis qui l'accompagnent, son caractère holistique fondé sur les écosystèmes a du sens. Et la solution de rechange, qui vise la protection ou la maximisation étroite des ressources naturelles individuelles, possède des défauts qui lui sont inhérents. Tel qu'indiqué dans un manuel, bien que la gestion des écosystèmes doive être abordée avec prudence et humilité, elle

---

48. Voir *LEP*, *supra* note 8, art 41(3) et 67 ; *Loi sur les espèces en péril* (*TNO*), *supra* note 35, art 61(8), *Loi sur les espèces en voie de disparition, 2007*, LO 2007, c 6, art 13 ; *Endangered Species Act*, SNS 1998, c 11, art 15(5).
49. *Supra* note 8, art 9.
50. Voir Van Dyke, *supra* note 4, p. 351, 354-355 ; Lamont, *supra* note 32, p. 7.

s'avère néanmoins nécessaire et urgente[51]. De même, un autre auteur a fait observer que le fait de viser l'approche basée sur les écosystèmes, quoique difficile, vaut encore mieux que ce que nous faisons en ce moment[52].

L'idée selon laquelle la gestion des écosystèmes est une approche à viser est particulièrement importante. À l'instar des principes de l'égalité et de la démocratie, la gestion des écosystèmes peut être impossible à atteindre dans sa forme la plus pure ou la plus absolue, mais elle vaut tout de même la peine d'être faite. Encore une fois, pour reprendre les paroles de Steven Yaffee, le mouvement s'étendant vers la gestion des écosystèmes est bon même si chacune des étapes ne donne pas un résultat parfaitement holistique[53].

51. Van Dyke, *supra* note 4, p. 378.
52. Yaffee, *supra* note 15, p. 715.
53. *Ibid.*, p. 721.

Chapitre 4

La nuisance publique : les atteintes aux droits de la collectivité et le droit d'intenter une action civile

Alastair R. Lucas, c.r.

Traditionnellement, la *common law* s'est dotée d'une doctrine dans le but de protéger la santé et la sécurité du grand public. La doctrine de la nuisance publique a été résumée par la Cour suprême du Canada comme suit : « toute activité qui porte atteinte de façon déraisonnable à l'intérêt du public relativement à des questions de santé, sécurité, moralité, confort ou commodité[1] ». Cependant, cette doctrine ne concorde pas avec l'évolution de la *common law* moderne.

Deux grands problèmes se dessinent. Premièrement, bien que le concept de la nuisance publique relevait originellement du domaine du droit pénal, un droit connexe d'intenter une action civile a émergé. Par conséquent, les concepts chevauchaient de manière quelque peu maladroite le droit pénal et le droit civil. Et deuxièmement, le problème consiste à se demander qui peut se prévaloir de ce droit ? Qui a l'intérêt requis pour entreprendre des recours judiciaires en cas de nuisance publique ?

1. *Ryan* c *Victoria (Ville)*, [1999] 1 RCS 201, par 52, cité avec approbation dans *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*, 2004 CSC 38, [2004] RCS 74, par 66 [*Canfor*].

LE CRIME

En tant que nuisance publique, c'était un crime que de mettre en danger la vie, la sécurité ou la santé du public. Cela figure maintenant comme suit à l'article 180 (1) et (2) du *Code criminel*[2] :

> 180. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque commet une nuisance publique, et par là, selon le cas :
>
> a) met en danger la vie, la sécurité ou la santé du public ;
>
> b) cause une lésion physique à quelqu'un,
>
> Définition
>
> (2) Pour l'application du présent article, commet une nuisance publique quiconque accomplit un acte illégal ou omet d'accomplir une obligation légale, et par là, selon le cas :
>
> a) met en danger la vie, la sécurité, la santé, la propriété ou le confort du public ;
>
> b) nuit au public dans l'exercice ou la jouissance d'un droit commun à tous les sujets de Sa Majesté au Canada.

Dans des circonstances particulières, la question de savoir qui est le « public » semble relever d'une question de fait. Mais cela ne peut pas être une seule personne ou même un petit groupe de personnes[3]. Cela dit, en principe, ces individus pourraient toujours avoir un recours en nuisance privée[4].

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE EN *COMMON LAW*

La *common law* reconnaît également le droit d'intenter une action civile en guise de recours en cas de nuisance publique[5]. Initialement, aux XVIIIe et XIXe siècles, cela semblait compléter le droit pénal et ce, afin de traiter entièrement les questions courantes de l'époque, comme les conflits en matière d'accès et de passage sur les routes publiques. Par conséquent, tous les droits sont le fruit de l'établissement d'un acte illicite ou illégal. Cependant, la nuisance publique a, pour sa part, évolué sous la forme d'une responsabilité délictuelle indépendante en *common law*[6], ce qui a été reconnu par la Cour

---

2. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 180(1)(2).
3. Comme dans le cas des pêcheurs de la baie Placentia, à Terre-Neuve, dans *Hickey* c *Electric Reduction Co of Canada* (1970), 21 DLR (3d) 368 (Nfld SC) [*Hickey*]. Dans *Rex* c *Lloyd* (1803), 4 Espinasse 200 (*Nisi Prius*), les habitants de trois chambres de Clifford's Inn, à London, n'étaient pas considérés comme un public suffisant pour intenter une mise en accusation contre les propriétaires de l'atelier de fabrication d'étain adjacent.
4. Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Rex* c *Lloyd*, *ibid.*
5. *A-G Can* c *Ewen* (1895), 3 BCR 468 (SC) [*Ewen*] ; *Benjamin* c *Storr* (1874), LR 9 CP 400 [*Benjamin*]. Voir John McLaren, « The Common Law Nuisance Actions and the Environmental Battle – Well-Tempered Swords or Broken Reeds ? » (1972) 10:3 *Osgoode Hall LJ* 505, p. 511-515.
6. Voir *Benjamin* c *Storr*, *ibid.*

suprême du Canada dans *Ryan* c *Victoria*[7] et souligné dans *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*[8].

La nuisance publique constitue une interférence vis-à-vis de l'utilisation et de la jouissance d'un groupe de biens. La nuisance publique diffère de la nuisance privée sur le plan de la portée. Ainsi, le préjudice doit être suffisamment étendu[9]. Il n'existe pas de ligne de démarcation nette, mais l'ampleur du préjudice par rapport au préjudice souffert par autrui est un facteur important[10].

LES ACTIONS CIVILES

Cela nous amène au deuxième problème fondamental en matière de nuisance publique. En général, les actions ne peuvent pas être intentées par des particuliers désirant avoir un recours en cas de nuisances publiques[11].

LE PROCUREUR GÉNÉRAL À TITRE DE DEMANDEUR

D'une manière générale, les actions en nuisance publique ne peuvent être intentées que par le procureur général qui agit alors en tant que représentant de la Couronne[12]. Cela signifie qu'il s'agit soit du procureur général du gouvernement fédéral soit du procureur général d'un gouvernement provincial, selon les circonstances, dans le contexte du ressort constitutionnel ou peut-être même des arrangements intergouvernementaux. La théorie veut que le procureur général agisse à titre de *parens patriae* pour soutenir les droits publics qui sont dévolus à la Couronne[13]. Parfois, le procureur général a intenté des poursuites à la demande de particuliers, tandis que dans d'autres cas, le procureur général a agi en tant que partie civile, acceptant ainsi un rôle de demandeur à titre nominal à la demande d'une partie ou de plusieurs parties privées[14]. Dans les deux cas, la décision d'intenter une poursuite ou non relève entièrement de la discrétion du procureur général[15]. Il y a peu de place à la révision judiciaire. Cependant, il existe certaines décisions en ce sens que le procureur général doit considérer la question de bonne foi et s'il refuse l'autorisation, [TRADUCTION]

---

7. [1999] 1 RCS 201, par 52.
8. 2004 CSC 38, par 66.
9. *A-G* c *PYA Quarries Ltd*, [1957] 2 QB 169.
10. Keith Stanton et Christine Willmore, « Tort and Environmental Pluralism » dans John Lowry et Rod Edmunds, éds, *Environmental Protection and the Common Law*, Oxford, Hart, 2000, c 5, p. 100.
11. *Stein* c *Gonzales* (1984) 14 DLR. (4th) 263 (BCSC, McLachlin J).
12. *Ibid.* ; *Ewen*, *supra* note 5 ; *Canfor*, *supra* note 1, par 67.
13. *Canfor, ibid*, citant Wilfred Estey, « Public Nuisance and Standing to Sue » (1972) 10 *Osgoode Hall LJ* 563, p. 566, 576.
14. *British Columbia (AG)* c *Haney Speedways Ltd* (1963), 39 DLR (2d) 48 (CS CB).
15. *Ewen*, *supra* note 5.

« dans une affaire appropriée, ou lorsqu'il y a des retards déraisonnables ou inadéquats à donner l'autorisation, ou si la machine marche trop lentement, une demande de mesure injonctive provenant d'un membre du grand public peut alors être considérée[16] ».

LES DEMANDEURS PRIVÉS

Un demandeur privé peut intenter des poursuites en matière de nuisance publique directement, sans le consentement du procureur général, lorsque ce particulier peut établir qu'il a souffert un préjudice « spécifique » ou « particulier[17] ». Comparativement à la nuisance privée, une des grandes différences est qu'il n'est pas nécessaire de prouver que la personne possède une propriété foncière[18]. Dans ce sens, ce que l'on considère comme un préjudice particulier s'avère problématique depuis plus d'un siècle et demi.

LE PRÉJUDICE PARTICULIER

Conformément au principe général, un préjudice particulier doit être extraordinaire. Par conséquent, le préjudice en question doit être plus grand que le préjudice souffert par le grand public. En 1874, le juge Brett de la Cour anglaise of Common Pleas a exprimé cette idée dans l'affaire *Benjamin* c *Storr*, comme suit :

> [TRADUCTION] [Le demandeur doit montrer] qu'un préjudice particulier lui a été causé, préjudice plus grave que celui souffert par le reste du public. Il ne lui suffit pas de montrer qu'il a souffert le même inconvénient que les autres personnes à propos de l'utilisation de la route (si la nuisance présumée est l'obstruction de la route)[19].
>
> Le préjudice, a ajouté le juge, doit être particulier et aussi, il doit être :
>
> 1. direct, et non pas seulement indirect ;
>
> 2. de caractère substantiel, et non pas fugace ou évanescent[20].

Au Canada, la définition de préjudice particulier présente une certaine souplesse.

Il y a lieu de remarquer qu'il est relativement simple d'établir la présence d'un préjudice particulier dans le cas de dommages personnels ou de dommages matériels. En fait, dans ces circonstances, les éléments nécessaires à une

16. *A-G ex rel McWhirter* c *Independent Broadcasting Authority*, [1972] 2 WLR 344 (CA Angleterre).
17. Voir *Hickey*, *supra* note 3, p. 372.
18. *Hunter* c *Canary Wharf Ltd*, [1997] AC 655 (HL).
19. *Supra* note 5, p. 438.
20. *Ibid.*, p. 439.

réclamation en nuisance privée sont vraisemblablement présents. Lorsque la perte touche des terres publiques ou des ressources naturelles cependant, et que la réclamation vise à protéger le grand public ou les valeurs écologiques fondamentales d'une ressource naturelle, ou les pertes économiques qui en résultent, c'est là qu'il devient difficile d'établir un préjudice particulier. Par conséquent, dans *McKie* c *KVP Co*[21], il a été déterminé que le propriétaire d'un droit de pêche en *common law* avait souffert un préjudice particulier, parce que l'eau polluée avait tué les poissons, mais cela n'a pas été le cas des propriétaires du centre de villégiature qui avaient subi un préjudice financier.

En ce qui concerne le droit canadien de l'environnement, l'affaire classique a trait à une décision rendue en 1970 par la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve, *Hickey* c *Electric Reduction Company of Canada Ltd*[22]. Hickey et les autres demandeurs s'adonnaient à la pêche commerciale dans la baie Placentia, à Terre-Neuve. Une grande partie du stock de poissons de la baie a été détruite en raison de rejets provenant d'une usine de phosphore située à Long Harbour. Les demandeurs soutenaient que cette situation avait engendré une nuisance publique qui a fini par nuire à leurs moyens de subsistance en tant que pêcheurs.

La Cour a reconnu que les pêcheries ont subi un grave préjudice. Cependant, le juge en chef Furlong a conclu que l'action devrait être déboutée car bien que la pollution se soit traduite par une nuisance pour tous, cette nuisance :

> [TRADUCTION] n'était pas une nuisance particulière aux demandeurs, ni n'était pas confinée à leur utilisation de l'eau de la baie Placentia. C'était une nuisance commise contre le public […][23].

Le juge a rejeté l'argument selon lequel les demandeurs devraient avoir gain de cause parce qu'ils auraient été victimes d'un préjudice spécifique ou particulier. Selon lui, le « bon point de vue », c'est qu' [TRADUCTION] « une personne qui souffre un préjudice particulier a le droit d'intenter une action, mais lorsque le préjudice est le même pour toutes les personnes du même groupe, il n'est alors pas possible de maintenir le droit personnel d'intenter une action[24] ». Ce qu'il en est ressorti, c'est que tous les pêcheurs avaient un droit de pêche dans la région, mais qu'ils n'avaient aucun recours si les poissons périssent en raison d'une activité qui a été reconnue comme ayant causé une nuisance publique. Seule la preuve d'effets nuisibles uniques était admissible, ce qui était

21. *McKie* c *KVP Co*, [1948] 3 DLR 201 (Ont HC), aff'd, [1949] 1 DLR 39 (Ont CA), aff'd, [1949] RSC 698.
22. *Hickey*, *supra* note 3.
23. *Ibid.*, p. 370.
24. *Ibid.*, p. 372.

une exigence que Lewis Klar a qualifiée d'illogique[25]. Le procureur général aurait pu intenter une action. Cependant, ce qui n'a pas été dit, c'est qu'en pratique de nombreux facteurs peuvent militer contre la décision du procureur général d'exercer ce recours.

La condition de la négligence pourrait compliquer davantage les choses. Cela pourrait devenir problématique lorsque le préjudice au public découle du rejet accidentel de polluants et non pas d'un rejet dans le cadre des activités normales d'exploitation, pouvant être qualifié d'intentionnel[26].

L'exigence de *Hickey*, selon laquelle la nuisance publique doit différer en nature et non pas seulement en degré comparativement au reste du groupe, est amplement justifiée. Cependant, même en 1970, il y a eu des décisions judiciaires contradictoires[27]. En particulier, la perte financière ayant découlé de l'entrave au droit d'accès a été considérée comme un préjudice spécifique dans plusieurs cas[28].

Dans *Canfor*, le juge Binnie a formulé des commentaires au sujet de l'efficacité de la nuisance publique en guise de recours pour les dommages à l'environnement. Il a déclaré que les « recours collectifs joueront aussi un rôle » et a cité les propos du professeur Klar selon lesquels « [c]'est la condition relative aux dommages spécifiques qui a rendu particulièrement inefficaces les actions privées fondées sur la nuisance publique[29] ». Toujours selon le juge Binnie :

> […] En réalité, il serait pratiquement impossible à des membres du public de démontrer dans la plupart de ces affaires concernant l'environnement qu'ils ont subi des « dommages spécifiques » suffisants pour intenter une action en responsabilité civile délictuelle ayant une incidence financière assez grande pour satisfaire les deux objectifs de politique générale que sont la dissuasion et la juste indemnisation des victimes : *Bazley* c. *Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534[30].

LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

La condition relative aux dommages spécifiques a été éliminée, à des degrés divers, par l'adoption de lois dans plusieurs juridictions canadiennes. La modification la plus significative a touché les dispositions de la *Charte des droits environnementaux de l'Ontario*[31] qui confère aux particuliers le doit d'intenter

25. Lewis Klar, *Tort Law*, Toronto, Carswell, 2008, p. 717.
26. *Ibid.*, p. 720-721.
27. Voir Robert Mansell, « Civil Liability for Environmental Damage » dans Alastair Lucas, éds, 2e éd, *Canadian Environmental Law*, Toronto, LexisNexis, 2017, c 18, par 18.15.
28. *Ibid.*, par 18.16 et note 2.
29. *Canfor*, *supra* note 1, par 68 ; Klar, *supra* note 25, p. 647.
30. *Ibid.*
31. *Charte des droits environnementaux de 1993*, LO 1993, c 28, Partie VI.

une action dans certaines circonstances. Ces dispositions sont les suivantes : 1. lorsqu'une personne a contrevenu ou est sur le point de contrevenir à une loi sur l'environnement ; 2. la contravention a porté ou est sur le point de porter considérablement atteinte à une ressource publique de l'Ontario ; 3. le demandeur a demandé la tenue d'une enquête sur la contravention et il n'a pas reçu de réponse ou il a reçu une réponse qui n'est pas raisonnable. Le recours se limite à l'injonction et les tribunaux peuvent considérer l'efficacité éventuelle d'autres processus, voire même des plans du gouvernement. Il est apparent qu'il s'agit là d'un droit de recours limité, mais il s'agit tout de même d'un droit qui peut avoir pour effet d'alerter et même de mobiliser les organismes gouvernementaux pertinents. Le droit d'intenter une action d'ordre environnemental de ce type est également possible au Yukon[32] et dans les Territoires du Nord-Ouest[33].

LA DISPONIBILITÉ DES DOMMAGES

Traditionnellement, dans le cadre des actions pour nuisance publique, le procureur général cherche à faire cesser les activités qui contreviennent aux droits publics. L'injonction était considérée comme un recours public approprié. Cela a mené à supposer que l'injonction – et non pas les dommages et intérêts – est le seul recours disponible[34]. Cependant, il y a des exceptions à cette conception restrictive[35]. Dans l'affaire *Canfor*, même si le juge Binnie a souligné dans ses commentaires cités plus haut l'impossibilité pratique pour les membres du public de démontrer qu'ils ont subi des dommages spécifiques, il a ajouté que les tribunaux canadiens « n'ont pas tous adopté une conception restrictive des voies de droit ouvertes à la Couronne dans les actions civiles pour nuisance publique ». En plus d'avoir cité des décisions judicaires[36], il a cité les rapports des Commissions de réforme du droit de l'Ontario et de la Colombie Britannique[37]. Il a conclu que la Couronne, représentée par le procureur général,

32. *Loi sur l'environnement*, LY 1991, c 5.
33. *Loi sur les droits en matière d'environnement*, LRTN-O 1990, c 38.
34. *Canfor*, *supra* note 1, par 68.
35. Ce qui comprend *La Reine* c *Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 CF 3 (CF) (dommages-intérêts accordés à la Couronne fédérale pour les frais liés au nettoyage d'un déversement de mazout) ; *Procureur général de l'Ontario* c *Fatehi*, [1984] 2 RCS 536 (La province avait eu droit à des dommages-intérêts pour les frais de nettoyage d'une autoroute provinciale). Ces deux affaires ont été citées par le juge Binnie dans *Canfor, supra* note 1, par 69-70.
36. *Ibid.*
37. British Columbia Law Reform Commission, *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, (1980) nº 46, p. 70-71 ; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Le recours en dommages-intérêts pour détérioration de l'environnement*, (1990), p. 11-13.

pourrait effectivement « demander l'indemnisation d'un dommage environnemental lorsque l'affaire s'y prête[38] ».

Ensuite, le juge Binnie a donné un sens plus large à ce principe. Il a fait mention d'une décision antérieure selon laquelle les municipalités sont les fiduciaires de l'environnement, citant la juge L'Heureux-Dubé dans *Spraytech, Société d'arrosage* c *Hudson (Ville)*[39], et fait allusion à l'idée selon laquelle la Couronne est investie des droits du public en matière environnementale a des origines anciennes en *common law*, ce qui est notamment le cas aux États-Unis où des réparations pécuniaires ont déjà été accordées[40]. Dans ces affaires américaines, l'État avait agi en sa capacité de *parens patriae* afin de demander des dommages et intérêts compensatoires pour le préjudice causé à des ressources publiques.

Dans *Canfor*, le juge a conclu « [i]l me semble qu'aucun obstacle juridique n'empêche la Couronne d'engager, quand les faits y donnent ouverture, des poursuites en indemnisation et en injonction pour cause de nuisance publique ou pour négligence causant un dommage environnemental à des terres domaniales […][41] ».

Le juge a ensuite déclaré que la Couronne avait toute latitude pour faire valoir ses droits de propriétaire foncier dans les forêts domaniales en question. De plus, les fondements de la revendication présentant un caractère public plus large n'avaient pas été pleinement débattus devant les tribunaux inférieurs. Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour suprême n'ont considéré la revendication de la Couronne qu'à titre de propriétaire foncier.

QUESTIONS DE POLITIQUE GÉNÉRALE NOUVELLES ET IMPORTANTES

Dans *Canfor*, le juge Binnie a quelque peu nuancé sa conclusion selon laquelle la Couronne pourrait intenter une action en fonction du préjudice pour nuisance publique et d'autres théories propres à la responsabilité délictuelle en déclarant que « ces actions soulèvent des questions de politique générale nouvelles et importantes ». Cela comprend :

1. la responsabilité possible de la Couronne pour inaction en matière de menaces environnementales ;

2. l'existence ou non d'obligations fiduciaires contraignantes pour la Couronne ;

3. les limites du rôle et de la fonction de la Couronne de même que les voies de droit qui se présentent ; et

38. *Canfor*, *supra* note 1, par 72.
39. 114947 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c *Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, par 27.
40. *Canfor*, *supra* note 1, par 79-80.
41. *Ibid.*, par 81.

4. le fardeau qui risque d'être imposé à des parties privées à la lumière de ce type de « responsabilité indéterminée [42] ».

Cependant, la Cour a conclu que « le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen de ces questions difficiles[43] ». En fait, grand nombre de ces questions sont assorties de considérations politiques, ce qui rend leur examen difficile pour les tribunaux.

Cela dit, c'est la question numéro 2 qui attire l'attention des juristes spécialisés en droit de l'environnement, car elle soulève des enjeux qui font l'objet de débats depuis les débuts du droit canadien de l'environnement : est-ce que la Couronne est assujettie à une certaine obligation fiduciaire en matière de protection, voire même de préservation, des ressources naturelles publiques afin que le grand public puisse en profiter ? Advenant que ce soit le cas, est-ce que cette obligation publique peut être imposée par des actions intentées par les citoyens ? Est-ce que les autorités américaines pertinentes sont convaincantes ? Il s'agit là de l'essentiel d'une série de principes juridiques portant le nom de doctrine de la fiducie publique.

LA FIDUCIE PUBLIQUE

Bien que la doctrine de la fiducie publique ait fait l'objet de maintes discussions et analyses au sein du droit canadien de l'environnement, elle reçoit peu d'attention de la part des tribunaux. Cette doctrine est fondée sur les droits d'accès du public en *common law*, ce qui comprend la pêche et la navigation, dont les origines remontent au droit romain[44]. Le concept moderne, qui comprend des obligations fiduciaires de la part de l'État pour préserver les ressources publiques afin que le grand public puisse en avoir le droit de jouissance, a vu le jour aux États-Unis vers la fin du XIXe siècle[45]. Puis, ce concept a été popularisé vers le début des années 1970 grâce à plusieurs arrêts[46] ainsi qu'aux ouvrages de certains auteurs, plus particulièrement les articles du

42. *Ibid.*, par 87.
43. *Ibid.*, par 82.
44. *Ibid.*, par 74-75 et jurisprudence citée.
45. *Ibid.*, par 78-79 et jurisprudence citée, dont *Georgia* c *Tennessee Copper Co*, 206 US 230 (1907) p. 237, dans laquelle le juge Holmes indique que l'État avait un *intérêt indépendant* derrière les titres de ses citoyens pour ce qui est de toute la terre et de tout l'air faisant partie de son domaine » (c'est moi qui souligne), et l'arrêt de principe *Illinois Central Railroad Co* c *Illinois*, 146 US 387 (1892).
46. Ce qui comprend *Gould* c *Greylock*, 215 NE 2d 114 (1966) (Mass SC) (une loi du Massachusetts censée approuver l'aménagement d'un centre de ski privé dans un parc de l'État a été jugée comme illégale).

professeur Joseph Sax[47]. Celui-ci a décrit la doctrine moderne de la fiducie publique comme suit :

> [TRADUCTION] Lorsqu'un État dispose d'une ressource qu'il met à la disposition gratuite du grand public, une cour considérera avec beaucoup de scepticisme toute conduite du gouvernement visant soit à réaffecter la ressource à des usages plus restreints, soit à assujettir l'usage qu'en fait le grand public à l'intérêt personnel de parties privées[48].

Par conséquent, ce concept prend essentiellement la forme d'une présomption. Il peut être admis par la loi et même être neutralisé par celle-ci. Cependant, cette doctrine a été explicitement adoptée dans de nombreuses lois fédérales américaines et d'État. Depuis les années 1970, la doctrine de la fiducie publique est surtout présente dans les lois américaines sur les ressources en eau.

Au Canada, la doctrine de la fiducie publique a été prise en considération dans le cadre de quelques affaires. Une des premières tentatives d'introduction de la doctrine américaine a échoué dans l'affaire *Green* c *La Reine* du chef de l'Ontario[49] en raison de faits difficiles (le préjudice présumé s'est produit dans un lieu contigu au parc provincial de l'Ontario, mais en dehors de celui-ci, et on alléguait que celui-ci faisait l'objet d'une obligation fiduciaire) et de la confusion apparente entre les principes fiduciaires de la fiducie publique et les critères propres aux fiducies d'intérêt privé en *common law*. Par la suite, malgré de nombreuses publications produites à ce sujet[50], dans lesquelles certains auteurs soutenaient l'existence d'une doctrine de la fiducie publique en droit canadien[51], d'autres se montraient en faveur de son intégration directe ou apparente dans les textes de loi, et malgré le fait qu'au Québec, un recours collectif analogue a été entrepris contre le gouvernement parce que celui-ci n'aurait pas bien appliqué les lois sur l'environnement[52], cette doctrine n'a pas été explicitement adoptée en contexte judiciaire.

Puis, en 2006, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont repris le fil dans *Canfor*. La voie s'ouvrait alors à la possibilité d'actions du gouvernement et, sous réserve de ce qui resterait de la condition concernant les dommages spécifiques, à des actions privées en vue de poursuites en injonction

---

47. Joseph Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law : Effective Judicial Intervention » (1970) 68 *Mich L Rev* 471 ; Joseph Sax, *Defending the Environment : A Strategy for Citizen Action*, New York, Knopf, 1971.
48. Joseph Sax, « The Public Trust Doctrine » *ibid,* p. 484-485.
49. [1973] 2 OR 396 (Ont HC), (1972), 34 DLR (3'd) 20 (HC).
50. Voir Constance Hunt, « The Public Trust Doctrine in Canada » dans John Swaigen, éd, *Environmental Rights in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981.
51. Robert Franson, « Legislation to Establish Ecological Reserves for the Protection of Natural Areas » (1972) 10 *Osgoode Hall LJ* 582, 589.
52. *Girard* c *2944-7828 Québec Inc*, [2003] RJQ nº 9105.

et en indemnisation pour préjudice aux ressources naturelles publiques. Toutefois, la reconnaissance judiciaire explicite doit faire l'objet d'une considération plus complète, notamment en ce qui a trait à l'évaluation des questions de politique générale dont le juge Binnie a fait mention dans *Canfor*. Une possibilité intéressante vient du lien qui peut être fait avec les concepts fiduciaires en droit autochtone[53]. La jurisprudence américaine fait certaines références à ceux-ci[54].

CONCLUSION

Bien que la nuisance publique ait évolué depuis ses débuts en droit pénal pour maintenant présenter des possibilités de recours en cas de préjudice à l'environnement, il n'en reste pas moins qu'il s'agit toujours d'un instrument imparfait, dont les rouages sont erratiques, voire même irrationnels. La disponibilité du recours en dommages-intérêts à la suite de nuisance publique a reçu le soutien de la Cour suprême du Canada dans *Canfor*. Toutefois, le problème fondamental, soit l'incertitude extrême de la condition relative au préjudice spécifique, subsiste.

Les commentaires du juge Binnie dans *Canfor* pourraient laisser présager le réexamen judiciaire de la condition relative au préjudice spécifique. Cela dit, ce qui est peut-être encore plus prometteur, c'est le fait que le concept de la nuisance publique puisse servir de tremplin pour donner un élan à l'élaboration d'autres recours publics, plus particulièrement en ce qui a trait à la théorie de la fiducie publique et d'autres théories connexes en matière d'obligation fiduciaire de la Couronne de protéger et de préserver l'environnement.

---

53. Pour un autre exemple d'atteinte aux droits ancestraux, voir *Saik'uz First Nation* c *Stellat'en First Nation* c *Rio Tinto Alcan Inc,* 2015 BCCA 154, dans lequel il a été constaté que les effets des acteurs privés sur le droit de pêche pouvaient suffire à démontrer l'existence de dommages particuliers.
54. *Sierra Club* c *Department of Interior*, 376 F Supp (1974), 90 (US Dist Ct).

Chapitre 5

L'intégration de l'éthique de l'environnement au tribunal

Heather McLeod-Kilmurray

INTRODUCTION : L'ÉTHIQUE ET LE DROIT

Au sein [traduction] « d'une discipline fortement influencée par le positivisme, toute étude relative aux piliers moraux d'un domaine de droit a tendance à être considérée sans le moindre degré de soupçon[1] ». Pourtant, l'éthique est présente dans le droit :

> [traduction] [L]e droit et l'éthique se soutiennent mutuellement. Les normes éthiques constituent un moyen de critiquer le droit en ce sens qu'elles révèlent ses jugements de valeur implicites. Dans le domaine du droit, les incertitudes et les conflits sont souvent attribuables à l'absence d'un terrain d'éthique commun. Une justification éthique convaincante favorise le respect d'une loi ou d'un jugement rendu par la cour. La réglementation juridique, plus particulièrement dans la mesure où elle permet des négociations entre l'organisme de réglementation et la partie réglementée, peut aider à façonner des attitudes d'éthique. Les arguments de nature éthique peuvent servir de munitions dans le cadre de litiges […][2] ».

Comment les juges peuvent-ils se servir des concepts d'éthique de l'environnement en matière de droit et de politiques de l'environnement, et interpréter ces concepts ? L'éthique de l'environnement peut aider les tribunaux

1. K Mickelson et W Rees, "The Environment : Ecological and Ethical Dimensions" dans EL Hughes, AR Lucas et WA Tilleman, éd, *Environmental Law and Policy*, 2e éd (Toronto : Edmond Montgomery, 1998) 1, p. 17.
2. J Alder et D Wilkinson, *Environmental Law and Ethics* (Hampshire, UK : MacMillan Press Ltd, 1999), p. 10-11.

à prendre conscience de l'éthique sous-jacente d'une loi ou de règles de *common law*, ainsi que des arguments présentés par les parties[3]. Elle peut aider les juges à être plus explicites en matière d'éthique susceptible d'influencer leurs analyses et leurs conclusions. Cela revêt de l'importance parce que les jugements se rapportant à l'environnement sont essentiels à l'évolution des perceptions culturelles et des priorités en matière de protection de l'environnement[4]. Le présent chapitre donne une brève vue d'ensemble du domaine de l'éthique et de ses principales branches, en plus d'aborder plusieurs aspects de l'éthique de l'environnement relevant des lois sur l'environnement et de conclure en analysant certaines affaires dans le cadre desquelles les juges ont employé et interprété les concepts de l'éthique de l'environnement.

L'ÉTHIQUE DE L'ENVIRONNEMENT

Le domaine de l'éthique de l'environnement (ÉE) se définit comme [TRADUCTION] « un domaine relativement nouveau de l'éthique philosophique se rapportant à la description des valeurs véhiculées par le monde non humain et à la prescription d'une réponse éthique appropriée afin d'assurer la préservation ou le rétablissement de ces valeurs[5] ». Cela laisse entendre que l'ÉE peut jouer un rôle dans les tâches judiciaires consistant à décrire les valeurs d'une affaire donnée et à prescrire des solutions possibles. Le domaine de l'ÉE traite de plusieurs concepts importants et est assorti de plusieurs branches[6].

Critères de détermination

Cette question d'ordre philosophique se pose non seulement en rapport avec les droits à l'environnement et des animaux, mais aussi en rapport avec l'évolution des droits de la personne. Qui mérite de bénéficier de droits, dont il est capable de profiter, et pourquoi ? Parmi les critères possibles, notons la sentience, l'aptitude à ressentir la douleur ou la simple existence. Comme l'éventail des personnes capables de détenir des droits s'est élargi, passant des hommes blancs détenteurs de propriétés à tous les hommes, toutes les femmes

---

3. ET Freyfogle, « The Ethical Strands of Environmental Law » (1994) 4 *U Ill L Rev* 819.
4. Flournoy soutient que l'absence de clarté en matière d'identification et de justification des valeurs relatives aux lois sur l'environnement, tant écrites qu'interprétées, nuit à l'obligation démocratique de rendre compte car elle empêche l'évolution des lois sur l'environnement pour tenir compte des priorités sociales et de l'atteinte des objectifs de la société. A. Flournoy, « Building an Environmental Ethic from the Ground Up » (2003-04) 37 *UC Davis L Rev* 53.
5. A Light et H Rolston III, « Introduction : Ethics and Environmental Ethics » dans A Light et H Rolston III, éd., *Environmental Ethics : An Anthology* (Malden, MA : Blackwell, 2003), p. 1.
6. Les analyses et les références détaillées de ces diverses branches se trouvent dans l'excellent ouvrage de JR DesJardins, *Environmental Ethics : An Introduction to Environmental Philosophy*, 2e éd (Belmont, CA : Wadsworth, 1997).

et d'autres groupes, certains éthiciens de l'environnement soutiennent que cette évolution progressera au point d'englober les primates supérieurs, tous les animaux et, éventuellement, les arbres[7], les roches et les écosystèmes.

Anthropocentrisme par opposition à écocentrisme

L'anthropocentrisme considère que la nature sert d'outil à la consommation humaine et à la satisfaction des besoins, tandis que l'écocentrisme considère que l'être humain est un élément de la nature. L'anthropocentrisme fort adopte un point de vue utilitaire tandis que l'anthropocentrisme faible[8] englobe une plus vaste gamme d'aspects humains, comme l'aspect spirituel, l'aspect culturel et d'autres biens de nature moins économique. Certains soutiennent que l'anthropocentrisme faible suffit à la production de règles juridiques visant à protéger la nature, particulièrement lorsque le terme « humains » se trouve à comprendre les générations futures. D'autres soutiennent que seule l'adoption de l'écocentrisme peut donner naissance à des lois et à des politiques durables du point de vue de l'environnement.

Individualisme par opposition à holisme

Cette dichotomie appelle la question suivante : est-ce que la priorité tourne autour de l'individu ou est-ce qu'elle tourne autour de l'ensemble des individus ? Est-ce que ce sont les interrelations qui sont essentielles ? Par exemple, les droits de la personne sont souvent considérés comme individuels, mais leur protection se réalise aussi au bénéfice de la collectivité. Dans le domaine de l'environnement, un exemple prendrait la forme des débats entourant l'abattage sélectif de certaines bêtes dans le but de protéger le troupeau ou d'autres espèces qui coexistent au sein d'un écosystème particulier. Lorsque certains intérêts environnementaux collectifs sont préférés aux intérêts individuels, les critiques portent des accusations d'« écofascisme[9] ».

---

7. C Stone, « Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights for Natural Objects » (1972) 45 *S Cal L Rev* 450.
8. Bryan G Norton, « Environmental Ethics and Weak Anthropocentrism » dans Light et Rolston III, *supra* note 5. p. 163 et Eugene Hargrove, « Weak Anthropocentric Intrinsic Value » dans Light et Rolston III, *supra* note 5, p. 175.
9. Par exemple, T Regan, *The Case for Animal Rights* (Berkeley : University of California Press, 1983), tel que cité dans Clare Palmer, « An Overview of Environmental Ethics » dans Light et Rolston III, *ibid*, p. 25.

Approche de rechange ou approche radicale

Les écologistes radicaux[10] soutiennent qu'il faut actualiser au grand complet les relations qui existent entre l'être humain et l'écologie afin de donner lieu à la protection de l'environnement. Nos structures économique, politique, juridique et sociale sont les causes de la crise écologique et chacune de ces structures doit être complètement modifiée afin de vraiment régler le problème : le raccommodage des lois actuelles ne suffira pas. Les branches de l'ÉE appelées écoféminisme[11] et justice sociale sont mieux connues des juristes. L'écoféminisme fait écho aux principales branches du féminisme en ce sens qu'il affirme que les mêmes structures et concepts sociaux et économiques qui dévalorisent les femmes et leur enlèvent du pouvoir dévalorisent également l'environnement et lui enlève du pouvoir. Les luttes contre les dichotomies, l'exploitation et les hiérarchies, qui renouvelleront le respect pour les femmes et leurs donneront plus de pouvoir, permettront également de mieux comprendre la valeur et les droits de l'environnement. De même, l'écologie sociale met l'accent sur le fait que ce ne sont pas les êtres humains en soi mais plutôt nos structures actuelles de domination, de hiérarchies et de discrimination qui font du tort à l'être humain ainsi qu'à l'environnement dans lequel nous vivons. Si la société était plus égalitaire et démocratique, le respect de la nature serait plus grand.

La justice environnementale[12], soit un mouvement distinct mais connexe, a pris naissance aux États-Unis dans les années 1970. Ce mouvement fait enquête sur les faits de l'écoracisme tels que les raisons pour lesquelles des installations qui nuisent à l'environnement se trouvent plus souvent dans les quartiers à plus faibles revenus ou racialisés, et pourquoi certains groupes désavantagés portent des fardeaux environnementaux disproportionnés sans pouvoir profiter des bienfaits connexes.

Justice écologique

K. Bossleman soutient que tout comme la justice constitue un principe fondamental du droit, la justice écologique devrait constituer un élément fondamental du droit de l'environnement[13]. La justice écologique consiste en

---

10. Par exemple, Arne Naess, « The Shallow and the Deep, Long Range Ecology Movements : A Summary » (1973) 16 *Inquiry* 95, et *Ecology, Community and Lifestyle*, traduit par David Rothenberg (Cambridge : Cambridge University Press, 1989).
11. Voir H McLeod-Kilmurray « An Ecofeminist Legal Critique of Canadian Environmental Law : The Case Study of Genetically Modified Foods » (2009) 26 *Windsor Rev Legal Soc Issues* 129.
12. Voir H McLeod-Kilmurray « Does Preserving the Environment Advance or Conflict with Social Justice and Human Rights ? » dans S Rodgers et S McIntyre, *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat ?* (Markham : LexisNexis Canada, 2010), p. 466.
13. K Bosselman, « Ecological Justice and Law » dans BJ Richardson et S Wood, *Environmental Law for Sustainability* (Oxford : Hart, 2006), p. 146.

trois éléments : i) la justice intergénérationnelle ; ii) la justice intragénérationnelle ; et iii) la justice interespèces. La justice intergénérationnelle se rapporte aux droits des générations futures. La justice intragénérationnelle soutient qu'au sein de la génération actuelle, les dommages et les biens environnementaux devraient être répartis de manière équitable (comme un aspect crucial de la justice du climat). La justice interespèces suggère que l'anthropocentrisme est un spécisme et une autre forme de discrimination. Cet aspect est parfois soulevé par les défenseurs d'un régime alimentaire végétarien, non seulement pour les animaux non humains qui sont les premières victimes de la consommation de viande, mais aussi pour les générations présentes et futures d'animaux humains qui souffrent des dommages causés par la pollution et le changement climatique découlant de ces pratiques.

Maintenant, nous allons nous pencher sur l'éthique de l'environnement dans les lois canadiennes sur l'environnement.

L'ÉTHIQUE DANS LES LOIS CANADIENNES

Mickelson et Rees soutiennent que le droit de l'environnement au Canada tient compte de la perspective scientifique et éthique qui domine actuellement au sein des cultures industrielles à travers le monde, mais qu'il n'y a rien de « naturel » au sujet de cette perspective. Pour sa part, Freyfogle observe que le droit de l'environnement perçoit la pollution comme un problème isolé et qu'il se concentre sur son utilité pour l'être humain, sur les effets plutôt que sur les causes ainsi que sur des sphères isolées comme l'air, l'eau ou la terre. Les concepts propres à l'éthique de l'environnement, tels que les concepts d'aucune perte nette, la réflexion à long terme, la précaution et la prévention sont pertinents à l'évolution du processus législatif et judiciaire. L'ÉE peut permettre de justifier de traiter l'environnement non pas comme une considération ou comme un « intérêt » spécial, mais plutôt comme un élément relevant de toutes les politiques établies et des processus décisionnels[14]. Les lois sur l'environnement nécessitent une interprétation, et certaines lois contiennent des préambules ou des objets assortis de principes et d'éthique dont le but est de guider leur application. Puisque l'éthique est intégrée aux lois sur l'environnement, elle devrait également faire partie des décisions rendues en matière d'environnement.

14. [TRADUCTION] « Nous sommes naïfs d'assumer que l'environnement est un choix parmi d'autres. À la place, il est temps que nous nous occupions du fait que l'environnement constitue la subsistance de toute la vie. L'« environnement » est une condition inévitable de la possibilité de l'émergence d'autres priorités sectorielles ». IL Stefanovic, *Safeguarding Our Common Future : Rethinking Sustainable Development* (Albany : State University of New York Press, 2000), p. 42.

En Ontario, la *Loi sur les évaluations environnementales*[15] a pour objet « d'améliorer la situation des résidents de l'Ontario […] en assurant la protection, la conservation et la gestion prudente de l'environnement en Ontario. » Cela reflète une perspective anthropocentrique et instrumentaliste. En contraste, la *Charte des droits environnementaux* de 1993[16] dispose que « [l]a population de l'Ontario reconnaît la valeur inhérente de l'environnement naturel […] [et] a droit à un environnement sain. [Elle] a comme objectif commun la protection… de l'environnement naturel au profit des générations présentes et futures ». Cela se rapporte à la valeur inhérente de la nature, à la création déontologique d'un droit à un environnement sain et aux devoirs intergénérationnels. Cela se rapporte également aux valeurs et aux avantages collectifs, et non pas seulement aux préoccupations individuelles. Aucune mention n'est faite d'intérêts concurrentiels comme le développement. La *Loi sur la protection de l'environnement*[17] n'a pas de préambule mais son objet officiel est « d'assurer la protection et la conservation de l'environnement naturel[18] ».

Au Québec, l'article 6 de la *Loi sur le développement durable*[19] énumère 16 principes de développement durable. Le premier porte sur la « santé et qualité de vie », soit un principe fortement anthropocentrique tandis que le deuxième porte sur l'« équité et solidarité sociales », ce qui signifie que « les actions de développement doivent être entreprises dans un souci d'équité intra et intergénérationnelle ainsi que d'éthique et de solidarité sociales », ce qui a pour effet de mettre l'accent sur deux des trois branches de la justice écologique. Même les principes les plus écocentriques de cette loi se rattachent de près aux intérêts de l'être humain. Ainsi, le principe 12 porte sur la protection de la biodiversité parce que « la diversité biologique rend des services inestimables et doit être conservée pour le bénéfice des générations actuelles et futures ». Cependant, un autre principe met l'accent sur le « respect de la capacité de support des écosystèmes » afin « d'en assurer la pérennité », ce qui est davantage écocentrique.

Au niveau fédéral, le préambule de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999*[20] (LCPE) fait allusion à presque tous les grands principes du droit de l'environnement, soit le développement durable, la prévention de la pollution, la protection, l'approche écosystémique, le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur, la diversité biologique et « les avantages humains

15. LRO 1990, c E.18.
16. LO 1993, c 28.
17. LRO 1990, c E.19.
18. *Ibid.*, art 2. Pour obtenir l'analyse des objectifs d'autres lois provinciales en matière de politiques, voir l'introduction de J Benidickson, *Environmental Law*, 3e éd. (Toronto : Irwin Law Inc, 2009).
19. RLRQ, ch D-8.1.1.
20. LC 1999, ch 33.

et écologiques découlant, à court et à long terme, de la mesure de protection de l'environnement». La loi reconnaît la valeur intrinsèque de la biodiversité et crée un devoir juridique obligatoire de précaution, tout cela en tenant compte du bien-être de l'environnement en adoptant une approche écocentrique[21]. Le préambule de la *Loi sur les espèces en péril*[22] constitue peut-être la mention la plus écocentrique et cite que «les espèces sauvages, sous toutes leurs formes, ont leur valeur intrinsèque» et que le gouvernement du Canada s'est engagé à conserver la diversité biologique». Par ailleurs, tant les individus (art. 32) que les espèces (art. 6) sont protégés.

L'idée que l'éthique de l'environnement joue un rôle dans la formulation des lois sur l'environnement a également été acceptée par le système judiciaire canadien, tel qu'illustré dans les affaires dont il est question ci-dessous.

L'ÉTHIQUE DANS LA JURISPRUDENCE CANADIENNE SUR L'ENVIRONNEMENT

Compétence en matière d'environnement : *Hydro-Québec*

Après avoir été accusée de rejeter des BPC, Hydro-Québec a soutenu qu'en réglementant les substances toxiques, la LCPE[23] est *ultra vires*, car elle outrepasse les compétences législatives dévolues au Parlement fédéral[24]. La majorité a déclaré qu'il s'agissait d'un exercice valable relativement au pouvoir du fédéral en matière de droit criminel, tandis que la dissidence se montrait en désaccord parce que la pollution était tout simplement réglementée et non pas interdite. Tout d'abord, au Canada, la division même des pouvoirs présente un défi sur le plan de la perspective holistique ou écosystémique, ce qui laisse entrevoir une perspective anthropocentrique en ce sens que les politiques s'élèvent au-dessus des réalités environnementales. Ensuite, les motifs divergents peuvent s'expliquer au moyen de principes d'éthique différents. Au nom de la majorité, le juge La Forest a fait remarquer que la protection de l'environnement «vise un objectif public d'une importance supérieure[25]». Cela l'a ensuite amené à souligner que les tribunaux «doivent se rappeler que la Constitution doit être interprétée de manière à tenir compte pleinement des nouvelles réalités et de la nature du sujet que l'on veut réglementer. En raison du caractère omniprésent et diffus de l'environnement, cette réalité pose des difficultés particulières dans le présent contexte[26]». Il a ensuite ajouté que «la responsabilité de

21. *Ibid.*, art 2(1).
22. LC 2002, c 29.
23. LC 1999, c 33.
24. *R* c *Hydro-Québec*, [1997] 3 LRC 213.
25. *Ibid.*, p. 266.
26. *Ibid.*, p. 267.

l'être humain envers l'environnement est une valeur fondamentale de notre société, et que le Parlement peut recourir à sa compétence en matière de droit criminel pour mettre cette valeur en relief. Le droit criminel doit pouvoir s'adapter à nos nouvelles valeurs et les protéger[27] ». Plus particulièrement, la législation vise à assurer la protection de l'environnement sur le plan pratique ainsi qu'à établir des normes et une prise de conscience à l'égard des valeurs « sous-jacentes ».

En dernier lieu, une perspective anthropocentrique faible est ressortie du syntagme « [l]'intérêt qu'ont les êtres humains dans l'environnement va sûrement au-delà de leurs propres vie et santé[28] ». Les dispositions mêmes de la LCPE à l'égard des substances toxiques[29] séparent la protection de l'environnement des inquiétudes en matière de vie et de santé humaines, ce qui laisse entrevoir un point de vue écocentrique :

> Le Parlement avait manifestement l'intention de permettre au gouvernement fédéral d'intervenir en cas de risque pour l'environnement même, peu importe que les substances concernées constituent ou non une menace pour la santé humaine ou que l'aspect de l'environnement touché soit essentiel ou non à la vie humaine[30].

Toutefois, c'était cet écocentrisme qui était à la source du problème parce qu'il avait pour effet d'éloigner la loi de la branche de la santé en matière de compétence en droit criminel. Il s'agit là d'un exemple illustrant comment l'ÉE peut entrer en conflit avec l'anthropocentrisme profondément enraciné dans les cadres juridiques dominants.

Interprétation des règles administratives : *Compagnie Pétrolière Impériale*

Le juge LeBel a appliqué le principe de l'éthique de l'environnement à l'affaire de la *Compagnie Pétrolière Impériale*[31]. « Bien que le pourvoi examiné par la Cour pose un problème de droit administratif dans le cadre d'un recours en révision judiciaire, la question en jeu se rattache à un problème de protection de l'environnement au Québec[32]. » Le jugement énonce d'abord une vue d'ensemble des inquiétudes environnementales et des objectifs de la réglementation au Québec et mentionne que « ce souci ne correspond pas seulement à la volonté collective de le protéger [l'environnement] 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

27. *Ibid.*, p. 297.
28. *Ibid.*, p. 300.
29. *Supra* note 23, art 11 et 35(1).
30. *Supra* note 24, p. 247.
31. [2003] 2 RCS 624, 2003 CSC 58.
32. *Ibid.*, par 18.

d'une dette environnementale envers l'humanité et le monde de demain[33] ». La Cour a mis en application le principe du pollueur-payeur en concluant que les règles régissant les conflits d'intérêt s'appliquaient différemment dans le contexte de l'application du pouvoir discrétionnaire en matière d'environnement et qu'elles peuvent légitimer une responsabilité rétroactive. Par conséquent, les juges peuvent faire appel aux principes et à l'éthique de l'environnement dans le cadre de l'interprétation de règles plus larges telles que celles régissant les conflits d'intérêt administratifs.

Détermination de la peine en droit de l'environnement : *Van Waters*

Un autre exemple dans le cadre duquel l'ÉE est entrée en jeu a trait à la détermination de la peine dans l'affaire *Van Waters*[34]. Le juge a produit un long extrait de l'ouvrage de la Commission de réforme du droit intitulé *La* détermination de la peine en droit de l'*environnement*[35] :

> [E]n matière d'environnement, le principe voulant que la protection de la société prime […] vient confirmer la gravité de l'infraction […] il justifie le recours à des mesures fortement dissuasives et l'imposition de sanctions rigoureuses, quelle que soit la gravité du préjudice causé aux personnes ou à l'environnement. La principale qualité de ce principe est de valoriser une éthique de l'environnement suivant laquelle [TRADUCTION] « les divers éléments de la communauté terrestre [ont] une valeur intrinsèque, et non pas seulement une valeur contributive ou utilitaire ». Par conséquent, [TRADUCTION] « les décisions ont une portée plus significative compte tenu de la capacité accrue des êtres humains de modifier leur environnement, comme en témoignent la pollution de l'air, de l'eau, de la mer et de la terre[36] ».

La Cour cite le rapport, en prenant soin de faire allusion à la conscience écologique judiciaire :

> Environmental cases put the courts in the difficult position of having to impose a sentence in the context of uncertainty about the degree of risk inherent in the offence or the amount of damage caused […] In the face of this uncertainty, some courts are willing to impose substantial sentences, while others hold out for proof of substantial risk or harm. The difference […] lies in the ecological consciousness of the judge. Ecological consciousness is an ability to see past the obvious and immediate conflicting interests […] It requires an understanding that everything in the environment is interdependent, and that harm to one aspect of the environment, no matter how insignificant it might seem or how unrelated to

33. *Ibid.*, par 19, citant *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c *Hudson (Ville)*, [2001] 2 RCS 241, 2001 CSC 40, par. 1.
34. *R* c *Van Waters & Rogers Ltd*, 1998 ABPC 55.
35. John Swaigen et Gail Bunt, *La détermination de la peine en droit de l'environnement* (Ottawa, Commission de réforme du droit, 1985), [en ligne] <http://www.lareau-legal.ca/SentencingFrench.pdf>.
36. *Ibid.*, p. 9, cité dans *supra* note 34, par 23.

> human concerns it might appear, has the potential to accumulate and ultimately to diminish the diversity and strength of the ecosystem. Some judges have this consciousness; some do not[37].

Le fait que le tribunal soit prêt à inclure de si longs extraits montre qu'il estimait que cette éthique de l'environnement devrait guider la détermination de la peine dans le droit de l'environnement.

Principes de *common law*

L'éthique de l'environnement peut également revêtir de la pertinence dans l'application des règles de *common law*. Dans le cadre de recours collectifs tels que ceux de *Hollick*[38], *Hoffman*[39] et *Pearson*[40], les tribunaux semblaient réticents à élargir des causes d'action de *common law* comme la nuisance, l'intrusion et la responsabilité stricte dans le but de s'attaquer aux nouveaux types de dommages relevant des affaires environnementales. Dans certains cas, il existe une préférence pour des principes d'éthique concurrentiels. Dans l'affaire *Hoffman*, dans le cadre de laquelle les producteurs de canola biologique cherchaient à obtenir la certification d'un recours collectif afin de poursuivre en justice les producteurs de canola génétiquement modifié (GM) pour les dommages subis, le tribunal a soutenu que le simple fait de commercialiser du canola GM ne suffit pas à constituer une intrusion[41], et la nuisance peut être difficile à établir parce que la prévalence de la production de canola GM a rendu la terre visée par la production de canola biologique « exagérément sensible » et que les semences ne provenaient pas directement des producteurs mais plutôt de l'agriculteur intermédiaire. Le tribunal a ajouté qu'une certification n'était pas justifiée pour ce recours collectif parce que chaque défendeur avait connu un degré différent de dommages, ce qui signifie que les enjeux personnels prendraient le dessus sur les enjeux collectifs. Le tribunal semblait davantage influencé par l'éthique traditionnelle des règles de la *common law* comme le préjudice individuel, les dommages économiques et la structure

---

37. *Supra* note 34, par 27.
38. *Hollick* c *Metropolitan Toronto (Municipality)* (1998), 27 CELR (NS) 48-62 (CP (Gén Div) Ont); rév (1999), 28 CELR (NS) 198 (PCr (Gen Div) Ont); confirmé (2000), 32 CELR (NS) 1 (CA Ont); confirmé (2001), 205 DLR (4e) 19 (CSC).
39. *Hoffman* c *Monsanto Canada Inc*, 2005 SKQB 225, confirmé 2007 SKCA 47, autorisation d'appel refusée [2007] SCCA nº 347 [*Hoffman*].
40. *Pearson* c *Inco Ltd* (2001), 42 CELR (NS) 273 (CS Ont), confirmé (2002), 45 CELR (NS) 317 (CS (C Div) Ont), rév (2005), 261 DLR (4th) 629 (CA Ont; dépens accordés (2006), 146 ACWS (3d) 600 (CA Ont); demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens 2006] CSC nº 1.
41. *Hoffman*, *supra* note 39, par 131.

bipolaire des litiges plutôt que par le préjudice collectif à l'écosystème qui était, sans contredit, la nature véritable du problème[42].

Par contraste, dans l'affaire *Ciment St-Laurent*[43], le tribunal a interprété le concept civil des « troubles de voisinage[44] », qui s'apparente au principe de la nuisance en *common law*, d'une manière qui protégeait l'environnement. Il a soutenu que la nuisance environnementale constitue une infraction au titre de la responsabilité stricte[45], s'assurant ainsi de l'application du principe du pollueur-payant et a ajouté que le droit privé l'emporte même contre l'autorisation réglementaire de l'entreprise[46]. Ces affaires opposées montrent que des perspectives environnementales différentes et les principes d'éthique peuvent influencer la manière dont les principes de *common law* sont interprétés et mis en application. La Cour suprême a elle-même déclaré qu' « il n'y a aucune raison de négliger la possibilité que la *common law*, si elle évolue de façon progressive et conforme aux principes, contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu'est la protection de l'environnement[47] ».

Recours

Dans l'affaire *Canadian Forest Products Ltd (Canfor)*[48], la Cour suprême devait évaluer les dommages ayant découlé d'un feu de forêt. La cour était prête à considérer des arguments au sujet de la « valeur intrinsèque » de la forêt ainsi qu'au sujet de sa valeur d'intérêt public et non pas seulement de sa valeur de bois d'œuvre utilitaire. La Cour a soutenu que « le dossier ne lui donnait aucun moyen de quantifier la perte 'écologique ou environnementale'[49] », ce qui aurait pu comprendre des éléments comme « la valeur de jouissance, la valeur de jouissance passive ou d'existence et la valeur intrinsèque[50] ». La Cour aurait été prête à les prendre en considération, mais les parties ont omis de fournir ces moyens dans ce cas.

---

42. H McLeod-Kilmurray « *Hoffman v Monsanto* : Courts, Class Actions and Perceptions of the Problem of GM Drift » (2007) 27 :3 *Bull Science, Techn & Soc* 188.
43. *Ciment St-Laurent* c *Barette*, 2008 CSC 64 [*Barette*].
44. *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64, art 976.
45. *Distinguished in Susan Heyes Inc. (Hazel & Co.)* c *South Coast B.C. Transportation Authority*, 2011 BCCA 77
46. *Barette*, *supra* note 43, par 80.
47. *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products*, 2004 CSC 38, par 155.
48. *Ibid.*
49. *Ibid.*, par 137.
50. *Ibid.*, par 138.

Règles de procédure

Dans le contexte procédural, on a demandé à la Cour supérieure de l'Ontario, dans le cadre de l'affaire *Platinex*[51], d'interrompre l'exploration minière sur des terres autochtones déjà revendiquées. Une partie de la demande d'injonction consiste à déterminer si le refus d'interrompre l'exploration causerait des dommages irréparables à la partie requérante. La Cour a déclaré :

> [TRADUCTION] Un dommage irréparable pourrait être causé à la communauté KI non seulement parce qu'elle perdrait une bande de terre précieuse […] mais – fait plus important encore –, elle perdrait peut-être une bande de terre qui est importante d'un point de vue culturel et spirituel. Or, aucuns dommages-intérêts ne sauraient compenser une telle perte au sein de la communauté KI. L'identité, la spiritualité, les lois, les traditions, la culture et les droits des communautés autochtones sont liés à la terre et en découlent. C'est un point de vue qui est étranger aux personnes qui ne sont pas autochtones[52].

La Cour a alors accordé une injonction interlocutoire en fonction de ces principes d'éthique. Le fait que les juges soient appelés à écouter des preuves fondées sur diverses perspectives éthiques montre l'utilité de l'éthique de l'environnement pour comprendre la position des parties et favoriser la résolution des conflits.

CONCLUSION

Dans quelle mesure les tribunaux tiennent-ils compte de l'éthique de l'environnement ? Selon VanderZwaag, l'un des rôles des tribunaux consiste à élaborer et à mettre en application des principes jusqu'à ce que d'autres branches commencent à le faire efficacement : [TRADUCTION] « Les juges peuvent jouer le rôle de filet de sécurité en poussant les sociétés dans la direction du développement durable. Les juges, qui sont non seulement guidés par leurs passions philosophiques personnelles ou par l'idéologie collective, peuvent se reporter explicitement aux principes internationaux en évolution constante lorsque

---

51. *Platinex Inc* c *Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation* (2006), 272 DLR (4th) 727 (CS Ont).
52. *Ibid.*, par 79-80 ; varied (2007) 29 CELR (3d) 116 : « [79] Irreparable harm may be caused to KI not only because it may lose a valuable tract of land in the resolution of its TLE Claim, but also, and more importantly, because it may lose land that is important from a cultural and spiritual perspective. No award of damages could possibly compensate KI for this loss. [80] It is critical to consider the nature of the potential loss from an Aboriginal perspective. From that perspective, the relationship that Aboriginal peoples have with the land cannot be understated. The land is the very essence of their being. It is their very heart and soul. No amount of money can compensate for its loss. Aboriginal identity, spirituality, laws, traditions, culture, and rights are connected to and arise from this relationship to the land. This is a perspective that is foreign to and often difficult to understand from a non-Aboriginal viewpoint », *Platinex Inc.* c *Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2006 CanLII 26171 (ON SC).

vient le temps de déterminer si la confiance du public est atteinte[53]. » Il peut en être de même de l'éthique de l'environnement. Le fait de bien connaître ces concepts peut aider les juges à déterminer, évaluer et exprimer les perspectives et les intérêts concurrentiels relevant d'affaires environnementales de manière plus claire et plus juste, ce qui se traduira par une meilleure protection de l'environnement.

53. DL VanderZwaag, « The Concept and Principles of Sustainable Development : 'Rio-formulating' Common Law Doctrines and Environmental Laws » (1993) 13 *Windsor YB Acces Just* 39, p. 66.

Chapitre 6

L'intersection entre les droits de la personne et le droit de l'environnement

Nickie Vlavianos

« De naissance, nous croyons que nous avons droit à l'eau et à l'air propres ; pour une certaine raison, nous présumons que ces droits importants et fondamentaux sont protégés par la loi. »
[TRADUCTION]

~ Elizabeth Swanson et Elaine Hughes[1]

Aux yeux des décideurs, des auteurs et des plaideurs, les effets sur l'environnement – comme la pollution de l'air et de l'eau – sont de plus en plus considérés comme des questions ou des enjeux relevant des droits de la personne. Au Canada, un procès s'est penché sur une violation présumée des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) et ce, dans le contexte de l'exposition à des substances toxiques dans la vallée de la chimie de Sarnia[2]. Pour leur part, des propriétaires fonciers de l'Alberta présument des violations de l'article 7 de la Charte dans le contexte des effets environnementaux découlant des installations pétrolières et gazières[3]. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu à maintes reprises que les

1. Elizabeth Swanson et Elaine Hughes, *The Price of Pollution*, Edmonton, Environmental Law Centre, 1990, p. 205.
2. *Ada Lockridge and Ronald Plain* c *Director (Ministry of the Environment) et al*, Notice of Application to Divisional Court for Judicial Review, 29 octobre 2010 (Ontario).
3. *Domke* c *Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2008 ABCA 232 ; *Kelly* c *Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2008 ABCA 52.

dommages causés à l'environnement par les activités industrielles peuvent porter atteinte aux droits de la personne[4]. Au Nigeria, des tribunaux ont annulé des règlements autorisant le brûlage du gaz à la torche pour des raisons se rapportant aux droits de la personne[5].

Ce chapitre explore l'intersection entre les droits de la personne et le droit de l'environnement en examinant pourquoi et comment les droits de la personne sont pertinents dans le contexte des dommages à l'environnement. La deuxième partie du chapitre se penche sur la manière dont les droits de la personne diffère du droit traditionnel de l'environnement et les raisons pour lesquelles les personnes affectées par la dégradation de leur environnement y font de plus en plus souvent référence. La troisième partie du chapitre met en évidence les différentes approches qui sont actuellement préconisées à l'échelle internationale pour faire appel aux droits de la personne dans le contexte de l'environnement. La quatrième partie passe en revue l'état actuel du droit au Canada, tandis que la cinquième partie conclut en notant les principaux défis à relever en matière d'application des droits de la personne dans ce contexte.

POURQUOI LES DROITS DE LA PERSONNE ?

L'idée d'aborder les questions de pollution de l'environnement par le biais des droits de la personne s'éloigne nettement des approches traditionnelles de la protection de l'environnement. Joseph Sax a exposé les différences entre le modèle réglementaire traditionnel régissant la protection de l'environnement et ce à quoi ressemblerait un régime fondé sur les droits[6]. Le modèle réglementaire traditionnel est caractérisé par de vastes pouvoirs gouvernementaux, une liberté de décision absolue en matière administrative et divers droits procéduraux tels que le droit d'être consulté ou le droit d'être entendu dans le cadre d'une tribune de prise de décisions. En revanche, comme le soutient Joseph Sax, un régime véritablement fondé sur les droits serait un régime qui accorderait à ses citoyens des droits de jouissance de l'environnement clairs et fondamentaux qui devraient être équilibrés à la lumière d'autres intérêts juridiquement reconnus (comme les droits de propriété). D'après lui :

> [TRADUCTION] Le citoyen qui s'adresse à un organisme administratif se présente essentiellement à titre de requérant qui demande d'une certaine façon à ce que l'intérêt public soit interprété de manière visant à protéger les valeurs environne-

4. Par exemple : *Lopez Ostra* c *Spain*, 20 Eur HR Rep 277 (1994) ; *Guerra & Others* c *Italy*, 26 Eur HR Rep 357 (1998).
5. *Gbemre* c *Shell Petroleum Development Co Nigeria Ltd et al*, Order of the Federal High Court of Nigeria in the Benin Judicial Division Holden at Court Benin City, 14 novembre 2005.
6. Joseph P Sax, *Defending the Environment : A Strategy for Citizen Action,* New York, A. Knopf, 1970.

> mentales dont il bénéficie. Le statut du citoyen qui s'adresse à la cour est fort différent, en ce sens qu'il devient alors le revendicateur des droits auquel il a droit[7].

Par conséquent, l'une des raisons pour lesquelles il est justifié de faire des revendications au titre des droits de la personne dans le contexte de dommages réels ou éventuels à l'environnement, c'est la valeur juridique du processus décisionnel. Les droits de la personne ne se comparent pas aux autres « intérêts » devant être pris en considération dans les calculs de l'intérêt public (typiques des approches décisionnelles en droit de l'environnement). Plutôt, ils pourraient l'emporter dans l'équilibre des intérêts dans le cas où la décision se solderait autrement par une violation injustifiable des droits de la personne. Comme l'ont fait remarquer John Swaigen et Richard Woods :

> [TRADUCTION] Il arrive parfois qu'un droit fasse obstacle à l'équilibre des intérêts ; par exemple, lorsqu'un droit constitutionnel fondamental empêche la majorité de l'emporter sur l'intérêt d'un particulier ou d'un groupe minoritaire et ce, même si c'est pour servir l'intérêt public ou pour fournir un certain avantage à la collectivité[8].

Dans ce contexte, une autre raison qui permet de justifier le recours aux droits de la personne, c'est son application postérieure aux décisions. Lorsqu'un décideurs n'a pas atteint le juste équilibre et a exercé sa discrétion d'une manière qui viole les droits fondamentaux de la personne, la décision peut être revue même par un intervenant qui n'a pas participé au processus décisionnel en première instance[9]. Par ailleurs, les droits de la personne se trouvent à présenter un véhicule qui a non seulement pour but d'influencer une décision et (ou) de contester une décision, mais ils permettent également de contester les lois, les règlements et les normes relatifs à l'environnement qui ont pour effet de contrevenir aux droits fondamentaux de la personne[10].

---

7. Sax, *ibid*, p. 58.
8. John Swaigen et Richard E Woods, « A Substantive Right to Environmental Quality » dans John Swaigen, éd, *Environmental Rights in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 197.
9. Au Canada, décideurs statutaires doivent se conformer à la *Charte* lorsqu'ils exercent leur discrétion. Voir Nickie Vlavianos, « Alberta's Energy and Utilities Board and the Constitution of Canada » (2005) 43 *Alta L Rev* 369 ; Lynda M Collins, « An Ecologically Literate Reading of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (2009) 26 *Windsor Rev Legal & Soc* 7 ; Andrew Gage, « Public Health Hazards and Section 7 of the *Charter* » (2003) 13 *J Env L & Prac* 1 ; Nickie Vlavianos, « Public Participation and the Disposition of Oil and Gas Rights in Alberta » (2007) 17 *J Env L & Prac* 205.
10. Bien que le droit des droits de la personne protège généralement les gens contre les poursuites de l'État plutôt que contre les poursuites privées, les poursuites de l'État font référence au contexte des dommages à l'environnement de trois manières : i) lorsque le gouvernement est l'auteur d'activités industrielles susceptibles de libérer ou d'évacuer des contaminants nuisibles ; ii) lorsque le gouvernement permet ou autorise des activités privées qui causent des dommages à l'environnement ; et iii) lorsque le gouvernement énonce des normes d'origine législative ou réglementaire qui permettent la pollution de l'environnement. Voir Collins, Gage et Vlavianos, *ibid*. L'expression « dommages à l'environnement résultant de l'État » sert généralement à décrire les dommages relevant de l'une de ces trois catégories : voir Collins et Gage, *ibid*.

QUELS DROITS DE LA PERSONNE ?

Dans le contexte de l'environnement, la doctrine juridique révèle trois approches possibles en matière de droits de la personne : i) la création de droits procéduraux en matière d'environnement ; ii) la reconnaissance d'un droit fondamental à la qualité de l'environnement (le droit à un environnement sain, par exemple) ; et iii) la reconnaissance de la violation des droits de la personne en raison de conditions environnementales défavorables[11].

Les droits procéduraux en matière d'environnement

Les droits procéduraux en matière d'environnement comprennent l'accès à l'information sur l'environnement, la participation au processus décisionnel concernant l'environnement et l'accès à la justice en matière d'environnement[12]. Ces droits sont reconnus à l'échelle internationale ainsi qu'à l'échelle nationale dans de nombreux pays du monde entier[13]. Au Canada, les lois fédérales et provinciales appliquent les droits environnementaux de diverses façons, notamment par le biais des lois portant sur l'évaluation des impacts sur l'environnement, de chartes des droits environnementaux et de réglementations administratives qui confèrent aux membres du grand public le droit de contester les décisions prises par le gouvernement en matière d'environnement[14].

Bien que les droits procéduraux soient importants, les universitaires s'accordent à dire qu'ils ne peuvent pas, en eux-mêmes, fournir un remède aux impacts des dommages environnementaux causés par l'État. Le terme "substantiel" concerne les questions de fond (c'est-à-dire en quoi consiste le droit), et le terme "procédural" fait référence au processus par lequel le droit peut être appliqué[15]. En l'absence de droits substantiels, les droits procéduraux permettent uniquement de mettre en balance les intérêts (par opposition aux droits). Ils peuvent amener les parties à la table des négociations, mais ils ne fixent pas de limites extérieures aux décisions qui sont acceptables. Ils n'orientent pas non plus le cours de la prise de décision de manière évidente.

---

11. Collins, *supra* note 9, p. 10.
12. *Ibid.*
13. À l'échelle internationale, la déclaration la plus importante s'intitule la *Convention sur l'accès à l'information, la participa*tion du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus), 25 juin 1998.
14. Collins, *supra* note 9, p. 10. Selon David Boyd, les lois canadiennes ne respectent pas les normes établies en vertu de la *Convention d'Aarhus* (dont le Canada ne fait pas partie) : David R Boyd, *The Environmental Rights Revolution : A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2011.
15. Swanson et Hughes, *supra* note 1, p. 206.

Les droits environnementaux fondamentaux

Il existe deux possibilités pour la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne dans le contexte de l'environnement, soit i) la reconnaissance d'un droit indépendant à la qualité de l'environnement, et ii) la reconnaissance que les droits environnementaux sont implicites à la lumière des limites déjà établies en matière de droits de la personne.

Un droit indépendant à la qualité de l'environnement

Le droit indépendant à la qualité de l'environnement a déjà été décrit comme le doit à un environnement sain, sûr et/ou équilibré du point de vue écologique[16]. Bien qu'il y ait un certain chevauchement, un droit indépendant à la qualité de l'environnement est un droit qui va au-delà des droits existants[17]. En vertu du fait d'être un être humain, chaque personne a droit à une qualité de base par rapport à son environnement.

D'après les auteurs, sur la scène internationale, ce droit est reconnu, expressément ou implicitement, dans le cadre d'un important ensemble de traités sur les droits de la personne (comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et la *Convention relative aux droits de l'enfant*), de diverses déclarations (comme la *Déclaration sur l'environnement* et la *Déclaration de Rio*) et de divers traités régionaux sur les droits de la personne (comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* et la *Convention d'Aarhus*)[18]. Les tribunaux des droits de la personne qui veillent à la mise en application des traités régionaux et internationaux des droits de la personne ont accumulé un important ensemble de décisions qui ont eu pour effet de faire respecter le droit à un environnement sain[19]. Quatre-vingt-dix constitutions nationales reconnaissent que leurs citoyens ont le droit fondamental de vivre dans un environnement sain[20].

Il existe néanmoins un débat à savoir si le droit indépendant à la qualité de l'environnement est un principe du droit international coutumier qui est

---

16. Voir Boyd, *supra* note 14 ; James T McClymonds, « The Human Right to a Healthy Environment : An International Legal Perspective » (1993) 37 *NYL Sch L Rev* 583 ; Diana Shelton, « Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment » (1991) 28 *Stanford J of Int'l L* 103.
17. Collins, *supra* note 9, p. 10.
18. Voir Lynda M Collins, « Are We There Yet ? The Right to Environment in International and European Law » (2007) *McGill JSDLP* 119 ; John Lee, « The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law » (2000) 25 *Colum J Envt'l L* 238.
19. Boyd, *supra* note 14, p. 165.
20. Boyd, *ibid*, p. 91.

obligatoire pour toutes les nations, même sans leur consentement. Certains concluent que c'est effectivement le cas[21]. D'autres font preuve de plus de prudence et affirment que bien que ce ne soit toujours pas le cas, il se pourrait qu'il s'impose en tant que droit international coutumier[22].

Au Canada, la Constitution ne reconnaît pas explicitement un droit indépendant à la qualité de l'environnement. Même les chartes des droits environnementaux n'établissent pas de droits fondamentaux obligatoires à un environnement sain ou propre[23]. Le Québec est la seule province dont les lois sur les droits de la personne reconnaissent le droit à un environnement sain[24].

Est-ce qu'il est possible qu'un droit indépendant à la qualité de l'environnement existe implicitement dans la Constitution canadienne ou dans la *common law* du Canada ? La Cour suprême du Canada a effectivement reconnu que « […] 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*[25] ».

Le statut juridique d'un tel droit n'est pas clair dans les lois canadiennes. Dans la mesure où il s'agit d'une règle de droit international coutumier, il est permis de croire que cela fait partie de la *common law* du Canada[26]. Cependant, à tout le moins, les auteurs font remarquer que certains développements à l'échelle internationale pourraient (et devraient, aux dires de certains) aider à interpréter les dispositions actuelles du droit constitutionnel et de la législation. En effet, la Cour suprême du Canada s'est servie, à maintes reprises, du droit international contraignant et non contraignant pour interpréter le droit canadien, surtout dans des litiges faisant appel à la Charte et à la protection de l'environnement[27]. L'approche contextuelle de l'interprétation des lois implique que les lois doivent être lues en tenant compte d'un contexte juridique plus large qui comprend toutes les valeurs et tous les principes pertinents exprimés

---

21. Voir Collins, *supra* note 9 ; Boyd, *supra* note 14 ; L Rodriguez-Rivera, « Is the Human Right to Environment Recognized under International Law ? It Depends on its Source » (2001) 12 *Col J Int'l Envt'l L* 1.
22. Voir McClymonds et Shelton, *supra* note 16.
23. Cinq provinces et territoires du Canada sont dotés d'une charte des droits environnementaux, soit le Québec, l'Ontario, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut. Malgré certaines mentions relatives au droit à un environnement sain dans les préambules et les objets, ces chartes se concentrent sur les droits procéduraux environnementaux : Boyd, *supra* note 14.
24. *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12. Cependant, la formulation restrictive des dispositions (garantissant le droit « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi ») signifie que son effet est vraisemblablement restreint : Boyd, *ibid*.
25. Voir *Ontario* c *Canadien Pacifique*, [1995] 2 RCS 1031, par 55 (accent mis dans l'original) ; *R* c *Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213.
26. Collins, *supra* notes 9, p. 20.
27. Voir Boyd, *supra* note 14 ; Elizabeth Brandon, « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts ? » (2001) 11 *J Env'l L & Prac* 399.

par la collectivité internationale (contraignants et non contraignants) et qui sont reflétés dans la politique ou le droit canadien[28].

La protection de l'environnement dans les limites des droits actuels de la personne

La troisième approche, et celle qui est la plus établie[29], implique la reconnaissance du fait que les droits actuels de la personne peuvent être violés en présence de conditions environnementales défavorables. L'idée repose sur le fait que les dommages à l'environnement peuvent compromettre et miner tous les droits de la personne dont il est question dans la *Déclaration universelle* ainsi que dans tous les autres instruments sur les droits de la personne[30]. Les auteurs font remarquer que la dégradation de l'environnement peut se traduire par des violations de divers droits de la personne qui sont reconnus dans le monde entier, dont le droit à la vie, le droit à la santé, le droit à la vie privée, le droit à la vie de famille, le droit à un niveau de vie adéquat, le droit à la religion et/ou le droit à la culture. Aux niveaux international, national et régional, les tribunaux ont adopté une approche de conscience écologique dans le cadre de leurs instruments respectifs des droits de la personne afin de protéger les droits fondamentaux de la personne contre les dommages à l'environnement résultant de l'État[31].

Le droit de la personne le plus reconnu et le plus pertinent est le droit à la vie, qui est énoncé de diverses manières dans les conventions et les déclarations internationales, de même que dans les traités régionaux et les constitutions nationales. Comme l'a affirmé Neil Popovic :

> [TRADUCTION] Le droit à la vie représente la doctrine relative aux droits de la personne la plus fondamentale. Il s'agit d'un préalable essentiel et non dérogeable à la jouissance de tous les autres droits. Les problèmes environnementaux qui ont pour effet de mettre la vie en danger, directement ou indirectement, touchent à ce droit fondamental[32].

Bien qu'aucun organe juridique de calibre international n'ait fait de déclaration définitive dans le cadre d'un cas concret, les tribunaux et les auteurs ont précisé les dimensions environnementales de ce droit. Par exemple, le

---

28. *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817.
29. Collins, *supra* note 9, p. 11.
30. *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie* c *Slovaquie)*, [1997] ICJ Rep 92, opinion distincte mais concordante du juge Weeramantry.
31. Collins, *supra* note 9, p. 17. Pour lire le sommaire des décisions pertinentes, voir Collins et Gage, *supra* note 9 ; Boyd, *supra* note 14 ; Nickie Vlavianos, *Health, Human Rights and Resource Development in Alberta : Current and Emerging Law*, Human Rights Paper #1, Calgary, Institut canadien du droit des ressources, 2003.
32. Neil Popovic, « In Pursuit of Environmental Human Rights : Commentary on the Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment » (1996) 27 *Colum Human Rts L Rev* 487, p. 512.

Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies a déclaré que le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sûreté dans le droit international ont été interprétés de manière trop étroite et qu'ils comprennent des d'obligations de l'État à protéger l'être humain contre les dangers (ce qui comprend les dangers écologiques), à la survie ou à la qualité de vie[33]. Plus tôt, dans *EHP* c *Canada*[34], le Comité a déclaré que le stockage de déchets radioactifs près des habitations soulevait de sérieuses questions en ce qui a trait aux obligations de l'État de protéger la vie humaine. Il a recommandé aux demandeurs canadiens de présenter un recours en vertu de l'article 7 de la *Charte*[35].

Les tribunaux régionaux des droits de la personne soutiennent également que le droit à la vie peut être violé dans le contexte des dommages ou des risques en matière d'environnement. Par exemple, dans *Yanomami Indians* c *Brazil*[36], la Commission interaméricaine des droits de l'homme a soutenu que le Brésil avait violé les droits à la vie, à la liberté et à la sûreté personnelle des peuples yanomami en omettant de prévenir que de graves dommages à l'environnement soient causés par la mise en valeur des ressources naturelles. Ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a fait ressortir le lien qui existe entre le droit à la vie et la pollution de l'environnement dans plusieurs de ses décisions. Dans un cas, une plainte avait été déposée au sujet d'une usine de produits chimiques située à proximité du domicile des plaignants car cette usine libérait de grandes quantités de substances toxiques. Lorsque la Cour a déterminé que le gouvernement n'avait pas dûment protégé les plaignants dans les circonstances, elle a soutenu qu'il y avait eu violation du droit à la vie privée et familiale et du droit à la vie[37].

De même, divers tribunaux nationaux ont abordé les dimensions environnementales du droit à la vie. Ainsi, des tribunaux de l'Inde, du Pakistan, du Bangladesh et du Nigeria, par exemple, ont affirmé à maintes reprises que selon leurs constitutions, le droit à la vie signifie également le droit de vivre dans un environnement sûr et sans pollution. Ces tribunaux ont donc exigé que les

---

33. Commentaire général à propos de l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* émis par le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies dans le cadre de la *Compilation des commentaires généraux et des recommandations générales adoptées par les organes des traités*, UN Doc HRI/GEN/1/Rev 3 (1997).
34. *Communication nº 67/1980*, *EHP* c *Canada*, 2 décisions choisies du Comité des droits de l'homme (1990), 20 (UNDOC CCPR/C/OP/2).
35. *Ibid.* Bien qu'une demande *prima facie* ait été présentée, l'affaire a été rejetée parce que les recours internes n'avaient pas tous été épuisés.
36. (1985), Inter-Am Comm HR 7615, *Annual Report of the International American Commission on Human Rights*: 1984085, OEA/Ser L/V/II.62, Doc 10.
37. Tel que protégé par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 UNTS 222.

gouvernements nettoient la pollution dangereuse entraînant des effets ou des risques sur la santé qui peuvent être graves[38].

L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT AU CANADA

Dans le contexte des dommages à l'environnement au Canada, l'article 7 de la Charte est la disposition la plus souvent revendiquée en matière de droits de la personne[39]. L'article 7 déclare ce qui suit :

> Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

En tentant de considérer si, d'après la jurisprudence actuelle, l'article 7 comporte des dimensions environnementales, les auteurs ont conclu qu'il ne fait aucun doute que ce soit le cas[40]. Bien qu'aucune décision définitive n'ait encore été rendue à ce sujet, les affaires dont été saisis les tribunaux ont permis de comprendre qu'un recours pourrait être possible en fonction des faits. Ces faits devraient prouver qu'il existe des risques ou des effets psychologiques ou physiques importants[41].

Jusqu'à maintenant, l'article 7 a été invoqué dans le contexte environnemental dans plusieurs affaires qui, globalement, ont été rejetées en raison d'autres motifs. Parmi ceux-ci, notons : *Coalition of Citizens for a Charter Challenge* c *Metropolitan Authority*[42] (violation présumé de l'article 7 en fonction d'une menace à la santé de l'être humain, menace découlant de la présence d'un incinérateur à déchets) ; *Manicom* c *Oxford*[43] (violation présumée de l'article 7 découlant d'une décision du gouvernement de placer un site d'enfouissement à proximité du domicile des plaignants) ; *Energy Probe* c *Canada (Procureur général)*[44] (violation présumée de l'article 7 dans le contexte de la limitation de responsabilité d'une centrale nucléaire) ; deux affaires présumant des infractions dans le contexte des effets environnementaux

38. Voir Collins, *supra* note 9 et Boyd, *supra* note 14.
39. D'autres dispositions pourraient avoir une application restreinte. Par exemple, l'article 15 peut s'appliquer [TRADUCTION] « dans le monde de l'environnement, […] lorsqu'un groupe particulier et marginalisé de la société reçoit une moins grande protection environnementale que les groupes de référence » : Collins, *ibid*, p. 43.
40. Voir Boyd, *supra* note 14 ; Collins et Gage, *supra* note 9 ; Vlavianos, *supra* note 31.
41. Dans le contexte environnemental, une affaire pourrait suggérer que l'article 7 ne joue pas de rôle : *Kuczerpa* c *Canada* (1993), 152 NR 207 (CFA). Cependant, les auteurs ont noté les circonstances particulières de l'affaire (un plaideur qui se représente lui-même, une plaidoirie inadéquate de la revendication au titre de la *Charte* et une cause d'action délictuelle pour négligence) : Gage et Collins, *ibid.*
42. (1993), 108 DLR (4th) 145 (NÉ), autorisation d'en appeler à la CSC rejetée [1999] 1 RCS vii.
43. (1985), 52 OR (2d) 137 (C Div Ont).
44. (1989), 58 DLR (4th) 513 (CA Ont)

découlant des exploitations pétrolières et gazières[45] ; deux cas concernant des risques et des effets sur la santé dûs à la fluoration de l'eau potable[46] ; et un procès alléguant des violations à l'article 7 dans le contexte des émissions émanant d'une raffinerie et d'une usine de produits chimiques[47].

La jurisprudence établie en vertu de l'article 7 suggère fortement que cet article offre une protection contre les risques ou les effets déraisonnables en matière de santé humaine[48]. Selon Lynda Collins, une action de l'État qui se traduit clairement par une hausse du risque de décès peut entraîner la privation de ce droit[49]. En matière de sûreté ou de sécurité de la personne, les tribunaux ont déclaré que cela comprend un droit à l'intégrité physique de même qu'un droit à ce que cette intégrité soit libre de dommages et de menaces, ce qui comprend les risques à la santé[50]. Par ailleurs, l'article 7 protège contre les atteintes graves à l'intégrité psychologique d'une personne[51]. Comme le fait remarquer Andrew Gage, lorsqu'une personne a une crainte crédible et réelle pour son bien-être et sa sécurité physique, des questions en matière de sécurité personnelle sont susceptibles de surgir[52].

Même en cas d'effets sur la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne, il n'y a pas violation de l'article 7 à moins que l'empiètement ne se conforme pas aux principes de la justice fondamentale. Même si ces principes comprennent les garanties procédurales habituelles (comme le droit à un procès e équitable), les cas présentent également des éléments fondamentaux. Cela comprend l'inviolabilité de la vie humaine, ce qui signifie, selon Lynda Collins, que toute conduite du gouvernement qui entraînerait la perte réelle ou éventuelle de vie humaine serait insoutenable, peu importe le processus décisionnel qui aurait été adopté. Il existe également une interdiction vis-à-vis de la privation de vie, de liberté ou de sécurité de la personne qui « choquerait la conscience » des Canadiens. Lynda Collins suggère également que certains dommages environnementaux résultant de l'État pourraient se traduire par des effets sur la santé qui seraient si graves et étendus qu'ils constitueraient un choc à la conscience[53].

---

45. *Supra* note 3.
46. *Locke* c *Calgary* (1993), 15 Alta LR 70 (QB Alb) ; *Millership* c *British Columbia*, 2003 BCSC 82.
47. *Supra* note 2. Voir également Ecojustice, « Chemical Valley Challenge » (31 janvier 2012), [en ligne] <http://www.ecojustice.ca/cases/chemical-valley-charter-case>.
48. Quant aux risques, il ne fait aucun doute que la Charte fournit une protection éventuelle : voir *Operation Dismantle* c *La Reine*, [1985] 1 RCS 441.
49. Collins, *supra* note 9, p. 22, citant *Chaoulli* c *Québec*, [1995] 1 RCS 791.
50. *R* c *Morgentaler (nº 2)*, [1988] 1 RCS 30.
51. *Nouveau-Brunswick* c *G(J)*, [1999] 3 RCS 46.
52. Gage, *supra* note 9. Lynda Collins estime qu'il a été déterminé que les personnes exposées à des risques environnementaux connus subissent souvent des effets psychologiques importants, qui se traduisent souvent par de l'anxiété pouvant se transformer en phobie : *supra* note 9, p. 25.
53. Collins, *ibid*, p. 27-28. Voir également Andrew Gage, *ibid*.

Lorsque les tribunaux canadiens interprètent l'article 7 dans le contexte de l'environnement, ils se laisseront vraisemblablement guider par les développements internationaux. Tel qu'indiqué, tant les tribunaux internationaux et régionaux des droits de la personne que de nombreux tribunaux nationaux (relevant notamment de la *common law*) ont soutenu que dans certaines circonstances, les dommages à l'environnement résultant de l'État peuvent se traduire par une violation au droit à la vie. Ces développements devraient avoir un grand effet de persuasion auprès des tribunaux canadiens[54].

CONCLUSION

Les droits de la personne et le droit de l'environnement se recoupent lorsque les droits de la personne subissent les effets de la dégradation de l'environnement. Sur la scène internationale, il existe un mouvement considérable pour l'application des droits de la personne dans le contexte des dommages à l'environnement résultant de l'État. Au Canada, bien que l'application des droits de la personne dans ce contexte en soit toujours à l'état embryonnaire, il n'existe aucune raison, sur le plan de la doctrine, empêchant la Charte de fonder un recours dans certaines circonstances. Néanmoins, les auteurs font remarquer qu'il sera particulièrement difficile de prouver la causalité. Il faudra prouver que l'action de l'État a engendré, ou menacé d'engendrer des dommages réels suffisants pour entraîner la privation de la vie, de la liberté ou de la sûreté ou sécurité de la personne[55]. Puisqu'il est généralement difficile d'établir la causalité dans le contexte environnemental, il est possible qu'il s'agisse là du plus grand obstacle à franchir pour toute réclamation en vertu des droits de la personne dans ce contexte. Il reste à savoir si la preuve dans le procès de la Vallée de la chimie de Sarnia réussira à franchir cet obstacle.

---

54. Des questions relatives à la Charte dans le contexte environnemental peuvent être portées non seulement devant la Cour, mais également devant les tribunaux administratifs. Sous réserve de lois à l'effet contraire, les tribunaux habiletés à déterminer les questions de droit doivent déterminer les questions de droit constitutionnel : *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)* c *Martin*, [2003] 1 RCS 504.
55. Collins, *supra* note 9.

Chapitre 7

L'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones et les enjeux environnementaux : certaines questions

Hadley Friedland

« Il vaut mieux de savoir certaines des questions que toutes les réponses. » [TRADUCTION]

James Thurber

Je soutiens ici qu'il est important et possible pour les praticiens du droit de s'engager de manière sérieuse et soutenue envers les traditions juridiques autochtones. Il s'agit d'un geste important dans le contexte des enjeux environnementaux parce que cela pourrait nous permettre d'aller au-delà de certains « points de friction » à l'égard des conflits relatifs à la mise en valeur des ressources ainsi qu'à l'égard de leurs effets cumulatifs sur les terres traditionnelles. Cela pourrait également nous permettre de mieux comprendre les perspectives autochtones quant aux effets des dommages causés à l'environnement, en plus de nous permettre de mieux comprendre à quoi devraient ressembler des consultations adéquates et des accommodements raisonnables. À plus grande échelle, cela pourrait même favoriser une grande réconciliation entre les peuples du Canada. Bien que l'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones soit possible, il reste des obstacles intellectuels à surmonter avant de se pencher sur les questions d'ordre juridique, politique ou institutionnel qui sont souvent susceptibles de surgir au sujet d'une plus grande reconnaissance officielle de ces traditions juridiques au Canada. Dans le présent

chapitre, je propose certaines méthodes aux praticiens du droit pour qu'ils sachent comment aborder l'aspect intellectuel de cet engagement.

L'ENGAGEMENT PRATIQUE ENVERS LES TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES

Même si nous nous entendons pour dire que la reconnaissance des traditions juridiques autochtones et l'engagement envers celles-ci permettraient de mieux comprendre la perspective autochtone sur les enjeux environnementaux visant les terres traditionnelles, il faut tout de même répondre à la question de *comment* ? Bien que les traditions juridiques autochtones puissent avoir un sens profond pour les personnes faisant partie de collectivités autochtones ou de fortes incidences chez celles-ci[1], je me suis rendu compte qu'en dehors de ces collectivités, ces traditions sont plutôt invisibles ou incompréhensibles. Cette perception est illustrée par le professeur John Borrows dans son livre intitulé *Canada's Indigenous Constitution*, dans lequel il relate une conversation personnelle avec le juge en chef d'une cour d'appel provinciale. Ce juge en chef lui avait carrément dit : [TRADUCTION] « Tu me dis que le droit des autochtones existe. Je n'en crois rien du tout[2]. » Cela dit, même les personnes qui désirent en savoir plus sur les traditions juridiques autochtones ont du mal à y parvenir. La professeure Val Napoleon nous raconte qu'un avocat réputé auprès de groupes autochtones lui avait dit : [TRADUCTION] « Nous savons tous qu'il y a *quelque chose* là, mais nous ne savons pas comment y avoir *accès*[3]. »

De manière générale, lorsque nous discutons, au Canada, de l'utilisation plus publique, plus explicite et plus intégrée des traditions juridiques autochtones, il faut tenir compte de nombreux enjeux d'ordre juridique, pratique et institutionnel. Il y a également de vrais enjeux d'ordre intellectuel à considérer. Je crois que pour bien traiter les enjeux d'ordre juridique, pratique et institutionnel, il faut traiter les enjeux intellectuels au lieu de sauter cette étape et d'assumer que nous connaissons déjà certaines réponses au sujet du contenu substantiel des traditions juridiques autochtones. Par conséquent, la première étape de l'engagement pratique consiste à trouver des moyens de commencer à s'engager envers les traditions juridiques autochtones de manière significative. En réalité, nous devons nous dire : comment pouvons-nous commencer à poser de meilleures questions ?

Afin de commencer à poser de meilleures questions, je propose que nous ayons besoin de trois grandes choses, sur lesquelles je vais élaborer ici.

---

1. John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, p. 23.
2. *Ibid.*, p. 46.
3. Val Napoleon, conversation personnelle, avril 2010.

Premièrement, nous avons besoin d'un point de départ logique. Deuxièmement, nous devons formuler des hypothèses de travail raisonnables et troisièmement, nous devons trouver le moyen d'aller au-delà des généralités et des généralisations. Par la suite, nous serons en mesure de poser des questions ciblées et utiles au sujet des enjeux spécifiques qui se présenteront.

UN POINT DE DÉPART LOGIQUE

Je vais commencer à un niveau très élémentaire car je sais que vous n'êtes pas tous Autochtones et que vous n'avez pas tous déjà été en contact direct avec des communautés autochtones. Je veux suggérer un point de départ logique pour examiner les traditions juridiques autochtones de manière générale, et les principes juridiques autochtones liés aux enjeux environnementaux de manière plus spécifique. Selon moi, ce point de départ ne nécessite aucune connaissance préalable.

Avant la présence européenne, ou avant le « contrôle effectif », les Autochtones ont évolué ici, dans ces lieux, en groupes, pendant des milliers d'années. Lorsque des groupes d'êtres humains vivent ensemble, nous savons qu'ils ont des façons de se gérer et de gérer toutes leurs affaires[4]. Ce travail de coordination est le plus commun des dénominateurs communs du droit[5]. Les sociétés autochtones ont récolté les ressources et se sont servies de la terre de diverses manières pendant des millénaires. Par conséquent, ne serait-ce que du point de vue de la logique, notre point de départ doit être que, *à un certain moment*, et pendant très longtemps, les peuples autochtones coordonnaient la récolte des ressources, puis géraient et utilisaient les terres de manière suffisamment réussie pour continuer de vivre en sociétés.

C'est un peu embarrassant que d'avoir à mentionner ce point de départ logique, mais c'est important de le faire car le mythe voulant que les peuples autochtones n'avaient pas de lois et de règlements régissant l'utilisation des terres ou de méthodes de gestion des ressources a trop souvent servi de rhétorique aux théoriciens et aux juristes européens pour faire des revendications au sujet des droits de propriété et ce, sans aucun fondement[6]. Les sociétés autochtones ont connu des conséquences politiques et *juridiques* dévastatrices en raison d'hypothèses illogiques concernant l'absence de lois ou de droit[7].

---

4. Lon Fuller décrit le droit en tant qu'orientation intentionnelle de l'effort humain, consistant à assujettir la conduite de l'être humain à des règles de gouvernance. Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 130.
5. Jeremy Webber, « The Grammar of Customary Law » (2009) 54 *McGill LJ* 579, p. 583.
6. *Ibid.*, p. 591.
7. Voir par exemple, à James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 65 ; Michael Asch et Patrick Macklem, « Aboriginal

Se dispenser de points de départ illogiques ne nous amène pas à souscrire à une vision utopique des traditions juridiques autochtones de manière générale, ou de la gestion des ressources de manière plus spécifique. Cependant, il n'existe aucune raison logique de penser que les lois autochtones ne fonctionnaient pas assez bien pendant des milliers d'années[8]. Les auteurs ont commencé à décrire des règlements spécifiques en matière de gestion des ressources au sein de plusieurs sociétés autochtones, tant pour le passé que pour le présent, ce qui a pour effet de rendre ces processus plus accessibles aux profanes[9]. Nous pouvons aborder les traditions juridiques autochtones non pas en tant que modèles de la perfection, mais plutôt en tant qu'ordres juridiques raisonnables avec des gens qui raisonnent. Ce point de départ logique nous donne certains indices pour savoir comment formuler les autres questions de manière plus logique et productive quant au *contenu* de ces traditions juridiques.

DES HYPOTHÈSES DE TRAVAIL RAISONNABLES

Des hypothèses de travail raisonnables découlent de ce point de départ logique, hypothèses qui peuvent nous aider à formuler de manière productive nos questions sur les traditions juridiques autochtones. Ce ne sont que des hypothèses, mais elles pourraient nous aider à éviter les pièges intellectuels qui ne s'appuient pas surtout sur des faits, mais plutôt sur des stéréotypes amplement négatifs au sujet des peuples autochtones ou encore, sur des images que nous avons des Autochtones en raison des clichés inventés par les théoriciens européens.

Les hypothèses de travail raisonnables peuvent nous aider à formuler des questions pertinentes au sujet d'aspects divers des traditions juridiques autochtones, dont a) les sources du droit autochtone, b) les praticiens et les enseignants du droit autochtone et c) les méthodes d'enregistrement et de promulgation du droit autochtone.

- Une première hypothèse de travail raisonnable : il doit exister des sources de droit autochtone qui ne relèvent pas des tribunaux ou du parlement.

Puisqu'il n'y avait pas de tribunaux ou de parlement avant le contrôle européen, et puisqu'il y avait des lois, il doit logiquement exister d'autres sources de droit. La question suivante est donc utile : Quelles sont certaines des sources du droit autochtone ? John Borrows a écrit au sujet de cinq sources du

---

Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R v Sparrow* » (1991) 29 *Alta L Rev* 498, p. 507.

8. Dans Val Napoleon, *Ayook : Gitksan Legal Order, Law, and Legal Theory*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Victoria, 2009, cet argument est énoncé de manière persuasive.
9. Voir par exemple, Webber, *supra* note 5, p. 591 (règlement détaillé concernant la chasse par les Cris de la baie James) ; Brenda Parlee, Fikret Berkes et Teet'lit Gwich'in, « Health of the Land, Health of the People : A Case Study on Gwich'in Berry Harvesting in Northern Canada » (2005) 2 :2 *Ecohealth* 127.

droit autochtone : 1) sacrée, 2) naturelle, 3) délibérative, 4) positiviste et 5) coutumière[10]. Il prend également le soin de mentionner un point important en ce sens que la « source immédiate » de la plupart des lois autochtones, comme les lois de la tradition juridique de la *common law*, est ancrée dans la délibération. Cela signifie que l'interprétation et la persuasion sont également des aspects essentiels du raisonnement juridique au sein des traditions juridiques autochtones[11].

- Une deuxième hypothèse de travail raisonnable : il doit exister des praticiens et des enseignants du droit autochtone qui ne sont pas des avocats ou des professeurs de droit.

Puisqu'il n'y avait pas d'avocats ou de professeurs de droit avant le contrôle européen, et puisqu'il y avait des lois, il doit logiquement exister d'autres praticiens ou enseignants du droit. Donc, encore une fois, il est logique de se poser les questions suivantes : Qui sont certains de ces praticiens ? Qui sont certains de ces enseignants ?

John Borrows suggère que les lois autochtones sont plus largement dispersées de manière plus décentralisée que la plupart des affaires judiciaires auxquelles nous sommes habitués[12]. Il soutient qu'en partie, la force et la résilience des lois autochtones reposent sur le fait que le droit autochtone est pratiqué et légué par les aînés, les familles, les clans et les organismes faisant partie des sociétés autochtones[13].

- Une troisième hypothèse de travail raisonnable : il doit exister des méthodes de transcrire et de promulguer les lois autrement que sous la forme d'affaires judiciaires, de lois ou de textes.

Puisqu'il n'existait pas de textes de loi, de législation ou d'enregistrements écrits des affaires avant le contrôle européen, et puisqu'il y avait des lois, il doit logiquement exister d'autres manières de transcrire et de promulguer les lois autochtones. Par conséquent, la question suivante s'avère utile : Quelles sont certaines des manières qui peuvent transcrire et promulguer les lois autochtones ? Encore une fois, John Borrows explique que les lois autochtones peuvent être enregistrées et partagées sous différentes formes, et d'une manière plus largement dispersée et décentralisée que les lois et les affaires judiciaires auxquelles les praticiens du droit peuvent être habitués, et que les lois autochtones peuvent être transcrites et promulguées sous diverses formes, notamment sous la forme d'histoires, de chants, de pratiques et de coutumes[14]. Val

10. Borrows, *supra* note 1, ch 2, p. 23-58.
11. *Ibid.*, p. 35-36.
12. *Ibid.*, p. 139.
13. *Ibid.*, p. 179.
14. *Ibid.*, p. 139.

Napoleon explique pour sa part que les lois énonçant les capacités juridiques, les relations et les obligations peuvent être enchâssées et consignées dans les récits, les pratiques, les rituels et les conventions[15]. Le document *La justice en soi* de la Commission du droit du Canada indique également que certains Autochtones affirment que les lois peuvent se trouver dans les rêves, les danses, les arts, la terre et la nature[16].

Cette brève vue d'ensemble permet de constater que lorsque les juristes utilisent ces genres d'hypothèses de travail raisonnables pour formuler leurs interrogations au sujet des traditions juridiques autochtones, ils commencent par trouver des questions pertinentes et à élaborer des réponses raisonnables. Cela commence à rendre ces ressources intellectuelles plus explicites et plus accessibles. Si nous commençons avec notre point de départ logique et avec nos hypothèses de travail raisonnables, nous pouvons formuler des questions pertinentes donnant lieu à l'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones en matière d'enjeux environnementaux. Certaines de ces questions pourraient être les suivantes :

- Quelles sont certaines des sources de lois autochtones se rapportant à l'environnement ?
- Qui sont certains des praticiens ou des enseignants auxquels nous pouvons nous adresser pour obtenir de l'information sur les lois autochtones se rapportant à l'environnement ?
- Quelles sont certaines des manières dont les lois autochtones se rapportant à l'environnement peuvent être transcrites et promulguées ?

La première de ces questions est fondamentale car elle porte sur les fondements juridiques d'une collectivité[17]. Les deux autres questions portent principalement sur les ressources qui existent et permettent d'explorer les enjeux liés à une tradition juridique autochtone particulière ou même à une collectivité spécifique[18].

En abordant notre enquête sous cet angle, nous sommes en mesure d'obtenir une plus grande perspective à savoir *pourquoi* les collectivités autochtones peuvent adopter les points de vue qu'elles adoptent par rapport à certains

15. Napoleon, *supra* note 8, p. 71.
16. Commission du droit du Canada, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, DVD, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 2006.
17. Borrows, *supra* note 1, p. 23.
18. Des possibilités de ressources accessibles aux juges à propos des lois autochtones, et de leurs limites, sont énoncées dans le contexte de la Cour tribale américaine dans Mathew LM Fletcher, *Rethinking Customary Law in Tribal Court Jurisprudence*, Working Paper 2006-04, East Lasing, MI, Indigenous Law and Policy Centre, Michigan State University College of Law, 2006, p. 36-38, [en ligne] <http://www.law.msu.edu/indigenous/papers/2006-04.pdf>.

aménagements[19]. En tant que juriste de la nation Anishinabek, Aaron Mills fait remarquer qu'il serait infiniment plus productif d'examiner sérieusement les raisons derrière de telles positions au lieu de ne pas se soucier des motifs à la base du comportement et de ne se concentrer que sur son résultat[20]. Lorsque nous nous posons ces questions, et que nous examinons certaines des réponses formulées, une chose qui devient immédiatement apparente est que ces interrogations peuvent nous amener à reconnaître un tout autre niveau d'effets environnementaux, et à y réfléchir.

Si le monde naturel constitue une source vitale de lois autochtones[21], les dommages infligés à l'environnement peuvent alors être considérés comme des dommages aux fondements mêmes de ces lois. Si les observations du monde naturel ou les inscriptions imprégnées dans un milieu servent de ressources pédagogiques pour enregistrer et promulguer les lois autochtones, et pour s'en rappeler[22], les changements à l'environnement peuvent alors avoir pour effet d'effacer certaines ressources essentielles servant à transmettre ces lois. Par conséquent, en plus des autres effets, il est possible que les effets cumulatifs des dommages à l'environnement puissent aussi constituer des dommages réels au maintien de base de l'ordre social au sein de collectivités autochtones particulières.

LE MOYEN D'ALLER AU-DELÀ DES GÉNÉRALITÉS ET DES GÉNÉRALISATIONS

Une fois que nous avons largement formulé notre enquête en l'ancrant dans un point de départ logique et en adoptant des hypothèses de travail raisonnables nous permettant de poser des questions pertinentes, nous devons toujours aller « au fond » des détails des traditions juridiques autochtones. Cette recherche pourrait, au bout du compte, nous permettre d'enrichir notre perspective de certaines positions, et d'augmenter notre capacité à trouver des manières constructives d'aller de l'avant.

Pour faire un engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones, il faut absolument aller au-delà des généralités et des généralisations.

---

19. Voir la discussion portant sur les avantages de cela pour la Couronne et les tiers dans Aaron Mills, « Aki, Anishinaabek, Kaye Tahsh Crown » (2010) 9 *Indigenous LJ* 107, p. 123.
20. *Ibid.*
21. Ce thème est courant, et domine même, dans l'œuvre de nombreux érudits autochtones. Voir, par exemple, CF Black, *The Land is the Source of the Law : A Dialogic Encounter with Indigenous Jurisprudence*, New York, Routledge, 2011 ; Tracey Lindberg, *Critical Indigenous Legal Theory*, Dissertation de doctorat, Université d'Ottawa, 2007, p. 41-51.
22. Pour en obtenir des exemples, voir Borrows, *supra* note 1, p. 29-30 (le raisonnement juridique de sa mère se rapportait à l'observation des papillons et des asclépiades) et p. 32-35 (le raisonnement juridique des Gitksan consistait à « lire » un point de repère lié à l'*Adaawk* à propos du respect des animaux).

Lorsque nous regardons la tradition juridique de l'extérieur, nous portons attention aux aspects qui touchent directement nos vies ou qui nous dérangent. Nous recherchons des réponses simples, et nous recherchons « des règles ». Avant d'entreprendre mes études en droit, je présumais que le droit était un objet immuable et que je devrais mémoriser une série de réponses. Je ne me rendais pas compte à quel point le droit était varié et complexe. Je ne savais pas que je ne recevrais jamais de livre de réponses. Pour moi, la différence entre la période de ma vie précédant l'école de droit et cette suivant l'école de droit, comme pour bien d'autres, c'est la différence entre une vision interne et une vision externe de la tradition juridique. Au début, mon point de vue était externe, et je voyais les aspects du droit dont j'étais au courant par le biais de mon travail ou des médias ou encore, des incidences du droit sur la vie de personnes que je connaissais. Une fois à l'école de droit, j'ai adopté un point de vue interne, où j'ai pu comprendre le langage et les débats du droit canadien et où j'ai appris à argumenter en respectant les paramètres[23]. Mais qui plus est, j'ai cessé de voir le droit comme une « chose » statique à mémoriser et j'ai commencé à le voir comme une conversation fluide et dynamique, à laquelle je pouvais participer si je connaissais les termes du débat de même que les formes et les limites de l'argumentation.

Grâce à cette expérience personnelle, je suis mieux en mesure de voir – lorsque les praticiens du droit regardent les traditions juridiques autochtones à partir de l'extérieur – pourquoi ils se concentrent sur les aspects particuliers qui ont des effets immédiats sur eux, pourquoi ils s'attendent à quelque chose de simple et pourquoi ils s'attendent à des règles. Cependant, le problème qui a surgi c'est qu'avec le temps, cela a eu pour effet de réduire la manière dont nous parlons des traditions juridiques autochtones à des témoignages rhétoriques ou à des témoignages trop simplifiés et empreints de règles. Cela a pour effet d'alimenter des stéréotypes négatifs sur le droit autochtone au sein de la société canadienne, de même que le fondamentalisme à l'intérieur des collectivités autochtones. Cela ne nous permet pas de comprendre les traditions juridiques autochtones en tant que conversations fluides et dynamiques, dans leur riche complexité, et cela ne nous donne aucunement l'occasion de le questionner, de le clarifier ou de le remettre en question.

Lorsque nous nous en tenons aux généralités et aux généralisations, nous finissons souvent par être coincés dans des discussions qui ne semblent pas productives. Les points de vue divergents à savoir si la terre est un être vivant[24]

---

23. Jeremy Webber contraste cette notion avec la mission professorale juridique d'un point de vue externe, qui se concentre sur les témoignages historiques et sociologiques du même ensemble de droit : Jeremy Webber, « The Past and Foreign Countries » (2006) 10 *Legal History* 1, p. 2.
24. Borrows, *supra* note 1, p. 238.

ou à savoir si les animaux peuvent avoir des droits et des obligations en sont de bons exemples[25]. J'ai entendu des personnes débattre de ces questions, des deux côtés, et affirmer que ces visions divergentes du monde constituent des obstacles insurmontables pour faire le pont au-dessus du gouffre qui sépare les approches autochtones et les approches non autochtones en matière de gestion des ressources naturelles et d'autres enjeux environnementaux. Je n'ai pas de réponses définitives, mais je ne crois pas que les enjeux soient bien différents lorsqu'ils sont formulés en termes de généralisations au sujet des visions culturelles du monde et des absolus incommensurables, et lorsque les enjeux sont plutôt formulés en termes de principes juridiques vivants, dont *certains* peuvent être en conflit tandis que d'autres peuvent présenter des façons légitimes de résoudre les enjeux particuliers qui se présentent.

Je vous donne ici quelques exemples de la transition qui se passe lorsque nous reformulons nos enquêtes pour nous engager avec les traditions juridiques autochtones sous la forme de *traditions juridiques*, de manière plus spécifique et significative :

TRANSITION SUR LE PLAN DES QUESTIONS

De :	À :
Qu'est-ce que la justice autochtone ?	Quels sont les concepts et les catégories juridiques faisant partie de la tradition juridique autochtone ?
Quelles sont les valeurs culturelles ?	Quels sont les principes juridiques ?
Quelles sont les formes de résolution de conflit « culturellement appropriées » ou « traditionnelles » ?	Quelles sont les manières de procéder légitimes pour la prise de décisions collectives ?

Transition générale :	
Quelles sont les règles ? Quelles sont les réponses ?	Quels sont les principes juridiques et les actes de procédure dont on se sert pour raisonner dans le cadre des enjeux ?

Après ces transitions, notre deuxième série de questions pourrait être comme suit :

- Quels sont les concepts et les catégories juridiques à l'intérieur de cette tradition juridique autochtone particulière à la lumière de l'enjeu environnemental spécifique auquel nous faisons face ?
- Quels sont les principes juridiques applicables à l'enjeu environnemental ?
- Quelles sont les manières de procéder légitimes pour la prise de décisions collectives à la lumière de l'enjeu environnemental ?

25. Webber, *supra* note 5, p. 590.

Dans l'ensemble, nous nous demandons : Quels sont les principes juridiques et les actes de procédure dont on se sert pour raisonner dans le cadre de cet enjeu environnemental et à l'intérieur de cette tradition juridique ?

Cette transition nous fait passer d'une discussion au sujet de la manière dont les praticiens du droit devraient faire face ou répondre aux pratiques et aux engagements culturels isolés qu'ils ne comprennent pas nécessairement ou avec lesquels ils ne sont pas nécessairement d'accord, et qui ne se traduisent pas nécessairement facilement en droit ou en obligation de *common law*, à une discussion au sujet du raisonnement à l'égard des principes en tant que parties à la fois intégrantes et souples d'un tout exhaustif[26]. Pour revenir à notre exemple, John Borrows soutient que la terre en tant qu'être vivant est un principe actuel d'importance centrale dans la tradition juridique des Anishinabek[27]. Cela fait non seulement ressortir son importance, mais permet également d'imaginer de l'équilibrer avec les autres principes, comme nous le faisons constamment dans le contexte du droit canadien. De façon éclairée, John Borrows cite également des exemples de processus et de procédures communautaires légitimes par le biais desquels sa propre collectivité a débattu des questions et abouti à des décisions collectives légitimes concernant des enjeux environnementaux spécifiques[28]. Cette enquête pourrait nous aider à cerner et à emprunter des avenues légitimes et productives, à partir des perspectives juridiques autochtones, pour les processus de consultation et les éventuelles mesures d'accommodements.

Dans le cas d'un enjeu particulier relevant de circonstances particulières, nous pourrions nous poser les questions suivantes :

- Quels sont les principes généraux entourant cet enjeu environnemental ?
- Comment pouvons-nous interpréter ces principes ?
- Quelles sont les exceptions ?
- Quels autres principes pouvons-nous ou devrions-nous considérer à la lumière de ces faits spécifiques ?
- Comment pouvons-nous aboutir à des décisions légitimes au sujet de tels enjeux ?
- Comment ce droit ou cette loi change-t-elle dans de nouvelles circonstances ?

---

26. Napoleon, *supra* note 8, p. 47-48.
27. Borrows, *supra* note 1, p. 243.
28. *Ibid.*, p. 30-32 (numéro sur la conservation du stock de pêche) et 246-248 (numéro sur l'aménagement de l'alvar des prairies).

Grâce à des questions de ce genre, nous pourrions non seulement comprendre une position, mais également comprendre un *processus de raisonnement juridique*. Cela ne sera pas facile, et ne devrait pas l'être. L'engagement sérieux et soutenu implique un dur travail intellectuel qui doit aller au-delà des généralisations et des généralités afin de traiter les lois autochtones comme nous le faisons pour les autres lois.

CONCLUSION

Pour les praticiens du droit, l'engagement pratique envers les traditions juridiques autochtones à l'égard d'enjeux environnementaux est à la fois important et possible. Je propose que cet engagement commence par le travail intellectuel décrit dans le présent chapitre, c'est-à-dire poser de meilleures questions, enracinées dans la logique, s'appuyant sur des hypothèses de travail raisonnables et allant au-delà des généralités et des généralisations. Un engagement sérieux et soutenu entre les traditions juridiques pourrait permettre de mieux comprendre les perspectives autochtones à l'égard des dommages environnementaux et de comprendre davantage ce qui constitue des processus légitimes et efficaces de consultation, et d'accommodement et, au bout du compte la réconciliation.

Je conclus avec une réflexion entourant l'effort pour une réconciliation solide et les raisons pour lesquelles je trouve cela important pour tous. Selon les dires célèbres de Robert Cover, le droit n'est pas simplement un système de règles à observer, mais c'est un monde dans lequel nous vivons. Il s'agit d'une « ressource en signification[29] ». Les traditions juridiques ne sont pas seulement prescriptives. Elles sont descriptives. Elles confèrent un sens aux événements, aux défis et aux aspirations de l'être humain. Elles constituent des ressources intellectuelles dont nous nous servons pour formuler et interpréter l'information, pour raisonner et pour agir à l'égard des problèmes et des projets actuels ainsi que pour concrétiser nos plus grandes aspirations en tant que société. Il existe de nombreux problèmes difficiles à régler et de profonds désaccords concernant les enjeux environnementaux complexes qui ont des incidences sur nous tous, ainsi que sur les générations à venir. Nous ne possédons pas toutes les réponses. Une manière d'aborder la possibilité d'une reconnaissance et d'un engagement plus grands envers les traditions juridiques autochtones au Canada consiste à récupérer les possibilités normatives. Cela consiste aussi à savoir comment nous allons raconter l'histoire de notre avenir commun sur cette terre et avec celle-ci.

---

29. Robert Cover, « Nomos and Narrative » (1983) 97 *Harv L Rev* 4, p. 5.

Chapitre 8

Le concept juridique de la durabilité

Natasha Affolder[1]

Plus de cent lois canadiennes reconnaissent désormais les concepts juridiques de la durabilité et du développement durable[2]. Malgré cela, les allégations selon lesquelles la durabilité n'a pas de signification continuent de croître. On entend également dire qu'il s'agit là d'un concept ambigu, vague et amorphe. Est-ce que plus de cent lois canadiennes ont été rédigées ou révisées pour tenir compte d'un concept vide de sens ? L'objet du présent chapitre consiste à soutenir que le concept de la durabilité a une signification et qu'il revêt de l'importance. Les défis inhérents à l'articulation d'une définition précise du concept de la durabilité ne l'empêchent pas d'avoir un sens ou une importance juridique.

L'opérationnalisation de la durabilité ne nécessite pas l'articulation d'une définition unique, précise, restreinte et ne portant pas à controverse. L'opérationnalisation signifie de mettre quelque chose en application et c'est ici, au stade opérationnel, que la durabilité a des ratés et perd de la vitesse. À l'instar des concepts de la démocratie ou de l'égalité, la durabilité est un concept contestable[3]. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il est vide de sens. Plutôt, comme d'autres concepts contestables, le défi consiste à interpréter le sens de la durabilité en pratique (c'est-à-dire l'opérationnaliser). Il s'agit d'une tâche que les tribunaux ont entreprise, depuis longtemps, au même titre que d'autres concepts contestables, tâche que le présent chapitre essaie de faire avancer. Des

---

1. Je remercie Sascha Paruk pour l'excellence dont il a fait preuve dans le cadre des travaux de recherche, surtout pour ce qui est de la compilation du tableau de lois qui figure à l'annexe 1.

2. Voir l'annexe 1 portant sur les références à la durabilité et au développement durable dans les lois canadiennes.

3. Michael Jacobs, « Sustainable Development as a Contested Concept » dans Andrew Dobson, ed, *Fairness and Futurity* (Oxford : Oxford University Press, 2004) 21, p. 25.

exemples du droit canadien, du droit national d'autres juridictions et du droit international aident à expliquer comment le concept juridique de la durabilité peut être mieux opérationnalisé.

Bien entendu, la durabilité ne touche pas que le domaine du droit. Elle consiste à faire évoluer la société vers des modèles de production et de consommation écologiquement durables. Cela dit, la loi fait partie intégrante de ce changement.

Ce chapitre est divisé en six parties. Après l'introduction, la section 2 aborde comment il est possible d'obtenir une signification juridique à partir du concept de la durabilité. Cette section s'appuie à la fois sur l'historique du concept de la durabilité et sur des sources multidisciplinaires. Elle soutient que le concept de la durabilité ne s'arrête pas au fait d'« équilibrer » les demandes concurrentes. Les principes fondamentaux ou les composantes du concept juridique de la durabilité font ensuite l'objet de la section 3. Ensuite, la section 4 discute de l'intégration de la durabilité dans les lois canadiennes. La section 5 renforce l'importance juridique des origines internationales du concept de la durabilité. Enfin, la section 6 présente une conclusion.

SENS DU CONCEPT DE LA DURABILITÉ

Avant d'aborder le concept juridique de la durabilité plus en profondeur, il y a lieu de formuler des commentaires sur la relation qui existe entre la durabilité et le développement durable. Les expressions « développement durable » et « durabilité » existent de manière interchangeable bien qu'elles aient des sens distincts. La durabilité porte sur la capacité de l'être humain de respecter les contraintes environnementales et sociales[4]. Elle intègre le respect des limites écologiques en affirmant que l'activité économique doit se faire dans les limites des systèmes écologiques. En effet, l'intégrité écologique est au cœur même du concept de la durabilité. Par conséquent, la durabilité est plus ancienne que le concept du développement durable apparu vers la fin du XXe siècle[5]. Le développement durable semble être l'expression et l'application la plus souvent employée pour décrire la durabilité. Le développement durable est devenu la manière privilégiée d'exprimer les inquiétudes en matière de durabilité dans la législation canadienne[6]. Le développement « durable », c'est un développement économique qui tient compte de la durabilité écologique.

---

4. John Robinson, « Squaring the Circle ? Some Thoughts on the Idea of Sustainable Development » (2004) 48 *Ecological Economics* 369, p. 370.
5. Klaus Bosselmann, « Sustainability and the Courts : A Journey Yet to Begin ? » (2010) 3 : 1 *Journal of Court Innovation* 337, p. 338 [Bosselmann, « Courts »].
6. Voir l'annexe 1.

Le point de départ de la présente discussion sur le concept juridique de la durabilité est que la durabilité a à la fois du sens et de l'importance[7]. Le ministère de l'environnement de la Nouvelle-Zélande a exprimé la primauté de la durabilité comme suit : la durabilité est un concept général et devrait être appliqué de la même manière que bien d'autres concepts généraux tels que la liberté, l'égalité et la justice[8]. En considérant la durabilité au même titre que d'autres concepts fondamentaux, nous pouvons facilement comprendre le sens que peut avoir la durabilité même s'il est difficile de définir le concept de manière catégorique[9]. Penser à la durabilité de la même manière que nous pensons à la justice n'est pas malavisé. Vivre aux dépens des générations à venir et de l'environnement naturel, voilà qui est insoutenable et injuste[10].

La durabilité fait appel à la reconnaissance de [TRADUCTION] « l'importance de la diversité biologique et des systèmes entretenant la vie écologique[11] ». Le concept juridique de la durabilité commence par la reconnaissance du fait que nous discutons de la durabilité écologique. Cette notion est plus explicite dans les juridictions où le « développement écologique durable » est l'expression consacrée dans la législation[12]. Cela dit, l'historique du concept juridique de la durabilité rend également la notion claire.

Définir le développement durable : la définition du *Rapport Brundtland*

La définition du développement durable qui est énoncée dans le *Rapport Brundtland*, soit « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs », domine désormais les définitions incluses dans les lois canadiennes traitant du développement durable[13]. Le *Rapport Brundtland* reconnaît que les besoins de l'être humain doivent être satisfaits en tenant compte des limites de l'environnement. À la lumière du *Rapport Brundtland*, l'approche faible d'interprétation du développement durable juge que celui-ci doit considérer les effets sur l'environnement.

---

7. Klaus Bosselmann, *Principles of Sustainability : Transforming Law and Governance* (Abingdon, Oxon : Ashgate Publishing Group, 2008), p. 9 [Bosselmann, « Principles »].
8. New Zealand, Ministry for the Environment, *Resource Management Law Reform : Sustainability, Intrinsic Values and the Needs of Future Generations*, Working Paper 24 (Wellington : Ministry for the Environment, 1989), p. 9.
9. Bosselmann, « Principles », *supra* note 7, p. 9.
10. *Ibid.*, p. 10.
11. Stephen Dovers et Robin Connor, « Institutional and Policy Change for Sustainability » dans Benjamin J Richardson et Stepan Wood, éd, *Environmental Law for Sustainability* (Oxford : Hart, 2006) 21, p. 32.
12. Par exemple, l'expression « développement écologique durable » est la terminologie privilégiée dans les lois australiennes.
13. Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous* (Oxford : Oxford University Press, 1987) [*Rapport Brundtland*].

Une approche plus forte du développement durable exige l'intégration de considérations de durabilité dans le processus de développement. Cette approche plus forte est plus compatible avec les articulations juridiques internationales du développement durable qui ont suivi le *Rapport Brundtland*, notamment le principe 4 de la *Déclaration de Rio* qui soutient que « pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement *doit faire partie intégrante du processus de développement* et ne peut être considérée isolément » [nos italiques][14]. Cette approche est cohérente avec le *Rapport Brundtland* qui incite fortement à la « fusion » de l'environnement et de l'économie en matière de prise de décision. Cela signifie non seulement que les incidences sur l'environnement doivent être prises en considération, mais que les objectifs et la substance des politiques et des approches juridiques doivent être modifiés afin de donner lieu à l'intégrité écologique. La définition du *Rapport Brundtland* fournit des orientations en affirmant que, pour que le développement soit durable, il ne faut pas compromettre la capacité des générations futures de répondre à leurs besoins.

Bien que les lois canadiennes s'appuient sur le *Rapport Brundtland* pour définir le développement durable, ce rapport est également à la source d'un important malentendu à propos de la signification du développement durable. Une perception fausse du développement durable qui revient fréquemment postule que ce concept ne nécessite que l'équilibre de trois piliers d'importance égale, soit économique, environnemental et social. Lorsqu'il est ainsi formulé, il est facile de sympathiser avec les critiques qui suggèrent que le développement durable n'est pas un concept utile et qu'il est vide de sens. Aucune ligne directrice n'est donnée à ce sujet.

Comprendre l'intégration : au-delà de l'équilibre

Affirmer que le développement durable ne consiste qu'à équilibrer des intérêts qui entrent en conflit ne nous mène pas très loin. Cela dit, l'une des plus grandes conceptions fausses au sujet de la durabilité est qu'elle implique des composantes environnementales, économiques et sociales qui ont une importance égale[15].

Les critiques selon lesquelles le *Rapport Brundtland* favorise l'« équilibre » découle du fait que le rapport a été rédigé dans le but de répondre à un contexte international particulier. Le *Rapport Brundtland* porte explicitement sur la nécessité de concilier les besoins du « Nord » et du « Sud » de manière générale.

---

14. Pour une discussion sur le principe de l'intégration, tel qu'articulé dans d'autres instruments internationaux, voir Alan Boyle et David Freestone, « Introduction » dans Alan Boyle et David Freestone, éd, *International Law and Sustainable Development* (Oxford : Oxford University Press, 1999) 1, p. 10.
15. Bosselmann, « Principles », *supra* note 7, p. 23.

Par conséquent, l'accent qui est mis sur le développement découle d'un contexte de respect du droit au développement des pays en voie de développement. Toutefois, l'accent mis sur le développement économique dans le rapport a été spécieusement transposé aux contextes nationaux des pays industrialisés, ce qui piège le développement durable dans un équilibrage tripartite et inutile entre les considérations environnementales, économiques et sociales.

La durabilité qualifie le développement. Il faut être en présence de développement pour que l'on parle de durabilité, plus précisément de durabilité *écologique*. Il existe une différence lorsqu'une loi traite de « gestion des ressources aquatiques » par opposition à la « gestion durable des ressources aquatiques ». L'insertion intentionnelle du terme « durable » *ne peut pas* être présumée sans signification. L'expression « durable » modifie le terme qui suit et indique que la gestion des ressources aquatiques doit tenir compte de la durabilité écologique.

Pour trouver le sens du concept de la durabilité (et son application dans le développement durable), il faut dépasser le langage d'équilibre et reconnaître le fondement écologique et social de ce concept. Le développement durable est un développement qui peut se produire à l'intérieur de la « capacité de charge » de la biosphère. Cette idée prend ses racines dans deux sources. Tout d'abord, elle dérive du concept écologique de la « capacité de charge », qui se rapporte à la population qu'un écosystème peut soutenir. Et ensuite, la seconde source a trait au concept économique du « rendement équilibré maximal » qui tient compte de la limite supérieure d'utilisation des ressources qui permet le même niveau d'utilisation à l'avenir[16]. Au centre même des concepts écologiques et économiques se trouve le fait que les écosystèmes naturels ne peuvent soutenir qu'une certaine quantité et qu'un certain type d'activité économique.

Le sens de la durabilité repose dans la reconnaissance des limites environnementales à l'intérieur desquelles l'activité économique prend place. Faire du développement durable un concept fonctionnel signifie qu'il faut accepter que le « développement est durable s'il a tendance à préserver l'intégrité et la pérennité des systèmes écologiques ; il n'est pas durable s'il a tendance à faire autrement[17] ». En d'autres mots, l'intégrité écologique est au cœur même du concept de la durabilité et, par conséquent, du développement durable[18].

16. Jacobs, *supra* note 3, p. 31-32.
17. Bosselmann, « Principles », *supra* note 7, p. 53.
18. *Ibid.,* p. 54.

COMPOSANTES-CLÉS

La durabilité fonctionne à titre de principe fondamental qui priorise les enjeux écologiques. Le concept a des incidences à la fois procédurales et substantielles. L'aspect normatif de la durabilité est rarement discuté en l'absence de référence à certains principes, y compris le principe d'intégration, le principe d'équité intergénérationnelle, le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur, le principe d'intégrité écologique et le principe de participation. Cela ne laisse pas entendre que la durabilité est simplement un terme général qui englobe tous ces autres principes. La durabilité a un sens juridique bien à elle. Vaughan Lowe suggère qu'une bonne manière d'aborder la relation entre le développement durable et ses composantes consiste à considérer la durabilité comme un méta-principe[19]. Klaus Bosselmann a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] [U]n des rôles prépondérants de la loi consiste à promouvoir les principes fondamentaux, souvent exprimés dans les constitutions et les chartes des droits de la personne, ainsi qu'à assurer que le processus juridique en tienne compte. Si la durabilité est perçue comme l'un de ces principes fondamentaux, le processus juridique devra en tenir compte. Si, par contraste, le principe de la durabilité n'est perçu que comme un des éléments des principes environnementaux, il sera en concurrence avec ceux-ci et sera vraisemblablement appelé à disparaître de la politique des gouvernements qui se concentrent uniquement sur la croissance économique et la concurrence mondiale[20].

Une question importante que se posent les avocats consiste à savoir si ces principes, dont un grand nombre dérivent du droit international, ont un statut juridique. Vus de manière rigoureuse, ces principes ont un statut juridique différent. Le principe de précaution en constitue un exemple, car dans certains systèmes, il s'agit d'un principe de droit et dans d'autres, il s'agit d'un élément qui guide la prise de décision. Selon le droit de l'Union européenne, le principe de précaution a une reconnaissance constitutionnelle dans le *Traité de Maastricht*[21]. Au Canada, un nombre croissant de lois tiennent compte du principe de précaution[22]. Je souligne ci-dessous un certain nombre de principes qui sont particulièrement pertinents dans le contexte canadien[23]. Grand nombre de ces principes feront l'objet d'une élaboration dans le cadre d'autres chapitres de cet ouvrage. Cela comprend :

---

19. Vaughan Lowe, « Sustainable Development and Unsustainable Arguments » dans Boyle et Freestone, *supra* note 14, p. 31.
20. Bosselmann, « Courts », *supra* note 5, p. 346.
21. *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, 1757 UNTS 3, art 174, 31 ILM 247 (entré en vigueur en novembre 1993) [*Traité de Maastricht*].
22. Voir Chris Tollefson et Jamie Thornback, « Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts » (2008) 19:1 *Journal of Environmental Law and Policy* 33.
23. Il ne s'agit aucunement d'une liste fixe ou exhaustive des principes directeurs de la durabilité.

(a) *Le principe de précaution* – Le principe de précaution signifie qu'en présence de dommages graves ou irréversibles, « le manque de certitude scientifique ne devrait pas servir de raison pour retarder les mesures visant à empêcher la dégradation de l'environnement[24] ». Ce principe affirme que dans le cas d'affaires ayant trait aux dommages environnementaux, il n'est pas nécessaire d'obtenir la preuve complète ou la certitude de la présence de ces dommages. Ce principe a été largement accepté dans de nombreux pays, dont le Canada.

(b) *L'équité intergénérationnelle* – La théorie de l'équité intergénérationnelle force les décideurs d'aujourd'hui à tenir compte des générations futures de manière explicite. Au centre de cette théorie repose l'exigence selon laquelle chaque génération utilise et développe son patrimoine naturel et culturel de manière à ce qu'il soit possible de le transmettre aux générations futures dans un état qui ne soit pas plus pauvre que celui où il a été reçu[25]. Le principe de l'équité intergénérationnelle est central à la définition du *Rapport Brundtland* à propos du développement durable : « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs[26] ». Ce principe met en évidence la perspective à long terme des décisions prises en matière de durabilité. L'équité intergénérationnelle est opérationnalisée dans la législation, au moyen, par exemple, d'engagements visant à garder intactes les zones protégées pour les générations futures de même que les exigences pour préserver les ressources naturelles renouvelables[27].

(c) *La conservation de la diversité biologique et de l'intégrité écologique* – Bien que les principes de conservation de la diversité biologique et de l'intégrité écologique soient eux-mêmes des principes de développement durable, l'inclusion d'autres éléments de la durabilité, tels que le principe de précaution et d'équité intergénérationnelle, font également avancer ces principes[28]. La diversité biologique décrit la diversité génétique, la diversité des espèces et la diversité des

---

24. *114957 Canada Ltée (Spraytech Société d'arrosage)* c *Hudson* (*Ville*), 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241, par 31 citant la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable*, GA Res 44/228, UN GAOR, 1990, UN Doc A/CONF 151/PC/10.
25. Voir Edith Brown-Weiss, *In Fairness to Future Generations* (Dobbs Ferry, NY : Transnational Publishers, 1989).
26. *Rapport Bruntland*, *supra* note 13, p. 51.
27. Voir Jerry DeMarco, « Law for Future Generations : A Theory of Intergenerational Equity in Canadian Environmental Law » (2005) 15 *J Envtl L & Prac* 1, p. 27.
28. Monsieur le Juge Brian J Preston, « Judicial Implementation of the Principles of Ecologically Sustainable Development in Australia and Asia » (communication prononcée à l'assemblée des présidents régionaux de la Law Society of New South Wales, Sydney, 21 juillet 2006) (dossier de l'auteur).

écosystèmes[29]. Pour sa part, l'intégrité écologique est décrite comme étant [TRADUCTION] « la conservation des systèmes indispensables à la vie sur terre[30] ». Cela indique la nécessité de maintenir la santé et les services des écosystèmes.

(d) *L'intégration de l'économie-environnement* – Le concept d'intégration des considérations environnementales dans la planification économique est essentiel au développement durable. Un auteur va jusqu'à suggérer que ce principe de prise de décision intégrée a pour effet d'assurer la cohésion des autres principes[31]. L'application formelle du principe d'intégration requiert, à tout le moins, la collecte d'information appropriée sur l'environnement et la réalisation d'une évaluation adéquate des impacts sur l'environnement[32]. L'intégration prend au sérieux la nécessité de « verdir » l'économie et s'étend bien au-delà de la législation traditionnelle sur l'environnement ou de la gestion des ressources.

(e) *L'internalisation des coûts environnementaux* – L'internalisation des coûts environnementaux implique la comptabilisation des impacts environnementaux externes à court terme et à long terme du développement[33]. Un aspect de l'internalisation des coûts environnementaux, soit le principe du pollueur-payeur, a été décrit par la Cour suprême du Canada comme « bien établi dans le droit de l'environnement du Canada[34] ». Cependant, le principe de l'internalisation des coûts environnementaux s'étend au-delà du principe du pollueur-payeur au point d'exiger des prix qui reflètent les coûts du cycle de vie complet en matière de production et d'élimination des marchandises, ce qui est également connu sous le nom de principe « d'utilisateur-payeur ».

(f) *La participation* – La participation joue un rôle particulièrement critique dans la mise en œuvre de la durabilité. Dans une large mesure, la durabilité dépend de la manière dont les considérations environnementales, sociales et économiques sont intégrées à la prise

29. Les composantes de la diversité biologique, telles que discutées dans John Moffet et Francois Bregha, « The Role of Law in the Promotion of Sustainable Development » (1996) 6 *J Envtl L & Prac* 1, p. 5.
30. *Ibid.,* p. 4.
31. John Dernbach, « Achieving Sustainable Development : The Centrality and Multiple Facets of Integrated Decision-making » (2003) 10 *Ind J Global Legal Stud* 247, p. 248.
32. Philippe Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development : Emerging Legal Principles » dans Winfried Lang, éd., *Sustainable Development and International Law* (London : Graham & Trotman, 1995) 53, p. 61.
33. Preston, *supra* note 28, p. 30.
34. *Compagnie pétrolière Impériale ltée* c *Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, par 23, [2003] 2 SCR 624 [*Impériale*].

> de décision. Les droits de participation comprennent notamment l'occasion de participer aux processus de prise de décision, l'accès à l'information et l'accès à la justice[35].

Ces principes n'existent pas de manière isolée. En effet, les tribunaux ont fait progresser le principe juridique de la durabilité en reconnaissant l'interaction de ces principes. La Land and Environment Court of New South Wales nous en procure un exemple. Dans l'affaire *Gray* c *The Minister for Planning*[36], la juge Pain a interprété le concept juridique de la durabilité, par l'intermédiaire du principe de précaution et du principe d'équité intergénérationnelle, comme exigeant la présentation de certains types de renseignements dans le cadre du processus d'évaluation des impacts environnementaux. Elle a soutenu que pour tenir compte de l'équité intergénérationnelle, tel qu'exigé par la loi, il fallait inclure une évaluation des impacts cumulatifs des activités proposées sur l'environnement[37].

Au Canada, le Commissaire à l'environnement et au développement durable, Scott Vaughan, a critiqué l'absence d'un certain nombre de principes dans la version préliminaire de la stratégie du gouvernement fédéral sur le développement durable. Dans une lettre adressée au ministre de l'environnement, le Commissaire a fait remarquer que la version préliminaire de la stratégie ne tient pas compte du principe de précaution et du principe d'intégration :

> L'article 5 de la *Loi* énonce comme principe fondamental du développement durable la nécessité pour les dirigeants de prendre des décisions en tenant compte des objectifs économiques, environnementaux et sociaux. Quant au paragraphe 9(1), il stipule que la Stratégie doit être fondée sur le principe de précaution. Or, la version préliminaire de la Stratégie ne tient compte ni de l'intégration de ces objectifs ni du principe de précaution. Nous craignons donc que cette version préliminaire de la Stratégie ne soit en rupture avec les principes fondamentaux du développement durable dont la *Loi* fait mention et qu'elle ne nuise à l'intégration des objectifs économiques, environnementaux et sociaux dans le processus décisionnel[38].

Cette déclaration du Commissaire à l'environnement et au développement durable affirme le rôle de ces principes dans l'établissement du contexte juridique au sein duquel les décisions doivent être prises au Canada.

---

35. Ces trois piliers de la participation ont découlé de la *Convention d'Aarhus* signée en 1998 : *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998, 2161 UNTS 450, 38 ILM 517 [*Aarhus Convention*].
36. *Gray* c *The Minister for Planning*, [2006] NSWLEC 720.
37. *Ibid.*, par 122.
38. Lettre de Scott Vaughan, Commissaire à l'environnement et au développement durable, à Jim Prentice, Ministre de l'Environnement (7 juin 2010), [en ligne] Bureau du vérificateur général du Canada <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/cesd_fs_f_33888.html>.

DURABILITÉ ET LOIS CANADIENNES

Le présent chapitre ne prétend pas faire une analyse détaillée de la durabilité dans les lois canadiennes. Cela dit, quelques observations s'imposent. Tout d'abord, tel que l'indique l'annexe I énumérant les lois, le concept juridique de la durabilité a fait du chemin dans les lois canadiennes. Il ne fait aucun doute que le paysage législatif n'est pas égal. Le Manitoba et le Québec intègrent ces principes dans leurs lois à une plus grande échelle que les autres provinces. Bien que le tableau ne fasse état que des lois où sont mentionnés le développement durable et la durabilité, les principaux principes à la base de ces concepts sont, parfois, affirmés de manière indépendante dans les lois canadiennes[39]. Ensuite, bien que les références au développement durable dans les lois canadiennes et les documents de politiques gouvernementales continuent de croître, les analyses judiciaires de ce concept demeurent rares ou se limitent à citer le texte législatif.

Il est par conséquent étonnant que peu d'encre judiciaire ait coulé dans le but d'élaborer sur le sens du développement durable contenu dans la législation canadienne. Étant donné le caractère flou du concept du développement durable, il n'est pas facile de statuer sur la signification des références législatives en matière de durabilité. Le présent chapitre tente de clarifier le sens du concept juridique de la durabilité et, ce faisant, il permet aux principes sous-jacents de faire surface, principes qui aident dans la tâche d'interprétation de l'ensemble de la législation.

Bien que l'examen judiciaire des dispositions législatives canadiennes sur la durabilité ne soit pas poussé, le fondement écologique de la durabilité a été identifié et affirmé par les juges canadiens. L'importance de l'intégrité écologique à titre de valeur fondamentale de la société canadienne a été affirmée par la Cour suprême du Canada dans une série de décisions. Au nom de la majorité dans l'affaire *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products*, le juge Binnie a résumé ce qui suit :

> La question de l'indemnité pour dommage environnemental revêt une grande importance. Comme la Cour l'a fait observer dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 85, les mesures législatives prises en vue de protéger l'environnement « visent un objectif public d'une importance supérieure ». Dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour a déclaré, à la p. 16, que « [l]a protection de l'environnement est devenue l'un

39. Voir, par exemple, l'intégration du principe de précaution dans la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, LC 2002, c 18, art 9(3) ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999*, LC 1999, c 33, art 2(1), 6(1) ; *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, LC 1992, c 37, art 4(2) ; *Loi sur les océans*, LC 1996, c 31, art 30 ; *Loi fédérale sur le développement durable*, LC 2008, c 33, art 2, 9(1).

des principaux défis de notre époque. » Dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, « la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel » a été qualifiée de valeur fondamentale (par. 55 (italiques supprimés)). Encore plus récemment, dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, la Cour a affirmé ce qui suit, au par. 1 :

> … notre avenir à tous, celui de chaque collectivité canadienne, dépend d'un environnement sain. […] Notre Cour a reconnu que « (n)ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel […] la protection de l'environnement est […] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne » […][40].

Force est de constater que les juges au Canada recourent au concept du développement durable pour conférer un sens juridique à d'autres exigences législatives, telles que le principe du pollueur-payeur. Dans l'arrêt *Compagnie pétrolière Impériale* c *Québec (Ministre de l'Environnement)*, le juge LeBel, écrivant au nom de l'unanimité, a situé le principe du pollueur-payeur dans le contexte du développement durable :

> *Dans une optique de développement durable*, ce principe impose aux pollueurs la responsabilité de corriger les situations de contamination dont ils sont responsables et d'assumer directement et immédiatement les coûts de la pollution. Il cherche en même temps à rendre les auteurs de celle-ci plus soucieux des impératifs de la préservation des écosystèmes, dans le cours de leurs activités économiques[41].

Les juges canadiens et les décideurs administratifs ont également rejeté l'approche du développement durable qui affirme que ce concept ne consiste qu'à équilibrer les demandes concurrentes. L'appelant dans l'affaire *Re Ainsworth Lumber Co*[42] a soutenu que le principe du développement durable implique que des mesures de protection de l'environnement soient mises en balance par rapport à d'autres facteurs. Dans ce cas, cela impliquait d'abandonner l'exigence d'avoir la meilleure technologie disponible, lorsqu'il y a des arguments économiques en faveur d'une approche moins onéreuse. L'Alberta Environmental Appeal Board a conclu fermement que le développement durable ne soutient pas l'utilisation par l'appelant de l'option de contrôle des émissions au coût le plus bas[43]. Ce faisant, le Board a affirmé que fondamentalement, le développement durable exige que [TRADUCTION] « les ressources devraient être mises en valeur de manière durable pour les générations à venir[44] ».

---

40. *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*, 2004 CSC 38, par 7, [2004] 2 RCS 74 [*Canfor*].
41. *Compagnie pétrolière Impériale ltée*, *supra* note 34, par 24 (italiques ajoutés).
42. *Ainsworth Lumber Co (Re)* [2000] AEABD No 33.
43. *Ibid.*
44. *Ibid.*

Les concepts juridiques de la durabilité et du développement durable n'ont pas été intégrés seulement à une poignée de lois canadiennes ces deux dernières décennies. En effet, ils ont été insérés dans plus de cent lois. Les incidences cumulatives de cette nouvelle formulation du droit canadien dans le but de respecter le concept de la durabilité signale quelque chose de plus grand que l'exigence selon laquelle des intérêts concurrents doivent être équilibrés. Plutôt, le grand nombre de références à la durabilité et au développement durable dans les lois canadiennes suggère que des attentes juridiquement importantes se cristallisent autour de ces concepts.

UN CONCEPT INTERNATIONAL PERTINENT

Le droit international est pertinent quand vient le temps d'interpréter les approches législatives canadiennes en matière de durabilité et ce, pour un certain nombre de raisons : premièrement, en raison de la présomption de conformité au droit international, une règle d'interprétation juridique exige que le droit canadien soit interprété conformément au droit international dans la mesure du possible[45] ; et deuxièmement, grâce à l'incorporation du droit international coutumier et à la mise en œuvre des traités[46]. Le concept juridique de la durabilité est enraciné dans l'évolution historique du droit international et continue de fonctionner dans un contexte normatif international.

D'un point de vue plus pratique, il est également important d'observer ce qui se fait dans les cours de justice et les tribunaux internationaux afin de comprendre comment opérationnaliser le concept juridique de la durabilité. Je cite maintenant deux exemples, un provenant de la Cour internationale de Justice et un autre de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce.

L'affaire *Gabčíkovo–Nagymaros* (Hongrie-Slovaquie)

Dans l'affaire *Gabčíkovo – Nagymaros* relative à un projet de barrage, le concept de la durabilité est évoqué par le juge Weeramantry de la Cour internationale de Justice en l'absence d'une disposition de traité spécifique sur la durabilité ou même d'arguments sur la durabilité par les avocats. Le juge Weeramantry s'est appuyé sur le concept juridique du développement durable pour établir son raisonnement juridique à la discrétion de la Cour. Cette utilisation est conforme au statut de la durabilité à titre de principe juridique

45. *R* c *Hape*, 2007 CSC 26, par 53.
46. Pour une discussion plus approfondie de la réception du droit international de l'environnement au Canada, voir Natasha Affolder, « Domesticating the Exotic Species : International Biodiversity Law in Canada » (2006) 51 *McGill LJ* 217.

fondamental. Le juge Weeramantry explique comment la durabilité nous force à nous éloigner des approches traditionnelles de prise de décision :

> Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions a un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité – qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures –, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement.
>
> Aux fins de la présente espèce, cela signifie que les Parties devraient, ensemble, examiner à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale de Gabčíkovo[47].

Le juge Weeramantry affirme que le développement durable exige un « nouvel examen » des incidences environnementales qui pouvaient être acceptables dans le passé. Cette nécessité de forcer les pratiques décisionnelles à rattraper les exigences du développement durable et la priorité accordée à l'intégrité écologique est un thème qui est affirmé par l'Organe d'appel de l'OMC dans son rapport sur les crevettes dans l'affaire *Shrimp-Turtle I*.

L'affaire *Shrimp-Turtle I*

Le préambule de *l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* (OMC) (*Accord sur l'OMC*) établit que les relations des membres de l'OMC dans les domaines du commerce et de l'économie doivent être conduites de manière à « [permettre] l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique[48] ».

Dans le cadre du conflit *Shrimp-Turtle I* de 1998, l'Organe d'appel de l'OMC a reçu le mandat d'interpréter le sens de l'expression « ressources naturelles épuisables » dans l'article XX(g) du GATT. Cette disposition avait été

---

47. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungrie/Slovaquie), [1997] CIJ Rep 7, par 140.
48. *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 UNTS 154, 33 ILM 1144, préambule [*Accord sur l'OMC*].

rédigée 50 années auparavant. L'Organe d'appel a soutenu que ces mots doivent être analysés « par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement[49] ». Dans sa décision, il s'est appuyé sur la référence au développement durable dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC* de 1995 dont il est question ci-dessus : « Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords[50] ». Une telle lecture a mené à l'interprétation selon laquelle la protection des tortues de mer relevait de la notion de ressources naturelles épuisables.

Ces deux exemples démontrent que la tâche consistant à articuler clairement le concept juridique de la durabilité est inachevée. Il s'agit d'une tâche qui est assumée par les juges et les praticiens du droit du monde entier[51]. Le concept juridique de la durabilité est un concept en évolution mais qui, à sa base, affirme que l'activité économique s'accomplit dans les limites de l'écologie.

CONCLUSION

La durabilité est un concept qui a une signification juridique. Il s'agit d'un concept qui reconnaît les limites écologiques en matière d'activité économique. Par conséquent, la promotion de l'intégrité écologique y est fondamentale. Il est facile de comprendre comment les tentatives d'application de la durabilité, au moyen du développement durable, ont obscurci le sens et la signification juridiques de la durabilité. Le développement durable a, de manière erronée, été défini comme ne comportant que le contenu normatif consistant à établir un équilibre, ce qui implique des compromis entre les exigences économiques, environnementales et sociales.

Ce chapitre avait pour but de clarifier ces concepts de même que les principes clés sous-jacents de la durabilité. Pour ce faire, des exemples de la manière dont les tribunaux canadiens, étrangers et internationaux ont cherché à opérationnaliser ces principes ont été présentés. En fin de compte, le contenu du concept juridique de durabilité au Canada ne se développera que lorsqu'il y aura une volonté d'identifier et de nommer le développement non durable.

---

49. OMC, Organe d'appel, *États Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes,* WTO Doc WT/DS58/AB/R (1999), par 129, [en ligne] WTO <http://docsonline.wto.org>.
50. *Ibid.,* par 153.
51. En 2002, des juges et des juges en chef du monde entier ont signé les *Principes de Johannesburg relatifs au rôle du droit et du développement durable*, ce qui a eu pour effet d'affirmer les principes qui devraient guide le monde judiciaire : *Principes de Johannesburg relatifs au rôle du droit et du développement durable* (Déclaration adoptée au Colloque mondial des juges sur le développement durable et le rôle du droit, Johannesburg, Afrique du Sud, du 18 au 20 août 2002), (2003) 15 *J Envtl L* 107.

ANNEXE 1 : RÉFÉRENCES À LA DURABILITÉ ET AU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LA LÉGISLATION CANADIENNE

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
Canada (Fédéral)	*Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, LC 1996, c 17	Préambule
	Loi sur le vérificateur général, LRC 1985, c A-17	Article 2 (« Définitions ») Article 7(2)(f) (« Rapports [du vérificateur général] à la Chambre des communes ») Article 7.1(1)(e) (« Enquête et rapport ») Article 21.1 (« Mission ») Article 22(1) (« Pétition ») Articles 23(2)(a) et (c) (« Rapport du commissaire »)
	Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-Chili, LC 1997, c 14	Préambule
	Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-Colombie, LC 2010, c 4	Article 7(h) (« Objet »)
	Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-Costa Rica, LC 2001, c 28	Préambule
	Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-Pérou, LC 2009, c 16	Article 7(h) (« Objet »)
	Loi sur la Fondation du Canada pour l'appui technologique au développement durable, LC 2001, c 23	Article 2 (« Définitions ») Articles 11(a)(i) et (c) (« Représentativité ») Articles 15(a)(i) et (c) (« Représentativité ») Article 32 (« Répartition des biens [en cas de liquidation ou de dissolution de la Fondation] »)
	Loi maritime du Canada, LC 1998, c 10	Article 25(a)(iii) (« Interdiction de crédits »)
	Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, LC 1992, c 37	Préambule Article 4 (« Objet »)
	Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), LC 1999, c 33	Préambule Article 3(1) (« Définitions ») Article 54(2)(d) (« Portée des objectifs du [Ministre] ») (« Portée des objectifs, directives et codes de pratique »)
	Loi sur le ministère de l'Industrie, LC 1995, c 1	Article 5(a) (« Objectifs »)
	Loi sur le ministère des Ressources naturelles, LC 1994, c 41	Article 2 (« Définitions ») Article 6(a) (« Attributions générales »)

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
	Loi sur l'Accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, LC 1991, c 12	Article 7 (« Rapport annuel »)
	Loi sur la protection du revenu agricole, LC 1991, c 22	Article 4(2)(e) (« Conclusion d'accords ») Article 5(2)(a) (« Clauses relatives à l'environnement »)
	Loi fédérale sur le développement durable, LC 2008, c 33	Article 3 (« Objet ») Article 5 (« Fondement du développement durable »)
	Loi sur la Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, LC 1993, c 31	Article 2 (« Définitions ») Article 4 (« Objet ») Article 5 (« Pouvoirs ») Article 6(3) (« Représentativité [de la Table ronde à titre amovible] »)
	Loi sur les océans, LC 1996, c 31	Préambule Article 30 (« Principes directeurs [de la stratégie nationale sur les océans] ») Article 40(2) (« Activités [du ministre pertinent »)
	Loi sur la responsabilité en matière d'aide au développement officielle, LC 2008, c 17	Article 2(1) (« Objet »)
	Loi sur les produits antiparasitaires, LC 2002, c 28	Préambule Article 4(2)(e) (« Objectif premier »)
	Loi sur le Conseil canadien des normes, LRC 1985, c S-16	Article 4(1) (« Mission »)
	Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, LC 1994, c 47	Préambule
Alberta	*Alberta Land Stewardship Act*, SA 2009, c A-26.8	Section 1(2)(d) ("Purposes of Act")
	Climate Change and Emissions Management Act, SA 2003, c C-16.7	Preamble
	Environmental Protection and Enhancement Act, RSA 2000, c E-12	Section 2(c) ("Purpose") Section 6(1) ("Purpose of [Sustainable Development] Co-ordinating Council") Section 40(a) ("Purpose of environmental assessment process")
Colombie-Britannique	*Fish Protection Act*, SBC 1997, c 21	Sections 6(2) & (6) ("Designation of sensitive streams for fish sustainability")

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
Manitoba	*Loi sur les accords de conservation*, LM 1997, c 59, c C173 de la CPLM	Préambule
	Loi sur les districts de conservation, LRM 1987, c C175, c C175 de la CPLM	Article 3(4) (« Nomination de représentants du public [à la Commission des districts de conservation] »)
	Loi sur l'assainissement des lieux contaminés, LM 1996, c 40, c C205 de la CPLM	Article 1(1) (« Définition ») Article 1(2) (« Principes du développement durable »)
	The East Side Traditional Lands Planning And Special Protected Areas Act, SM 2009, c 7, CCSM c E3	Article 10(1) (« Accord en vue de l'élaboration d'un plan de gestion »)
	Loi sur l'énergie, LM 1994, c 3, c E112 de la CPLM	Article 2 (« But et objets de la loi ») Article 3 (« Principes de développement viable ») Articles 4(f) et (l) (« Fonctions du ministère »)
	Loi sur les mines et les minéraux, LM 1991-92, c 9, c M162 de la CPLM	Article 2(1) (« But et objets de la loi ») Article 2(2) (« Développement viable »)
	Loi sur le pétrole et le gaz naturel, LM 1993, c 4, c O34 de la CPLM	Article 2(1) (« But et objets de la loi ») Article 2(2) (« Principes de développement viable ») Article 113(3)(b) (« Pouvoirs du ministre ») Article 149(3)(b) (« Pouvoirs du ministre ») Article 153(4)(b) (« Pouvoirs du ministre ») Article 162(2)(b) (« Pouvoirs du ministre »)
	Loi sur les parcs provinciaux, LM 1993, c 39, c P20 de la CPLM	Préambule
	Loi sur le développement durable, LM 1997, c 61, c S270 de la CPLM	Article 1 (« Définitions ») Article 2 (« Objet ») Article 4(1)(a) (« Constitution de l'Organisme ») Articles 4(2)(a) et (g) (« Fonctions de l'Organisme ») Articles 4(3)(c), (d) et (d.1) (« Pouvoirs ») Articles 5(b), (c)(i) et (v) (« Attributions du ministère de la Conservation ») Article 6(1) (« Principes ») Article 6(2) (« Directives ») Articles 7(2)(a) et (b) (« Objectif de la stratégie provinciale [stratégie de développement] ») Article 11(1)(a) (« Élaboration d'un code provincial [stratégie de développement] ») Article 12(1)(c) (« Directives – gestion financière et rapport ») Articles 12(2)(i) et (ii) (« Directives d'approvisionnement »)

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
		Article 13 (« Adoption d'un code de pratique [stratégie de développement] ») Article 14(e) (« Adoption des directives [stratégie de développement] ») Articles 16(1)(a), (b) et (c) (« Pouvoir d'ordonner la révision [par le ministre] ») Article 17(2)(b) (« Objectif du Fonds [Innovations de développement durable] ») Annexe A (« Principes de développement durable ») Annexe B (« Directives de développement durable »)
	Loi sur la réduction du volume et de la production des déchets, LM 1989-90, c 60, c W40 de la CPLM	Article 1(1) (« Objet ») Article 1(2) (« Principes du développement viable »)
	Loi sur la conservation des ressources hydriques, LM 2000, c 11, c W72 de la CPLM	Préambule sur la « gestion durable des ressources hydriques »
	Loi sur la protection des eaux, LM 2005, c 26, c W65 de la CPLM	Article 25(e) (« Attributions du Conseil des eaux »)
Nouveau-Brunswick	*Loi sur le Fonds en fiducie pour l'environnement*, LRNB 2011, c 151	Articles 3(a)(iii) et (v) (« Utilisation des actifs du Fonds »)
	Loi sur la coopération économique des maritimes, LN-B 1992, c M-1.11	Article 3(1)(d) (« Coopération des maritimes »)
	Loi sur le traitement des poissons et fruits de mer, LN-B 2006, c S-5.3	Article 79(c) (« Accords ») Article 80(b) (« Politiques, directives, programmes et autres mesures »)
Terre-Neuve et Labrador	*Aquaculture Act*, RSNL 1990, c A-13	Section 4(6)(a)(ii) ("Aquaculture licence") Section 11.2(a) ("Regulations")
	Cruiseship Authority Act, SNL 1998, c C-44	Section 7(l) ("Powers of [cruiseship] authority")
	Environmental Protection Act, SNL 2002, c E-14.2	Section 2(kk) ("Definitions") Sections 5(a), (c), (e), & (f) ("Research")
	Forest Act, RSNL 1990, c F-23	Sections 2(f), (r), & (s) ("Definitions") Section 7(6) ("Forest management districts")
Nouvelle-Écosse	*Endangered Species Act*, SNS 1998, c 11	Section 2(1)(b) includes the phrase "use biological resources in a sustainable manner" ("Purpose")
	Environment Act, SNS 1994-95, c 1	Section 2(b) ("Purpose of Act") Section 3(aw) ("Interpretation") Section 8(2)(a) ("Minister responsible for Act") Section 9(a)(iv) ("Advisory committees and experts") Sections 9A(1) & (2) ("Round Table") Sections 27(1)(a), (c), (e), & (f) ("Education and research") Section 104(b) ("Lead agency")

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
	Environmental Goals and Sustainable Prosperity Act, SNS 2007, c 7	Sections 3(2)(b) & (f) ("Foundation and principles of Act") Section 4(1) & (2)(t) ("Long-term objectives of Province") Section 4(1) ("Long-term objectives of Province") Section 6(1) ("Review and annual reports")
	Maritime Economic Cooperation Act, SNS 1992, c 7	Section 3(1)(d) ("Guiding principles")
	Mineral Resources Act, SNS 1990, c 18	Section 1A ("Purpose of Act")
	Municipal Government Act, SNS 1998, c 18	Schedule B ("Statements of Provincial Interests – Introduction")
	Public Service Act, RSNS 1989, c 376	Section 38(b) ("Powers of Minister")
	Water Resources Protection Act, SNS 2000, c 10	Preamble
Ontario	*Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne*, LO 1994, c 25	Article 1 (« Objets ») Article 2 (« Durabilité ») Article 9(2) (« Critères d'approbation ») Article 26(1) (« Permis d'aménagement forestier durable ») Article 27(3)(a) (« Autres permis ») Article 42(2) (« Exception [aux Opérations forestières] ») Article 55(1) (« Dommages causés par des opérations forestières ») Articles 68(3)(b), (c) et (d) (« Manuel de planification de la gestion forestière »)
	Charte des droits environnementaux de 1993, LO 1993, c 28	Article 2(1)(b) (« Objets de la loi »)
	Loi de 2003 sur le parc de la région caractéristique des Hautes-Terres de Kawartha, LO 2003, c 6	Article 5(3) (« [Conseil consultatif de gestion] Rôle du conseil »)
Québec	*Loi sur le vérificateur général*, LRQ, c V-5.01	Article 17 (« Le vérificateur général ») Article 26(8) (« Vérification et rapports ») Article 43.1(2) et (3) (« Rapports annuel et spécial »)
	Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection, IRQ, c C-6.2	Article 3 (« L'eau, ressource collective ») Article 10 (« Action en réparation des dommages causés à l'eau ») Article 13 (« Gouvernance de l'eau »)
	Loi sur l'aquaculture commerciale, LRQ, c A-20.2	Article 2 (« Cadres de développement aquacole »)
	Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune, LRQ, c C-61.1	Disposition préliminaire

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
	Loi sur les contrats des organismes publics, LRQ, c C-65.1	Article 2(4) (« Objet et application »)
	Loi sur La Financière agricole du Québec, LRQ, c L-0.1	Article 3 (« Constitution et mission »)
	Loi sur les forêts, LRQ, c F-4.1	Disposition préliminaire Article 124.17 (« Objets »)
	Loi sur le développement et l'organisation municipale de la région de la Baie James, LRQ, c D-8.2	Article 4 (« Constitution de la société »)
	Loi sur l'Institut de la statistique du Québec, LRQ, c I-13.011	Article 3.1 (« Institution, mission et fonctions »)
	Loi sur l'Institut national des mines, LRQ, c I-13.1.2	Article 5 (« Mission »)
	Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, LRQ, c A-19.1	Article 2.24 (« Contenu du plan métropolitain ») Article 6(8) (« Contenu du schéma ») Article 79.1 (« La plantation ou l'abattage d'arbres ») Section 113(12.1) (« Le règlement de zonage »)
	Loi sur le ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, LRQ, c M-14	Article 2(1) (« Du ministre et de ses fonctions ») Section 23 (« Développent des secteurs agricole et alimentaire »)
	Loi sur le ministère des Ressources naturelles et de la Faune, LRQ, c M-25.2	Articles 11.1 et 11.3 (« Fonctions et pouvoirs du ministre ») Articles 17.1.1 et 17.1.7 (« Forestier en chef ») Articles 17.1.1 et 17.1.7 (« Forestier en chef ») Article 17.14 (« Développement régional et autres politiques gouvernementales »)
	Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, LRQ, c M-30.001	Article 10 (« Fonctions et pouvoirs ») Articles 15.1, 15.2, 15.4 et 15.5 (« Fonds vert »)
	Loi sur le ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, LRQ, c M-30.01	Article 2 (« Responsabilités du ministre »)
	Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, LRQ, c P-41.1	Article 1.1 (« Interprétation et application ») Article 59.2 (« De certaines demandes à portée collective »)
	Loi sur la Régie de l'énergie, LRQ, c R-6.01	Article 5 (« Institution »)
	Loi sur le développement durable, LRQ, c D-8.1.1	Article 1 (« Objet »)

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
		Article 2 (« Développement durable ») Article 5 (« Mise en œuvre du développement durable ») Article 6 (« Principes ») Article 7 (« Stratégie de développement durable ») Article 11 (« La première version de la stratégie de développement durable ») Article 12 (« Indicateurs [de stratégie de développement] ») Article 13 (« Fonctions du ministre ») Article 14 (« Assistance ») Article 15 (« Publication des objectifs et des interventions ») Article 17 (« Rapport annuel »)
	Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier, LRQ, c A-18.1	Préambule Article 12 (« Stratégie d'aménagement durable des forêts ») Article 45 (« Forestier en chef ») Article 48(1) (« Forestier en chef » Article 52 (« Responsabilités du ministre ») Article 88 (« Garantie d'approvisionnement ») Article 119 (« Mise en marché des bois »)
Île-du-Prince-Édouard	*Maritime Cooperation Act*, RSPEI 1988, c M-1.1	Section 3.1(d) ("Maritime cooperation")
Saskatchewan	*The Litter Control Act*, RSS 1978, c L-22	Section 2.1(d)(iii) ("Litter control")
	Planning and Development Act, 2007, SS 2007, c P-13.2	Section 97(b)(iii) Section 111(3)(e)
Territoires du Nord-Ouest	*Loi sur la société d'investissement et de développement des territoires du nord-ouest*, LTN-O 2005, c 3	Article 5(3.1) (« Conseil d'administration ») Article 40(a) (« Règlements »)
Yukon	*Loi sur le développement économique*, LRY 2002, c 60	Article 1 (« Définitions ») Article 5(c) (« Buts du gouvernement »)
	Loi sur l'environnement, LRY 2002, c 76	Article 2 (« Définitions ») Article 5(1)(c) (« Objets ») Articles 41(1) et (2)(d) (« Pouvoirs et fonctions du Conseil [Conseil de l'économie et de l'environnement du Yukon] ») Article 44 (« Objet du document intitulé Yukon Conservation Strategy ») Article 57 (« Mesures incitatives et aide ») Article 82 (« Objet processus d'approbation d'un projet ») Article 141(b) (« Règlements d'application de la partie 3 »)

Compétence	Nom de la loi	Numéro d'article
	Loi sur l'évaluation environnementale, LRY 2003, c 2	Préambule Article 1(1) (« Définitions ») Article 3(b) (« Objet »)
	Loi sur les ressources forestières, LRY 2008, c 15	Article 27(4)(c) (« Permis de coupe »)
	Loi sur le pétrole et le gaz, LRY 2002, c 162	Article 2(b) (« Objets »)
	Loi sur les parcs et la désignation foncière, LRY 2002, c 165	Préambule
	Loi sur l'octroi de permis visant certaines activités touristiques en milieu sauvage, LRY 2002, c 228	Article 14(1)(c) (« Règlements »)
	Loi sur la société de développement du Yukon, LRY 2002, c 236	Article 5(c) (« Objets »)

Chapitre 9

Comment la conception de la législation peut-elle limiter le pouvoir de la loi en matière de mise en œuvre de normes environnementales : l'intégrité écologique au sein des parcs nationaux du Canada

Shaun Fluker

Le conflit qui existe entre les défenseurs des « parcs pour le public » et des « parcs pour la préservation » vient définir l'histoire contemporaine des parcs nationaux du Canada[1]. Généralement, les historiens et d'autres auteurs s'entendent pour dire que le Parlement avait procédé à la création des premiers parcs nationaux du Canada dans le but de réaliser l'objectif en matière de politique publique consistant à bâtir le pays et à procurer un rendement économique. La raison d'être de n'importe quel parc reposait sur la satisfaction des intérêts récréatifs, économiques ou spirituels des Canadiens[2]. Depuis la fin

1. Voir Claire Campbell, *A Century of Parks Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 2011.
2. Il existe beaucoup de documentation sur les parcs nationaux du Canada. La plus récente publication est celle de Claire Campbell, *ibid*. Voir également WL Lothian, *Histoire des parcs nationaux du Canada*, Ottawa, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1976 ; Sid Marty, *Une grande et noble idée : les parcs nationaux : un siècle d'histoire*, Toronto, NC Press Limited, 1984 ; Leslie Bella, *Parks for Profit*, Montréal, Harvest House, 1987 ; Rick Searle, *Phantom Parks : The Struggle to Save Canada's National Parks*, Toronto, Key Porter Books, 2000 ; Alan MacEachern, *Natural Selections : National Parks in Atlantic Canada 1935 – 1970*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2001 ; Paul Kopas, *Taking the Air : Ideas and Change in Canada's National Parks*, Vancouver, UBC Press, 2007 ; IS MacLaren, *Culturing Wilderness in Jasper National Park : Studies in Two Centuries of Human History in the Upper Athabasca River Watershed*, Edmonton, University of Alberta Press, 2007.

des années 1960, les défenseurs de l'environnement s'élèvent contre l'idéologie des « parcs pour le public » qui régit les parcs nationaux du Canada. Ils exercent des pressions sur le Parlement afin de faire valoir la préservation de la nature *pour elle-même* car selon eux, ceci devrait être la première raison d'être des parcs. Conjuguées avec diverses études du gouvernement réalisées dans les années 1980 et 1990, ces pressions ont donné lieu à la promulgation d'une nouvelle loi sur les parcs nationaux fédéraux en 2001, loi qui prescrit, catégoriquement, la préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique comme première priorité des parcs nationaux. Curieusement, cette priorité législative visant la préservation écologique dans la prise de décision relative aux parcs nationaux ne s'est pas traduite par un changement discernable par rapport à l'idéologie « des parcs pour le public ». En effet, de récentes observations laissent entrevoir que les intérêts économiques et récréatifs auraient en fait une plus grande influence sur les décisions de gestion de certains parcs[3].

L'objectif du présent chapitre est double. Premièrement, il présente une analyse doctrinale de la jurisprudence pertinente afin d'étayer la position selon laquelle les modifications apportées à la loi de 2001 en matière d'intégrité écologique ont eu peu d'incidences sur l'idéologie des « parcs pour le public » régissant les parcs nationaux. Dans une série de décisions venant interpréter cette loi, la Cour fédérale a mis l'accent, à maintes reprises, sur le fait que le maintien de l'intégrité écologique est simplement un facteur parmi tant d'autres que doivent considérer les décideurs dans le cadre de leur mandat. Deuxièmement, ce chapitre présente une lecture critique de ces décisions de la Cour fédérale afin d'appuyer l'hypothèse selon laquelle il existe ici un problème de conception juridique qui vient restreindre le pouvoir de la loi en matière de mise en œuvre d'une norme de préservation de l'intégrité écologique.

LA NORME DE L'INTÉGRITÉ ÉCOLOGIQUE

La présence de l'intégrité écologique dans le discours environnemental nord-américain remonte à loin, soit à la notion de l'éthique de la terre formulée par Aldo Leopold en 1949 : [TRADUCTION] « Une chose est bonne lorsqu'elle tend à préserver l'intégrité, la stabilité et la beauté de la communauté biologique. Elle est mauvaise lorsqu'elle a tendance à faire autrement[4] ». Grâce à ces paroles, Aldo Leopold a conféré à l'intégrité écologique une reconnaissance populaire en tant que norme permettant de guider l'activité humaine par

3. Jeff Gailus, « All Sizzle, No Stake » (23 décembre 2011) *Alternative Journal*, [en ligne] <http://www.alternativesjournal.ca/articles/all-sizzle-no-stake>. Voir également Jeff Gailus, *The Grizzly Manifesto*, Vancouver, Rocky Mountain Books, 2010.
4. Aldo Leopold, *A Sand County Almanac and sketches here and there*, New York, Oxford University Press, 1949, p. 224-225.

rapport au reste de la communauté biologique. Au cours des dernières décennies du XXe siècle, de nombreux écrits ont été publiés sur la signification de l'intégrité écologique et sur la façon de la mesurer. La plupart des auteurs associent l'intégrité écologique à un état écologique libre de toute perturbation anthropique. Selon ce point de vue, l'activité humaine porte nécessairement atteinte à l'intégrité écologique, et l'intégrité écologique paradigmatique se trouve donc dans les écosystèmes protégés des perturbations humaines. Ces auteurs ont tendance à défendre la préservation des principales aires protégées où l'être humain a peu ou pas de présence[5].

L'INTÉGRITÉ ÉCOLOGIQUE : PRIORITÉ DES LOIS ET DES POLITIQUES

La première fois que l'intégrité écologique a été mentionnée dans la politique sur les parcs nationaux du Canada, c'était en 1979. Plusieurs années plus tard, le Parlement a modifié la *Loi sur les parcs nationaux* pour déclarer que la préservation de l'intégrité écologique constitue la première priorité en matière de gestion du zonage et d'utilisation des parcs par les visiteurs[6]. Bien que cette disposition législative ait été citée dans plusieurs arrêts par la suite, elle n'avait pas fait l'objet de litiges et sa signification n'avait pas été examinée en profondeur[7]. Même si sa portée juridique était peu conséquente, cette disposition symbolise un renforcement du mandat d'intégrité écologique dans la prise de décision concernant les parcs nationaux.

En 1998, le ministre du Patrimoine canadien a mis sur pied une commission scientifique pour évaluer l'intégrité écologique des parcs nationaux. En 2000, cette commission a présenté au ministre sa conclusion selon laquelle l'intégrité écologique de la plupart des parcs nationaux était en péril. La commission a également formulé des recommandations en vue de la prise de mesures visant à améliorer l'intégrité écologique des parcs[8]. L'une de ces recommandations concernait l'adoption de modifications législatives pour faire en sorte que la préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique soit la priorité *prépondérante* dans la gestion des parcs nationaux[9]. Les membres de la

5. Examen détaillé de la documentation dans Shaun Fluker, « Ecological Integrity in Canada's National Parks : The False Promise of Law » (2010) 29 *Windsor Rev Legal Soc Issues* 89, p. 90-99.
6. *Loi sur les parcs nationaux*, LRC 1985, c N-14, art 5 (1.2).
7. Voir *Sunshine Village Corp* c *Canada (Ministre de l'Environnement et Ministre du Patrimoine canadien)* (1996) 44 Admin LR (2d) 201, 202 NR 132.
8. Commission sur l'intégrité écologique des parcs nationaux du Canada *Intacts pour les générations futures, Protection de l'intégrité écologique par les parcs nationaux du Canada*, vol. 1, Ottawa, Agence Parcs Canada, 2000 ; Commission sur l'intégrité écologique des parcs nationaux du Canada, *Intacts pour les générations futures ? Protection de l'intégrité écologique par les parcs nationaux du Canada*, vol. 2, Ottawa, Agence Parcs Canada, 2000 [Rapport de la Commission sur l'intégrité écologique].
9. *Rapport de la Commission sur l'intégrité écologique*, *ibid*, annexe C.

commission s'entendaient pour dire qu'un mandat juridique plus fort s'imposait pour que Parcs Canada puisse avoir l'autorité de dire « non » à l'activité humaine excessive dans les parcs, car la commission avait conclu, après avoir visité bien des lieux, que le dépérissement écologique des parcs était grandement attribuable à l'activité humaine[10].

En février 2001, le Parlement est revenu à la charge en incorporant un mandat d'intégrité écologique plus vaste dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* grâce à l'ajout des articles 2 et 8 :

> Article 2(1) – Définitions
>
> « intégrité écologique » L'état d'un parc jugé caractéristique de la région naturelle dont il fait partie et qui sera vraisemblablement maintenu, notamment les éléments abiotiques, la composition et l'abondance des espèces indigènes et des communautés biologiques ainsi que le rythme des changements et le maintien des processus écologiques.
>
> Article 8(2) – Intégrité écologique
>
> La préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs[11].

Ces dispositions relatives à l'intégrité écologique adoptées par le Parlement venaient s'ajouter au paragraphe 4(1) déjà en vigueur et qui consacrait l'usage public des parcs à l'utilisation et à l'agrément des Canadiens :

> Paragraphe 4(1) – Usage public des parcs
>
> Les parcs sont créés à l'intention du peuple canadien pour son bienfait, son agrément et l'enrichissement de ses connaissances, sous réserve de la présente loi et des règlements ; ils doivent être entretenus et utilisés de façon à rester intacts pour les générations futures[12].

La priorité catégorique accordée par le le paragraphe 8(2) à la préservation ou au rétablissement de l'intégrité écologique dans les parcs nationaux, alliée à l'accent mis sur les conditions naturelles et les espèces indigènes dans la définition de la loi, établissent le bien-fondé de ces dispositions législatives selon lesquelles les parcs nationaux doivent être gérés comme des lieux où la préservation de la nature, pour elle-même, est la première priorité, et où l'intérêt de l'être humain vient en deuxième lieu. Littéralement, le paragraphe 8(2) exige que les parcs nationaux soient gérés en premier lieu en tant qu'aires de préservation, avec peu de présence ou d'influence humaine.

---

10. *Rapport de la Commission sur l'intégrité écologique*, *ibid*, p. 1-11 à 1-17.
11. *Loi sur les parcs nationaux du Canada,* LC 2000, c 32, par 2(1), 8(2).
12. *Ibid.*, art 4(1).

L'APPLICATION DE L'INTÉGRITÉ ÉCOLOGIQUE DANS LE DOMAINE DU DROIT

La Cour fédérale du Canada a dû directement considérer le paragraphe 8(2) dans deux affaires, et en a fait référence dans plusieurs autres. Toutes les considérations judiciaires découlaient d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de Parcs Canada concernant la gestion des parcs. Le premier examen du paragraphe 8(2) a été fait par le juge Gibson de la Section de première instance de la Cour fédérale relativement au contrôle judiciaire concernant la décision de Parcs Canada d'approuver la construction d'une route dans le parc national Wood Buffalo[13]. En 2003, l'interprétation qu'a conférée le juge Gibson au paragraphe 8(2) a été confirmée par le juge Evans de la Cour d'appel fédérale[14]. Ces deux décisions constituent encore, aujourd'hui, la plus importante jurisprudence en ce qui a trait à la signification et à la portée de l'article 8(2) à l'égard du mandat d'intégrité écologique de Parcs Canada.

Le parc national Wood Buffalo chevauche le nord-est de l'Alberta et le sud des Territoires du Nord-Ouest. Il couvre une superficie d'environ 45 000 kilomètres[15]. Ce parc a été établi par le Parlement en 1922 dans le but de protéger la population déclinante de bison des bois[16]. En 1983, ce parc a fait l'objet d'une reconnaissance internationale comme site du patrimoine mondial de l'Organisation des Nations Unies à titre d'habitat pour les espèces menacées du bison des bois et de la grue blanche. Ce parc a également été reconnu en raison de la protection offerte à l'un des plus grands deltas d'eau douce au monde[17].

En 1998, la municipalité de Fort Smith, située à la limite nord du parc, dans les Territoires du Nord-Ouest, a présenté une demande à Parcs Canada pour obtenir l'autorisation de construire et d'exploiter une route traversant le parc d'est en ouest, le long de la rivière de la Paix. À cette fin, Parcs Canada a demandé à ce qu'une évaluation environnementale soit faite, et celle-ci a permis de conclure qu'une nouvelle route aurait certains impacts sur l'environnement du parc, mais que compte tenu des mesures d'atténuation préconisées, ces impacts ne seraient vraisemblablement pas considérables. En mai 2001, Parcs Canada (à titre de délégué du ministre) a approuvé la construction de la route.

---

13. *Société pour la nature et les parcs du Canada* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien),* 2001 CFPI 1123 [*SNAP*, Section de première instance].
14. *Société pour la nature et les parcs du Canada* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien),* 2003 CAF 197 [*SNAP*, Cour d'appel].
15. Parc national Wood Buffalo, [en ligne] Parcs Canada <http://www.pc.gc.ca/eng/pn-np/nt/woodbuffalo/natcul.aspx> [Parcs Canada].
16. Janet Foster, *Working for Wildlife: The Beginnings of Preservation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1978, p. 104-116.
17. Parcs Canada, *supra* note 15.

La Société pour la nature et les parcs du Canada (SNAP) considérait ces faits comme l'occasion idéale de mettre à l'épreuve les nouvelles dispositions sur l'intégrité écologique que le Parlement avait récemment adoptées dans le cadre de la *Loi sur les Parcs nationaux du Canada*[18]. Cela faisait depuis le début des années 1960 que la SNAP s'intéressait aux enjeux propres aux parcs nationaux. Elle avait également joué un grand rôle dans l'établissement des politiques ayant mené aux modifications législatives de 2001 portant sur l'intégrité écologique. Parcs Canada avait officiellement reconnu que la route ne servait pas au parc. L'évaluation environnementale fournissait également la preuve que la construction de cette route et l'usage qui en serait fait éventuellement auraient pour effet de perturber l'écologie d'un parc national dont la réputation mondiale était de protéger des espèces menacées. Parcs Canada avait même omis de mentionner l'intégrité écologique dans son approbation écrite de la route datée du mois de mai 2001. La SNAP a donc présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en juin 2001 afin que la décision autorisant la construction de la route soit revue à la lumière du fait que cela constituait une violation évidente de la nouvelle règle régissant l'intégrité écologique dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*.

Le juge Gibson a alors déterminé que la loi conférait à Parcs Canada l'autorité d'approuver la route et il ne s'est pas laissé influencer par la preuve relative aux impacts sur l'environnement ou par le fait que Parcs Canada ait omis de mentionner l'intégrité écologique dans sa décision[19]. En rejetant la demande de la SNAP, le juge Gibson a pris soin de mentionner que les nouvelles dispositions législatives ne sont pas des modifications substantielles, puis il a présenté une interprétation remarquable du paragraphe 8(2) sur l'intégrité écologique et sur son lien avec le paragraphe 4(1) :

> De plus, je suis d'avis comme les avocats des défenderesses qu'à la lecture de l'ensemble du dossier, il ressort que le ministre et ses représentants ont accordé la priorité à l'intégrité écologique dans la décision contestée en l'instance. Il est évident que cette décision n'est nettement pas compatible avec l'idée de traiter l'intégrité écologique comme la *seule* priorité du ministre. Toutefois, là n'est pas la question. Je le répète : le paragraphe 4(1) de la nouvelle Loi exige la recherche d'un équilibre délicat entre des intérêts conflictuels, dont l'agrément de ceux qui vivent dans le parc national Wood Buffalo ou à proximité de celui-ci. Cela est tout particulièrement vrai si le parc est loin des services et des installations comme en l'espèce, actuellement et pour vraisemblablement quelques temps encore. Dans les circonstances, bien que le parc national Wood Buffalo, comme les autres parcs nationaux, ait été créé à l'intention du peuple canadien dans son ensemble, il n'est

18. À partir de notes d'entrevues dans le dossier de l'auteur.
19. *SNAP*, Section de première instance, *supra* note 13, par 47.

> pas déraisonnable d'avoir une attention particulière pour le nombre restreint de citoyens du Canada qui sont de beaucoup les plus touchés par les décisions de gestion et de développement du parc. Je suis d'avis qu'il était raisonnablement loisible au ministre et à ses représentants de conclure que l'intérêt de ces citoyens l'emportait sur l'intégrité écologique si l'impact sur celle-ci pouvait être réduit à un degré qui, selon les conclusions du ministre, pouvait être cohérent avec la préservation du parc pour les générations futures.
>
> […] Le paragraphe 8(2) de la Loi n'exige pas que l'intégrité écologique soit le « facteur déterminant » dans une décision comme en l'espèce. Il exige plutôt simplement que l'intégrité écologique soit la « première » priorité du ministre. Comme je l'ai mentionné précédemment, je suis d'avis, d'après l'ensemble de la preuve présentée devant la Cour, que l'intégrité écologique était la première priorité du ministre lorsqu'elle a pris cette décision. Il ne ressort pas du dossier que le ministre et ses représentants ont utilisé les mots « intégrité écologique » dans le processus de décision et, en fait, dans la décision comme telle. Cette réalité ne conduit pas inexorablement à la conclusion que l'intégrité écologique n'a pas été prise en considération ou qu'elle n'a pas eu la première priorité. À la lecture du dossier, il est manifeste que le ministre et ses représentants ont pris en considération l'intégrité écologique et qu'ils lui ont accordé la première priorité même si elle n'a pas été retenue comme le facteur déterminant en toutes circonstances[20].

L'interprétation que confère le juge Gibson au paragraphe 8(2) diffère largement de la formulation littérale de la disposition même. Non seulement il recourt à la logique utilitariste pour faire de la priorité de l'intégrité écologique un autre facteur parmi tant d'autres dont Parcs Canada doit se servir pour équilibrer l'application du mandat qui lui est conféré par l'article 4(1) avec la préservation, mais il conclut également que la décision relative à un parc peut avoir pour effet de mettre les intérêts du public avant la préservation de l'intégrité écologique et tout de même se conformer au paragraphe 8(2).

Par ailleurs, la SNAP a obtenu de pires des résultats à la Cour d'appel fédérale. Le juge Evans a confirmé que la Cour devait faire preuve d'une grande déférence à l'égard de Parcs Canada dans l'exercice de son pouvoir légal en matière de gestion des parcs nationaux. Par conséquent, il a décidé que la Cour n'analysera pas de nouveau comment Parcs Canada pondère l'intégrité écologique et les autres facteurs lorsqu'il prend ses décisions de gestion[21]. De plus, en prenant la décision de rejeter l'appel de la SNAP, le juge Evans a imposé à la le fardeau d'établir quelles composantes du rétablissement ou de la préservation de l'intégrité écologique manquaient dans l'approbation de Parcs Canada ou bien, de fournir des preuves montrant que la construction de la route nuirait à

20. *Ibid.*, par 52-53 (italiques dans l'original).
21. *SNAP*, Cour d'appel, *supra* note 14, par 68-99.

l'intégrité écologique du parc[22]. Le juge Evans a non seulement atténué le paragraphe 8(2), mais il a également imposé un nouveau fardeau de preuve à la SNAP, la demanderesse qui conteste la décision de Parcs Canada en vertu de l'article 8(2).

Ces deux décisions relatives à l'affaire de l'approbation d'une route dans le parc national Wood Buffalo confèrent à Parcs Canada le pouvoir légal de considérer la préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique simplement comme un autre facteur dans la prise de décision concernant les parcs. De plus, l'intégrité écologique est un facteur qui peut être supplanté par des intérêts commerciaux ou économiques[23]. Ici, l'analyse doctrinale démontre que l'interprétation judiciaire du paragraphe 8(2) a miné considérablement l'influence normative de la règle de l'intégrité écologique sur la gestion des parcs. Ces décisions ont également eu pour effet de faire en sorte que les groupes environnementaux d'intérêt public deviennent réticents à contester la prise de décision de Parcs Canada à l'égard des parcs nationaux.

La Première nation crie Mikisew a également présenté une demande à la Cour fédérale en vue du contrôle judiciaire de l'approbation d'une route par Parcs Canada dans le parc national Wood Buffalo. Sa demande a été présentée en juin 2001, seulement une semaine après que la SNAP a déposé sa demande à la Cour. La demande de la Première nation Mikisew affirmait que la décision de Parcs Canada représentait une violation des droits autochtones en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[24].

Madame la juge Hansen a conclu que l'approbation de la route portait atteinte aux droits de chasse et au maintien du mode de vie traditionnel de la Première nation Mikisew dans le parc national Wood Buffalo en vertu de l'article 35. Par conséquent, elle a annulé la décision de Parcs Canada[25]. Le raisonnement de la juge Hansen à l'appui de sa décision présente un contraste intéressant avec ceux des juges Gibson et Evans à l'égard de la demande de la SNAP.

La juge Hansen a déterminé que l'atteinte aux droits ancestraux de la Première nation Mikisew repose en partie sur la preuve d'impacts environnementaux nuisibles découlant de la route proposée, notamment la fragmentation

---

22. *Ibid.*, par 89, 101-105.
23. Cette conclusion est renforcée par la deuxième affaire concernant la considération du paragraphe 8(2) en vertu de laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la Mountain Parks Watershed Association visant le renouvellement du permis d'adduction d'eau par Parcs Canada au Chateau Lake Louise (*Mountain Parks Watershed Assn* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2004 CF 1222).
24. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi sur le Canada, 1982 (UK), 1982, c 11.
25. *Première nation crie Mikisew* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien),* 2001 CFPI 1426 [*Mikisew*, section de première instance].

de l'habitat, les impacts nuisibles sur la faune qui doit évoluer dans un milieu sauvage non perturbé pour donner lieu à une population durable, et la perte de végétation[26]. La juge Hansen a conclu :

> La chasse et le piégeage de subsistance pratiqués par les utilisateurs traditionnels du parc connaissent un déclin depuis quelques années. En ouvrant ces étendues sauvages et isolées à la circulation routière, on pourrait rendre plus difficile encore le combat des Premières nations pour le maintien de leur culture. Par exemple, si la population d'orignaux fait les frais de l'augmentation du braconnage et de la prédation entraînée par l'aménagement de la route, les Mikisews seront forcés de modifier leur stratégie de chasse, et ce sera peut-être une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel et à se tourner vers d'autres modes de vie. Les Mikisews affirment en outre qu'il importe de conserver les terres entourant leur réserve dans leur état naturel et de maintenir leurs traditions de chasse et de piégeage pour que le savoir de la Première nation puisse être transmis à la prochaine génération[27].

La décision a finalement été instruite par la Cour suprême du Canada. Aux fins du présent cas, il est important de mentionner que la Cour suprême a confirmé, à l'unanimité, tout comme la juge Hansen, qu'il y avait violation des droits ancestraux de la Première nation Mikisew compte tenu des effets environnementaux nuisibles découlant de la route proposée[28].

Il est également important de mentionner que la demande de la Première nation Mikisew souligne que Parcs Canada a présenté une preuve sur les impacts environnementaux qui vient s'opposer à la demande des Mikisews. Il est difficile de ne pas constater l'ironie de l'affirmation de Parcs Canada selon laquelle la chasse est incompatible avec la préservation de l'intégrité écologique du parc national Wood Buffalo tout en affirmant dans le même temps que la route n'aura aucun impact négatif sur l'intégrité écologique dans l'application de la SNAP. La juge Hansen a peu de difficulté à rejeter cet argument en accordant un poids considérable à la preuve sur les impacts environnementaux de la route proposée et en faisant ressortir que la chasse autochtone est rattachée à l'écologie du parc[29].

Le raisonnement de la juge Hansen accorde la priorité à l'intégrité écologique du parc national Wood Buffalo, priorité que l'on ne trouve nulle part dans les motifs énoncés par la Cour lorsqu'elle a rejeté la demande de la SNAP.

---

26. *Ibid.*, par 87-98. Cette preuve provenait du rapport d'évaluation environnementale ainsi que du contre-interrogatoire du surintendant du parc national Wood Buffalo, qui avait admis que la construction de la route nuirait à l'habitat de la faune du parc.
27. *Ibid.*, par 98.
28. *Première nation crie Mikisew* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388, 2005 CSC 69, par 44.
29. *Mikisew*, Section de première instance, *supra* note 25, par 67-74, 87-98.

L'éloignement et la nature sauvage du parc national Wood Buffalo viennent éclairer l'analyse de la juge Hansen sur la légalité de la route proposée et sur les effets qu'elle aurait sur la Première nation crie Mikisew de même que sur l'écologie du parc.

UN PROBLÈME DE CONCEPTION INSTITUTIONNELLE

L'analyse qui précède donne lieu à deux observations. La première, établit que l'interprétation judiciaire de la règle de l'intégrité écologique du paragraphe 8(2) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* a atténué considérablement la priorité accordée à l'intégrité écologique en matière de gestion des parcs. La Cour fédérale a effectivement décidé que l'intégrité écologique n'est qu'un facteur parmi tant d'autres à considérer par Parcs Canada dans l'exercice de son pouvoir de gestion des parcs nationaux, même si cette atténuation n'est pas compatible avec la formulation littérale du paragraphe 8(2).

La seconde a trait à la distinction sur le plan du raisonnement juridique qui s'avère évidente lorsqu'on compare les décisions relatives aux demandes de la SNAP et la décision dans l'affaire *Mikisew* à l'égard des impacts de la route sur l'écologie du parc national Wood Buffalo. Ironiquement, la décision relative à la Première nation Mikisew confère à l'intégrité écologique la priorité dont il est question dans la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, même si cette loi n'est pas en cause dans la demande des Mikisews.

L'explication la plus convaincante concernant ces observations pourrait avoir trait à la nature législative de la règle de l'intégrité écologique de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. Grand nombre de juristes ont fait remarquer qu'il existe une importante corrélation entre l'éthique utilitariste et les règles législatives[30]. L'argument général veut que l'application des règles juridiques soit prédisposée à l'équilibre des intérêts concurrents et des considérations polycentriques. La nature catégorique ou déontologique de certaines normes environnementales, comme la norme visant la préservation de l'intégrité écologique, est peut-être trop rigide pour être opérationnalisée en tant que règle législative. La raison pourrait être que l'affirmation catégorique de l'autorité dans la loi est inextricablement liée aux débats politiques qui sous-tendent sa promulgation, ce qui signifie que par conséquent, une règle législative est particulièrement vulnérable à être atténuée afin de tenir compte des intérêts concurrents. Ou pire encore, la règle peut être complètement renversée au besoin afin de satisfaire ces intérêts concurrents.

30. Voir Coyle et Karen Morrow, *The Philosophical Foundations of Environmental Law*, Portland, Hart Publishing, 2004.

J'ai suggéré plus tôt que c'est exactement ce qu'a fait le juge Gibson dans sa décision concernant la *SNAP*: la dualité entre l'être humain et la nature sauvage, sous-jacente à la signification de l'intégrité écologique selon laquelle l'aspect sauvage du parc est idéalisé par rapport aux intérêts humains dans la formulation littérale du paragraphe 8(2), est indéfendable aux yeux du juge Gibson, qui renverse ce dualisme dans son application du paragraphe 8(2) pour faire valoir les intérêts humains au détriment de la nature non perturbée du parc[31]. Il existe des cas exceptionnels dans lesquels une règle législative déontologique en matière de préservation environnementale l'emporte sur les intérêts concurrents et dans lesquels la cour refuse expressément de recourir à un raisonnement utilitariste, mais ce sont vraiment des exceptions[32].

La nature législative de la règle de l'intégrité écologique semble également dicter le fait que le raisonnement juridique tournera principalement autour des principes de l'interprétation législative et du contrôle judiciaire. Ces principes ont pour effet d'injecter un certain formalisme dans l'argumentation et le raisonnement juridiques, qui nie la créativité et l'imagination de la pensée juridique qui sont nécessaires à la formulation et à la mise en œuvre de normes complexes et difficiles. Le raisonnement juridique des décisions *SNAP* concernant l'intégrité écologique, et vraisemblablement les arguments des parties devant la cour, se concentre sur la dissection du libellé du paragraphe 8(2) et sur la répartition des pouvoirs entre le pouvoir judiciaire, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. La Cour ne s'est jamais sérieusement penchée sur la norme de préservation de l'intégrité écologique et sur ce qu'elle signifie pour la gestion des parcs nationaux. Le contraste entre la manière dont les décisions *SNAP* et l'arrêt *Mikisew* évaluent l'impact de la route proposée sur l'intégrité écologique du parc national Wood Buffalo montre à quel point ce formalisme peut être contraignant.

---

31. Fluker, *supra* note 5, p. 121-122.
32. L'exemple paradigmatique du raisonnement déontologique par rapport au raisonnement utilitariste dans l'application du droit législatif de l'environnement réside peut-être dans l'arrêt de 1978 de la Cour suprême des États-Unis relativement à l'affaire *Tennessee Valley Authority* c *Hill*, 437 US 153 (1978).

Chapitre 10

L'utilisation du droit international en droit canadien de l'environnement

Charles-Emmanuel Côté

Pour comprendre comment le droit international peut être utilisé en droit canadien de l'environnement[1], il convient d'entrée de jeu de clarifier certaines notions de base. Par « droit international », on entend le droit international public, c'est-à-dire le droit applicable à la société internationale, composée d'États souverains et d'organisations internationales intergouvernementales (OI). Il s'agit de l'ordre juridique où naissent les obligations de l'État canadien dans ses relations avec les autres États souverains et les OI.

Les obligations internationales du Canada tirent essentiellement leur origine de deux types de sources. D'une part, elles découlent de la coutume internationale (ou droit coutumier international), qui consiste en une pratique étatique générale acceptée comme étant le droit. Le mode de formation de la coutume est empirique et diffus et celle-ci est obligatoire pour le Canada sans formalité particulière ni expression d'un consentement explicite de sa part. Ce sont généralement les juridictions internationales qui constatent l'existence d'une règle coutumière internationale. Autrement, l'existence d'une règle coutumière se vérifie par des matériaux épars (mesures nationales, juridictions nationales, résolutions non contraignantes d'OI, doctrine, etc.).

1. L'expression « droit canadien de l'environnement » renvoie à la fois au droit fédéral et au droit provincial de l'environnement.

D'autre part, les obligations internationales du Canada découlent des traités que celui-ci conclut avec d'autres États souverains ou des OI. Le traité est un accord de volonté entre États souverains ou OI destiné à produire des effets juridiques, sans égard à sa dénomination (accord, convention, échange de notes, entente, protocole, traité, etc.). Pour que le Canada soit lié par un traité, il doit y avoir consenti explicitement. Selon la pratique gouvernementale bien établie et sur la base des principes de la constitution du Royaume-Uni auxquels se réfère le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*[2], c'est le gouvernement fédéral qui détient le monopole sur le processus de conclusion des traités, sans intervention du Parlement fédéral ou des provinces.

Le Canada est lié par de nombreuses obligations internationales coutumières ou conventionnelles qui concernent la protection de l'environnement. Ces obligations internationales peuvent être utilisées comme des sources de droit positif ou comme des sources interprétatives du droit canadien de l'environnement.

LE DROIT INTERNATIONAL COMME SOURCE DE DROIT POSITIF EN DROIT CANADIEN DE L'ENVIRONNEMENT

Les obligations internationales du Canada peuvent constituer une source de droit positif en droit canadien de l'environnement. Cela signifie qu'elles peuvent donner naissance à des droits et des obligations qui peuvent être invoqués devant le juge canadien comme fondement d'une réclamation. Cette première utilisation du droit international obéit à des règles distinctes selon la nature coutumière ou conventionnelle de l'obligation considérée.

La coutume internationale comme source de droit positif

Dans l'arrêt *R* c *Hape*[3] rendu en 2007, la Cour suprême du Canada a mis fin à l'incertitude entourant le statut de la coutume internationale en droit canadien. Il est maintenant clair que celle-ci est automatiquement reçue par la *common law*, sans aucune formalité ou action particulière de la part du fédéral ou des provinces, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec la Constitution, la législation fédérale ou la législation provinciale[4]. Seules les « règles prohibitives » de la coutume internationale sont reçues automatiquement : si une règle n'interdit pas un comportement au Canada mais l'habilite plutôt à agir d'une manière donnée, elle n'est pas reçue automatiquement et nécessite l'adoption d'une loi de la part du législateur compétent.

---

2. (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5.
3. [2007] 2 RCS 292.
4. *Ibid.*, par 39 (j LeBel, motifs maj).

Pour déterminer si une obligation coutumière internationale du Canada fait partie du droit en vigueur au Canada, le juge canadien doit franchir les étapes suivantes :

(a) constater l'existence de la règle coutumière prohibitive en droit international en se fondant sur une constatation antérieure d'une juridiction internationale ou encore établir lui-même son existence ;

(b) vérifier si la réception de la règle coutumière en droit canadien n'est pas neutralisée par une disposition constitutionnelle ou législative incompatible.

Si ces étapes sont franchies avec succès, la règle coutumière fait partie du droit en vigueur au Canada et le juge peut l'appliquer.

La réception automatique de la coutume internationale en droit canadien soulève la question des règles de preuve qui lui sont applicables. En *common law*, la pratique des tribunaux canadiens veut que le juge ait connaissance d'office du droit international coutumier, ce qui signifie qu'il n'a pas à être prouvé, contrairement au droit d'un État étranger[5]. En droit civil, le juge québécois a aussi connaissance d'office du droit international coutumier, mais celui-ci doit être allégué – sans être prouvé – devant le juge même s'il fait partie du droit en vigueur au Québec[6]. Cette règle de preuve spéciale signifie que le juge n'a pas à appliquer lui-même le droit international coutumier si les parties au litige ne le demandent pas[7].

Le juge canadien est ainsi un agent d'application du droit international coutumier en droit canadien de l'environnement, qui contribue au respect par le Canada de ses obligations internationales. Il peut de plus contribuer à la constatation de l'existence d'une règle coutumière concernant la protection de l'environnement non seulement pour les fins du litige qu'il doit trancher, mais également pour l'avancement du droit international au bénéfice de la protection de l'environnement dans le monde entier. La difficulté de son rôle réside dans l'établissement de l'existence et du contenu de la règle coutumière.

---

5. Gib van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2e éd, Toronto, Irwin Law, 2008, p. 45 ; Ronald St John Macdonald, « The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada », dans Ronald St John Macdonald, Gerald L Morris and Douglas M Johnston (dir), *Canadian Perspectives on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 88, p. 113.
6. *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64, art 2807 al 2.
7. Léo Ducharme, « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le code civil du Québec » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec (dir), *La réforme du Code civil*, t 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 443, p. 445.

Le traité comme source de droit positif

Contrairement à la coutume internationale, les traités conclus par le Canada ne peuvent pas s'appliquer en droit canadien sans l'intervention du législateur. Seule une loi peut transformer les obligations internationales du Canada en source de droit positif en droit canadien[8]. Dans son célèbre *Avis sur les conventions de l'Organisation internationale du travail*, le Comité judiciaire du Conseil privé a décidé en 1937 que la compétence législative pour mettre en œuvre un traité en droit canadien est une compétence accessoire au partage normal des compétences législatives[9]. Il n'existe pas de compétence générale de mise en œuvre des traités au Canada : le législateur fédéral ou provincial est compétent selon la matière visée par le traité. Malgré une ancienne controverse sur le rejet d'une compétence fédérale générale de mise en œuvre des traités, l'avis de 1937 constitue toujours l'arrêt de principe sur la question[10].

La notion de mise en œuvre d'un traité par le Canada renvoie à l'exécution par celui-ci de ses obligations internationales conventionnelles. Le statut juridique d'un traité en droit canadien dépend de la méthode législative utilisée pour le mettre en œuvre.

Traité applicable en droit canadien

Le traité applicable en droit canadien est celui dont le texte-même fait partie du droit en vigueur au Canada. Le texte du traité devient une source de droit positif qui peut être invoquée devant le juge canadien comme fondement d'une réclamation. Cette première hypothèse n'est pas la plus fréquente dans la législation canadienne. Elle suppose que la loi de mise en œuvre du traité indique l'intention « claire et non ambigüe » du législateur d'incorporer le texte du traité ou une partie de celui-ci en droit canadien. L'incorporation du traité en droit canadien est un concept juridique : elle ne signifie pas que le texte du traité doit être annexé à la loi de mise en œuvre ! Si la loi de mise en œuvre incorpore effectivement le traité, celui-ci devient directement applicable en droit canadien. Il occupe alors le rang de sa loi d'incorporation dans la hiérarchie normative canadienne.

---

8. *Canada (AG) c Ontario (AG)*, [1937] AC 326, 347-348 (PC) [*Avis sur les conventions de l'Organisation internationale du travail*].
9. *Ibid.*, 351.
10. Sur la controverse entourant l'*Avis sur les conventions de l'Organisation internationale du travail* et son caractère dépassé, voir Charles-Emmanuel Côté, « La réception du droit international en droit canadien » (2010) 52 *SCLR* (2d) 483, 513-521.

Loi d'incorporation avec annexion du texte du traité

Le législateur compétent peut vouloir incorporer un traité et annexer son texte à la loi d'incorporation. Le critère juridique déterminant demeure toujours l'indication d'une intention claire et non ambigüe d'incorporer le texte du traité en droit canadien. La seule annexion du texte ne suffit pas. Un exemple dans la législation fédérale d'une loi d'incorporation avec annexion du texte du traité est la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* qui prévoit que :

> Les articles 1, 22 à 24 et 27 à 40 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques *sont applicables sur le territoire canadien* à tous les États étrangers, qu'ils soient ou non parties à celle-ci[11].

Le texte intégral de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*[12] est reproduit dans l'annexe II de la loi. Les dispositions qui sont incorporées font ainsi partie du droit en vigueur au Canada et sont directement applicables en droit canadien.

Loi d'incorporation sans annexion du texte du traité

En revanche, même si le texte du traité n'est pas annexé à la loi, cela ne signifie pas nécessairement que le législateur n'a pas exprimé l'intention claire et non ambiguë d'incorporer le traité en droit canadien. Il arrive que le législateur exprime l'intention de rendre le texte directement applicable en droit canadien sans pour autant l'annexer à la loi d'incorporation. Un exemple dans la législation fédérale d'incorporation d'un traité sans annexion du texte se trouve dans le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur* sur les marchés publics qui prévoit que :

> Lorsque le Tribunal enquête sur une plainte, il décide si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences de l'ALÉNA […][13].

Cette disposition réglementaire ne fait que renvoyer au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*[14] (ALÉNA), qui porte sur les marchés publics passés par une entité publique fédérale ou une entreprise publique fédérale. Le texte de l'ALÉNA n'est pas reproduit, ce qui n'empêche pas le texte de son chapitre 10 d'être

11. LC 1991, c 41, art 3(1) [italiques de l'auteur].
12. 18 avril 1961, RT Can 1966 n° 29.
13. DORS/93-602, art 11.
14. 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2.

incorporé au droit canadien et de pouvoir être invoqué devant un juge lors de la contestation d'un marché public fédéral.

Puisque les traités incorporés font partie du droit en vigueur au Canada, le juge a connaissance d'office de leur texte. En *common law*, les tribunaux ont connaissance d'office de tous les traités conclus par le Canada, qu'ils soient incorporés ou non au droit canadien. Cette règle participe de la règle de preuve générale voulant que le juge de *common law* ait connaissance d'office des actes du gouvernement accomplis dans l'exercice des prérogatives royales[15]. En droit civil québécois, l'annexion ou non du texte du traité à la loi d'incorporation a une incidence sur les règles de preuve applicables. À l'instar du droit international coutumier, le traité dont le texte n'est pas reproduit dans la loi d'incorporation doit être allégué pour que le juge en ait connaissance d'office[16]. Le juge ne peut cependant pas demander qu'il soit prouvé, contrairement au droit d'un État étranger. Quant au traité dont le texte est annexé à la loi, le juge québécois en a connaissance d'office sans qu'il ait à être allégué par une partie.

L'incorporation en droit canadien permet l'utilisation la plus achevée des traités comme source de droit positif. Ceux-ci font partie du droit en vigueur au Canada et y sont directement applicables, ce qui permet l'invocation de leur texte devant le juge canadien comme fondement d'une réclamation. Le juge canadien devient ainsi un agent de mise en œuvre des traités, à l'instar du juge national pour le droit de l'Union européenne[17].

Traité inapplicable en droit canadien

Le traité inapplicable en droit canadien est celui dont le texte-même ne fait pas partie du droit en vigueur au Canada. Il s'agit du traité validement conclu par le Canada dans l'ordre juridique international mais dont les dispositions n'ont pas été incorporées au droit canadien par une loi. Peu importe les actions que le Canada peut avoir posé pour mettre en œuvre le traité, c'est-à-dire pour exécuter ses obligations internationales conventionnelles, aucune intention claire et non ambigüe d'incorporer le traité n'existe dans la législation fédérale ou provinciale.

Loi de mise en œuvre sans annexion du texte du traité

L'hypothèse la plus fréquente est celle du traité qui fait l'objet d'une loi de mise en œuvre de la part du législateur compétent, sans intention d'incorporer

---

15. Van Ert, *supra* note 5, p. 56. Voir *Pan-American World Airways Inc v Department of Trade* [1976] 1 Lloyd's Rep 257, 261 (CA).
16. CcQ, *supra* note 6, art 2807 al 2 ; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du Ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1757.
17. Voir par ex *European Communities Act 1972* (R-U), c 68, art 2(1).

le traité en droit canadien. La loi de mise en œuvre a alors pour but de modifier le droit canadien de manière à assurer l'exécution par le Canada de ses obligations internationales conventionnelles. Il peut s'agir d'une nouvelle loi adoptée spécialement pour mettre en œuvre un traité, ou encore de modifications apportées à une loi existante. Les dispositions du traité lui-même demeurent inapplicables en droit canadien : seules les dispositions législatives de mise en œuvre font partie du droit en vigueur au Canada. Le texte du traité lui-même ne peut en aucun cas être invoqué devant le juge comme fondement d'une réclamation.

Un exemple d'une loi adoptée spécialement pour mettre en œuvre un traité est la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, qui dispose que « [l]a présente loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord » et que « [l]'Accord est approuvé[18] ». Celle-ci prévoit ensuite plus de deux cents articles qui visent à modifier la législation fédérale de manière ponctuelle et chirurgicale, afin d'exécuter les obligations internationales du Canada. Dans l'affaire *Pfizer Inc* c *Canada* (1ère inst.)[19], une personne privée a tenté d'utiliser cette loi pour invoquer directement le traité mis en œuvre afin de contester la compatibilité de la loi fédérale sur les brevets avec les obligations internationales du Canada. La Cour fédérale a rejeté cette utilisation du traité mis en œuvre, avec l'approbation de la Cour d'appel fédérale, dans les termes suivants :

> À mon avis, le législateur fédéral a clairement formulé son intention quant à la façon dont il mettait en œuvre en tout ou en partie l'Accord sur l'OMC et l'ADPIC y annexé. Le législateur a donné juridiquement effet aux obligations qu'il avait contractées envers l'OMC en examinant attentivement la nature de ces obligations, en vérifiant l'état de la législation et de la réglementation fédérales existantes et *arrêtant ensuite les modifications précises qui devaient être apportées* pour mettre en œuvre l'Accord sur l'OMC[20].

Une loi semblable a été adoptée par le Québec afin de mettre en œuvre plusieurs accords commerciaux internationaux. La *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*[21], prévoit qu'elle « a pour objet la mise en œuvre des accords suivants » pour ensuite énumérer quatre accords dont l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*[22]. La Cour d'appel du Québec a aussi rejeté une tentative analogue

18. LC 1994, c 47, art 3 et 8. Voir *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3.
19. [1999] 4 CF 441, conf par 1999 CanLII 8952 (CAF).
20. *Ibid.*, par 45 (CF) [italiques de l'auteur].
21. RLRQ c M-35.2.
22. *Ibid.*, art 2; *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, Canada–États-Unis–Mexique, 32 ILM 1499.

d'invoquer le texte d'un des accords mis en œuvre par la loi dans l'affaire *UL Canada* c *Québec (PG)*[23].

Loi de mise en œuvre avec annexion du texte du traité

Peu importe la technique de mise en œuvre utilisée par le législateur, le seul critère qui compte pour savoir si le traité est incorporé et fait partie du droit en vigueur au Canada demeure celui de l'intention claire et non ambigüe du législateur. Même l'annexion du texte du traité dans une loi de mise en œuvre est insuffisante pour conclure à l'existence de cette intention[24] ! Un rare exemple de cette hypothèse se trouve dans la Loi de mise en œuvre de l'*Accord de libre-échange Canada–États-Unis*, qui dispose d'abord que « [l]a présente loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord » et que « [l]'Accord est approuvé », pour ensuite prévoir plus d'une centaine de modifications à la législation fédérale[25]. Le texte intégral de l'*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*[26] est ensuite annexé à la loi.

Les mêmes règles de preuve s'appliquent au traité inapplicable en droit canadien. Le juge de *common law* a connaissance d'office de tous les traités conclus par le gouvernement du Canada. Le juge civiliste québécois en a aussi connaissance d'office, sauf que les traités dont le texte n'est pas reproduit dans une loi doivent être allégués devant le juge pour qu'il en ait connaissance d'office.

LE DROIT INTERNATIONAL COMME SOURCE INTERPRÉTATIVE DU DROIT CANADIEN DE L'ENVIRONNEMENT

Indépendamment de la question de l'applicabilité d'un traité en droit canadien comme source de droit positif, un traité peut aussi être utilisé comme source interprétative du droit canadien. Il s'agit sans aucun doute d'un outil fort utile pour permettre au juge canadien d'utiliser le droit international en droit canadien de l'environnement, indépendamment de la question de l'incorporation du traité et de la modification du droit canadien par le législateur pour mettre en œuvre ses obligations internationales.

---

23. [2003] RJQ 2729, par 80 (CA Qué), conf par [2005] 1 RCS 143. Voir aussi *Entreprise de rebuts Sanipan* c *Québec (PG)*, [1995] RJQ 821, p. 846.
24. Voir *Pfizer Inc supra* note 19, par 43 (CF).
25. LC 1988, c 65, art 3, 8, 23-148.
26. 2 janvier 1988, RT Can 1989 nº 3.

Le principe d'interprétation conforme

Dans son arrêt *Hape* de 2007, la Cour suprême du Canada a rappelé l'existence du principe d'interprétation conforme en droit canadien :

> Selon un principe d'interprétation législative bien établi, *une loi est réputée conforme au droit international*. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel *les tribunaux sont légalement tenus* d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat[27].

Ce vieux principe hérité du droit constitutionnel britannique fait en sorte que le juge canadien est obligé de choisir l'interprétation du droit canadien la plus conforme aux obligations internationales du Canada. Il ne vise que les traités conclus par le Canada et la coutume internationale, mais il s'applique peu importe le caractère applicable ou inapplicable du traité ou la réception ou non de la coutume en droit canadien[28]. Le principe d'interprétation conforme permet au juge de parfaire la mise en œuvre des obligations internationales du Canada, dans l'interprétation du droit canadien, mais il ne lui permet naturellement pas de le modifier en cas d'incompatibilité patente.

L'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c *Hudson (Ville)*[29] présente un cas intéressant d'application du principe d'interprétation conforme en droit de l'environnement. Afin de conforter son interprétation du pouvoir réglementaire attribué aux municipalités québécoises par une loi habilitante, la juge L'Heureux-Dubé s'est référée au principe de précaution qui ferait désormais partie du droit international coutumier[30]. Ce faisant, la Cour suprême a non seulement utilisé le droit international de l'environnement pour interpréter le droit canadien, mais sa décision constitue elle-même une contribution au développement du droit international coutumier.

L'interprétation de la loi de mise en œuvre d'un traité

La formulation du principe d'interprétation conforme dans l'arrêt *Hape* ne comporte pas de référence à la condition de l'existence d'une ambiguïté dans la disposition de droit canadien à interpréter[31]. Or l'inexistence d'un tel doute a freiné l'application du principe dans la jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada et certains tribunaux inférieurs continuent d'appliquer cette condition.

---

27. *Hape*, *supra* note 3, par 53 (motifs majoritaires) [italiques de l'auteur].
28. Voir *Daniels* c *White*, [1968] RCS 517 ; *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co* c *Pigeon Timber Co*, [1932] RCS 495.
29. [2001] 2 RCS 241.
30. *Ibid.*, par 30-32 (motifs majoritaires).
31. Voir Côté, *supra* note 10, p. 541-544.

La portée de l'éventuelle condition de l'ambiguïté préalable a néanmoins été grandement limitée par la Cour suprême du Canada en 1992 dans l'affaire *National Corn Growers* c *T.C.I.*[32] Lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi de mise en œuvre d'un traité de manière conforme à ce traité, il est certain que le juge canadien n'a pas à constater d'abord une ambiguïté dans la loi : même la disposition législative claire doit être interprétée de manière conforme au traité mis en œuvre, sauf en cas d'incompatibilité patente.

Lorsque le juge canadien applique une loi de mise en œuvre d'un accord environnemental international, il peut assurément se référer à l'accord visé pour s'assurer que son interprétation de la loi est conforme aux obligations internationales du Canada. Par exemple, le juge qui applique la *Loi sur la protection d'espèces animales ou sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*[33] pourra se référer à la *Convention sur le commerce international des espèces de la faune et de la flore sauvages menacées d'extinction*[34]. La relation juridique intime entre un traité et sa loi de mise en œuvre permet au juge d'être proactif dans l'utilisation du droit international et de parachever l'exécution par le Canada de ses obligations internationales.

32. [1990] 2 RCS 1324, p. 1371 (j Gonthier, motifs majoritaires).
33. LC 1992, c 52, art 4.
34. 2 juillet 1974, RT Can 1975 n° 32.

Chapitre 11

Le rôle du droit international de l'environnement devant les tribunaux canadiens

Phillip M. Saunders, c.r.

Le droit international a joué un rôle important dans l'évolution du droit de l'environnement durant les cinquante dernières années, à une époque où l'on est à la recherche de solutions mondiales pour des problèmes communs et où des régimes conventionnels sont utilisés pour promouvoir la mise en œuvre de normes internationales à l'échelle nationale. Le Canada a fait figure de participant actif dans le cadre de ce processus en mettant en œuvre de nombreux traités internationaux. Mais l'application directe du droit international de l'environnement par les tribunaux canadiens est parfois empreinte d'hésitation et de confusion. Ce chapitre présente un bref aperçu de la mobilisation de ce corpus juridique par les tribunaux canadiens ainsi qu'une évaluation des perspectives et des défis de son application dans l'avenir.

LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DEVANT LES TRIBUNAUX CANADIENS

Les principes qui gouvernent l'application du droit international par les tribunaux canadiens font l'objet d'un chapitre distinct dans le cadre du présent ouvrage et ne seront donc pas abordés en détail dans le présent chapitre. Il est toutefois nécessaire de rappeler certains principes généraux avant de discuter plus particulièrement du droit international de l'environnement.

Premièrement, les obligations du Canada en vertu de conventions internationales [TRADUCTION] « doivent être mises en œuvre par le biais de lois afin de modifier le droit interne[1] ». Deuxièmement, l'existence d'un accord international, valablement conclu par le gouvernement fédéral, ne confère pas l'autorité législative à l'organe législatif fédéral sur le sujet sur lequel porte l'accord[2]. Troisièmement, les règles de nature prohibitive en matière de droit international coutumier sont intégrées au droit canadien sans la nécessité d'avoir reçu la ratification de l'organe législatif ou exécutif (sous réserve du pouvoir de l'organe législatif de rejeter ou de déroger expressément à ces règles)[3]. Quatrièmement, dans le cas de traités qui ont été incorporés au droit canadien au moyen de leur mise en œuvre dans le cadre d'une loi, les obligations en vertu de ces traités peuvent dorénavant faire partie du droit interne. Le texte d'un traité peut constituer une source directe de droits et d'obligations s'il est incorporé aux lois ou encore, il peut être appliqué au moyen d'une loi reflétant la substance de ce traité[4].

Cinquièmement, lorsqu'un traité a été mis en œuvre par le biais d'une loi (qui nécessite que l'intention législative soit « manifeste »)[5], il peut servir à interpréter la loi assurant sa mise en œuvre, tant pour déterminer s'il y a des ambiguïtés entre le traité et la loi, que pour résoudre les ambiguïtés, le cas échéant[6]. De plus, les règles internationales relatives à l'interprétation des traités, telles qu'indiquées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*[7], ainsi que dans le droit coutumier, devraient être appliquées dans l'interprétation des traités[8]. Et enfin, les traités qui ont été conclus et ratifiés par le Canada, mais qui n'ont pas été mis en œuvre dans le cadre du droit interne, ont toujours un impact en ce sens qu'ils s'appliquent à l'interprétation de la loi. La

---

1. Gibran van Ert, « Using Treaties in Canadian Courts » (2000) 38 *Can YB Int'l Law* 3, 16. Cette règle, qui ne s'appliquerait pas aux traités possédant force obligatoire directe dans l'ordre interne, a été énoncée par Lord Atkin dans *Attorney General for Canada* c *Attorney General for Ontario (Affaire des conventions de travail)*, [1937] AC 326, 347 (PC).
2. *Affaire des conventions de travail*. Il n'existe pas de chef de compétence indépendant concernant la « mise en œuvre de traités » dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (UK), 30 et 31 Vict, c 3, réimprimée dans LRC 1985, App II, nº 5, sauf pour les traités de l'« empire » en vertu de l'art. 132. Au sujet de la controverse relative à ce jugement, voir van Ert, *ibid*, p. 67-78.
3. *R* c *Hape*, [2007] 2 RCS 292, par 39 [*Hape*].
4. Hugh Kindred, Phillip Saunders et al, *International Law : Chiefly As Interpreted And Applied In Canada*, 7e éd (Toronto : Emond Montgomery, 2006), 2007.
5. *Macdonald et al* c *Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 RCS 134, p. 171.
6. *National Corn Growers Assn* c *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 RCS, 1324, 1371-1372 [*Corn Growers*].
7. 27 janvier 1980, Can TS 1980 nº 37.
8. Voir, par exemple, *Pushpanathan* c *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 RCS 982, par 51-52 [*Pushpanathan*]. Le cas échéant, cela peut mener à l'utilisation des *travaux préparatoires* et d'autres sources pertinentes aux fins du traité.

« présomption de conformité » implique que les tribunaux doivent interpréter les lois fédérales (lorsque possible et en l'absence d'une intention contraire expresse) de telle façon qu'elles soient conformes aux obligations internationales du Canada[9].

Il est important de prendre note du fait que la présomption de conformité a un double aspect qui peut prêter à confusion, plus particulièrement dans le contexte de l'environnement. En 1998, dans l'affaire *Succession Ordon Estate* c *Grail*, la Cour suprême du Canada a exprimé la règle suivante :

> « Bien que le droit international ne lie pas le Parlement ni les législatures provinciales, le tribunal doit présumer que la législation est conçue de manière qu'elle respecte les obligations qui incombent au Canada en vertu des instruments internationaux et en sa qualité de membre de la communauté internationale. En choisissant parmi les interprétations possibles celle qu'il doit donner à une loi, le tribunal doit éviter les interprétations qui entraîneraient la violation par le Canada de telles obligations […][10] ».

Ces principes d'interprétation soulignent qu'il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent aux « obligations » qui lient le Canada en matière de droit international. En revanche, dans les affaires *Hape* et *Baker*, la Cour a accepté cette raison d'être plus restreinte tout en confirmant un autre élément moins précis, mais enraciné dans l'approche « contextuelle » générale de la Cour en matière d'interprétation législative : « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire[11] ». Ces affaires ne précisent pas dans quelle mesure le tribunal peut recourir « aux valeurs et aux principes » du droit international[12] en tant que partie intégrante de « l'approche contextuelle » de l'interprétation des lois, et si cela a pour effet de rompre le lien avec une « obligation » définie à l'égard de laquelle une loi peut être mesurée.

LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT : SON APPLICATION AU CANADA

Malgré l'applicabilité générale des principes qui ont été résumés ci-dessus, il existe certaines caractéristiques uniques au droit international de

---

9. *Hape,* par 53 ; Voir *Baker* c *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, par 70-71 [*Baker*]. L'organe législatif peut, bien entendu, toujours choisir d'agir expressément en contravention de l'obligation internationale.
10. [1998] 3 RSC 437, par 137.
11. *Baker,* par 70.
12. Voir *Hape,* par 53 : « [L]'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois ».

l'*environnement*, et à la manière dont elles sont intégrées au Canada. Premièrement, alors que la jurisprudence sur le droit international ou sur le droit coutumier porte sur l'application d'obligations *non mises en œuvre*, dans le contexte environnemental, le Canada a mis en œuvre de nombreuses lois. Deuxièmement, les accords environnementaux exigent souvent des programmes d'action complexes, et ceux-ci ne peuvent être mis en œuvre que par l'intermédiaire de lois (par opposition à des décisions judiciaires qui viennent interpréter les lois actuelles). Troisièmement, les obligations énoncées dans ces accords sont principalement attribuables à d'autres États[13] et de manière générale, elles ne créent pas des droits qui peuvent être contestés par les particuliers devant les tribunaux nationaux (comme c'est le cas pour les droits de la personne). Et quatrièmement, il s'agit d'un domaine dans lequel il existe une grande variété de documents internationaux, qui n'ont souvent pas de caractère obligatoire au sens juridique du terme, mais qui exercent néanmoins une influence à titre de « droit souple » ou à titre de directives politiques à l'échelle internationale.

Mise en œuvre par voie législative

Au Canada, un grand nombre de conventions environnementales ont été mises en œuvre (en totalité ou en partie) dans le cadre de lois. Même une brève liste d'exemples de ces instruments[14] nous indique clairement qu'il s'agit là d'une source considérable de droit substantiel :

- La Partie VII, section 3 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[15], mettant en œuvre la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets* de 1972[16].
- Le *Règlement sur les substances appauvrissant la couche d'ozone* de 1998 et ses modifications subséquentes[17], en vertu de la *LCPE (1999)*, mettant en œuvre le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* de 1987 (tel que modifié)[18].

---

13. Voir, par exemple, l'observation du juge Barnes concernant le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 2303 UNTS. 148, à l'effet que l'accord possède son propre système officiel d'obligation de rendre compte : *Les Ami(e)s de la Terre* c *Canada*, 2008 FC 1183, note 3 ; 2009 CAF 297.
14. Les provinces, au sein de leur propre compétence, peuvent aussi légiférer en vue de la mise en œuvre d'accords internationaux. Compte tenu de l'espace disponible, cette revue se limite aux exemples de lois fédérales.
15. LC 1999, c 33 [*LCPE 1999*] ; *Règlement sur l'immersion en mer*, SOR/2001-275, SOR/2003-295 et SOR/2009-256.
16. Can TS 1979/36 [*Convention de Londres*] et *Protocole de 1996*, 7 novembre 1996, Can TS 2006/5. Les règlements vont plus loin que la convention en ce sens qu'ils s'appliquent aux eaux intérieures, au-delà du cadre d'application de la convention.
17. SOR/99-7 [*RSACO*].
18. Can TS [*Protocole de Montréal*]. Le Protocole de Montréal est un protocole lié à la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 1985, Can TS 1988/23.

- La section 1 du *Règlement sur la prévention de la pollution par les navires et sur les produits chimiques dangereux*[19], établi en vertu de la Partie XV de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*[20], mettant en œuvre les dispositions de l'annexe I de la *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires* de 1973, telle que modifiée par le *Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires*[21].
- La *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*[22], mettant en œuvre la *Convention pour la protection des oiseaux migrateurs au Canada et aux États-Unis* de 1916[23].
- La *Loi sur la protection des pêches côtières*[24] et ses règlements[25] qui prévoient, entre autres, l'application des obligations découlant de la *Convention sur la future coopération multilatérale dans les pêcheries de l'Atlantique Nord-Ouest* de 1978[26] et d'autres accords.
- La *Loi sur les espèces en péril*[27], mettant en œuvre (en partie) les obligations du Canada en vertu de la *Convention sur la diversité biologique* de 1992[28].

Par conséquent, les moyens de mise en œuvre et les sources qui doivent être consultées sont assez variés. Par exemple, dans la Loi sur les espèces en péril, la mention directe de la Convention sur la diversité biologique est limitée aux déclarations préambulaires « reconnaissant » que le Canada a ratifié la Convention et que la protection des espèces en péril « permettra au Canada de respecter une partie des engagements qu'il a pris aux termes de cette convention[29] ». En revanche, le plan détaillé dont il est question à l'annexe I de MARPOL 73/78 est intégré, en sus d'autres obligations, dans les *Règlements relatifs à la lutte contre la pollution*, et la *Convention concernant les oiseaux migrateurs* fait figure d'annexe à la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*. Par ailleurs, la loi peut prévoir l'incorporation d'un accord

19. SOR/2007-86 [*Règlements relatifs à la lutte contre la pollution*].
20. LC 2001, c 26 [*LMMC*]. Tel qu'indiqué à l'article 29(1), l'annexe 1 de la LMMC fait état de diverses conventions auxquelles le Ministre des Transports « a décidé qu'il devrait être donné force de loi – en tout ou en partie – au Canada par règlement ».
21. 1340 UNTS 61 [*MARPOL 73/78*].
22. LC 1994, c 22 [*LCOM*].
23. UKTS 1917 nº 17 [*Convention concernant les oiseaux migrateurs*].
24. *Loi sur la protection des pêches côtières*, LRC1985, c C-33.
25. *Règlement sur la protection des pêches côtières*, CRC c 413 (2012) [*Règlement PPC*].
26. Can TS 1979 nº 11 [*Convention de l'OPANO*].
27. LC 2002, c 29 [*LEP*].
28. Can TS 1993 nº 24 [*Convention sur la diversité biologique*].
29. *LEP*, Préambule.

international et de ses modifications ultérieures[30], ce qui nécessite une référence à l'accord international particulier pour déterminer son statut actuel. Le processus d'incorporation ne se restreint pas à l'accord en lui-même, car certains instruments nécessitent une référence à certaines décisions susceptibles d'être prises par les organismes internationaux visés par les conventions pertinentes[31], ou par les plans de conservation mis en place par un organisme international[32]. S'il a été déterminé qu'un traité met en œuvre une convention, les règles interprétatives de l'affaire *Pushpanathan* s'appliquent clairement, et toute interprétation doit se conformer à l'obligation du traité. Ce qui est peut-être énoncé moins clairement c'est l'approche à adopter vis-à-vis de l'interprétation de sources telles que les règlementations touchant à la conservation, car celles-ci n'ont pas le statut de traité et ne sont pas assujetties à un ensemble défini de règles d'interprétation en matière de droit international.

Application judiciaire du « droit » international de l'environnement

Lorsque nous allons au-delà de l'application des traités mis en œuvre en vertu de lois, les règles d'interprétation sont moins claires, ce qui fait que les tribunaux canadiens qui traitent du droit de l'environnement sont prêts à aller au-delà des obligations bien définies en vertu des conventions. Certains exemples sont examinés dans les sections suivantes, exemples qui nous permettent de tirer quelques leçons générales.

De *Crown Zellerbach* à *Spraytech*

Dans une série de cinq affaires commençant par *R.* c *Crown Zellerbach Canada Ltd.*[33] en 1988, et se terminant par *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c *Hudson (Ville)*[34] en 2001, la Cour suprême du Canada s'est tournée vers l'échelon international, selon des degrés de précision variables, lorsqu'elle devait considérer le droit interne de l'environnement. Bien que certaines personnes estiment que les développements réalisés au cours de cette

30. Voir, par exemple, art 1 et 33(4) du RSACO, qui font référence au *Protocole de Montréal* « avec ses modifications successives » ainsi qu'une disposition similaire faisant partie de l'art 2 de la LCOM.
31. Voir, par exemple, les références des « Jugements » des parties du *Protocole de Montréal* aux art 1 et 33(4) du RSACO.
32. Voir, par exemple, l'application des « mesures de l'OPANO », « avec leurs modifications successives », dans l'art 1 du *Règlement PPC* et ailleurs dans le règlement.
33. [1988] 1 RCS 401 [*Crown Zellerbach*].
34. [2001] 2 RCS 241 [*Spraytech*].

période sont « progressifs » et novateurs[35], d'autres observateurs sont plus sceptiques en ce qui a trait aux limites inhérentes à l'approche de la Cour[36].

Dans l'affaire *Crown Zellerbach*, la Cour a évalué la validité constitutionnelle de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*[37], à savoir si elle s'appliquait aux eaux intérieures d'une province. Cette loi avait été adoptée en vue de mettre en œuvre la *Convention de Londres*, bien que cela n'était pas explicitement énoncé dans la loi, et l'application aux eaux intérieures dépassait les dispositions de la Convention. En déclarant que l'article pertinent relève d'une loi fédérale valide, en vertu de l'« intérêt national » fondé sur son pouvoir d'adopter des lois « en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement », la majorité s'est tournée vers les dispositions de la Convention, mais principalement en ce qui a trait à la preuve que l'immersion de déchets en mer constituait une « forme séparée et distincte de pollution de l'eau », de manière à être qualifiée de « matière unique et indivisible[38] ».

Dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society* c *Canada (Ministre des Transports)* rendue en 1992[39], la Cour a considéré, entre autres, la validité constitutionnelle et le caractère obligatoire du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'*évaluation et d'*examen en matière d'environnement*[40]. En faveur de l'intégration des préoccupations d'ordre environnemental et économique, le juge La Forest a fait référence à un rapport du Conseil canadien des ministres des ressources naturelles et de l'environnement qui faisait lui-même référence au Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) (*Rapport Brundtland*)[41]. Outre cette reconnaissance au second degré d'un texte international non contraignant et une brève mention du travail effectué par des organisations internationales, le jugement n'a tenu compte d'aucun autre aspect d'ordre international et n'a jamais explicitement mentionné le droit international.

En 1995, la Cour suprême a fait mention d'affaires internationales dans *Ontario* c *Canadien Pacifique Limitée*[42]. En tentant de déterminer si une interdiction législative à l'égard de « la dégradation de la qualité de l'environnement

35. Jerry V DeMarco et Michelle Campbell, « The Supreme Court of Canada's Progressive Use of International Environmental Law and Policy in Interpreting Domestic Legislation » (2004) 13:3 *RECIEL* 320 à 330, se rapportant à « l'approche éclairée » de la Cour.
36. Voir, par exemple, Jutta Brunnée, « International Environmental Law in Canadian Courts » (1998) 7: 1 *RECIEL* 47, 50 et 53.
37. LC 1974-75-76, c 55, abrogé depuis et remplacé par la Partie VII, Division 3 de la *LCPE de 1999*.
38. *Crown Zellerbach*, p. 436-438. La Cour a également considéré des rapports scientifiques internationaux pour la même raison.
39. [1992] 1 RSC 3 [*Oldman River*].
40. SOR/84-467.
41. *Oldman River*, p. 37.
42. [1995] 2 RSC 1031 [*Canadien Pacifique*].

naturel relativement à tout usage qui peut en être fait » était inconstitutionnellement vague, la Cour a fait remarquer qu'un groupe d'experts international avait recommandé une définition de « l'usage de l'environnement naturel ». Il ne s'agissait là que d'un élément de preuve extrinsèque venant soutenir l'argument selon lequel « l'usage » était susceptible de faire l'objet d'une définition légale[43]. Et encore une fois, aucun « droit international » n'a été appliqué ou même considéré.

En 1997, dans *R.* c *Hydro-Québec*[44], le juge La Forest a fait allusion à un certain nombre de sources de preuves, y compris les points de vue exprimés par la CMED en tentant de déterminer si la compétence en matière de protection de l'environnement (par le biais de la réglementation des biphényles polychlorés (BPC)) pourrait reposer sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel[45]. Par ailleurs, il s'est penché sur une série de rapports scientifiques d'envergure internationale pour confirmer que les BPC constituaient « un danger considérable pouvant porter atteinte à l'environnement, à la vie ou à la santé de l'être humain », tel que requis par la loi[46]. Aucune obligation internationale contraignante pour le Canada n'a été identifiée, mais la majorité des juges a tout de même conclu ce qui suit :

> « Je suis persuadé que le Canada peut, en recourant à la compétence en matière de droit criminel, respecter ses obligations internationales en ce qui concerne les substances toxiques dont la Loi cherche à interdire le rejet dans l'environnement[47] ».

La dernière affaire d'intérêt est celle de *Spraytech*, et c'est peut-être celle-ci qui a eu les incidences les plus durables. À la conclusion de son analyse relative à l'autorité législative ayant trait au règlement municipal contesté sur les pesticides, madame la juge L'Heureux-Dubé a observé que le fait d'interpréter la loi comme permettant à la Ville de réglementer l'utilisation des pesticides « correspond aux principes de droit et de politique internationaux », et que « l'interprétation que je fais ici du règlement 270 respecte le « principe de précaution » du droit international », tel que « défini » dans la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable* de 1990 à caractère non contraignant[48]. La décision faisait référence à un certain nombre de sources, provenant surtout de commentateurs académiques et venant appuyer l'argument controversé selon lequel le « principe de précaution » avait acquis, vers 2001, le statut de droit international coutumier obligatoire, et concluait

43. *Canadien Pacifique*, par 69.
44. [1997] 3 RSC 213 [*Hydro-Québec*].
45. *Ibid.*, par 126.
46. *Ibid.*, par 57.
47. *Ibid.*, par 127.
48. *Spraytech*, par 30-31.

que dans « le contexte des postulats du principe de précaution, les craintes de la Ville au sujet des pesticides s'inscrivent confortablement sous la rubrique de l'action préventive[49] ».

Ces affaires font ressortir trois observations générales. Premièrement, malgré l'enthousiasme avec lequel ils avaient été accueillis par certaines personnes à ce moment-là, les jugements ne font pas beaucoup mention de l'adoption du droit international. Seulement une des affaires, soit celle de *Spraytech*, est censée appliquer le droit international, et de manière nettement secondaire, après que la décision ait été rendue. Deuxièmement, ces affaires ont généralement accepté l'idée que la protection de l'environnement constituait une « valeur fondamentale au sein de la société canadienne[50] », et cette vaste constatation était partiellement enracinée dans les « valeurs et principes » du droit et de la « politique » internationaux. Troisièmement, ce qui importe peut-être le plus c'est qu'il semble évident que ces affaires se soient tournées vers des sources internationales dans le cadre d'une interprétation contextuelle et non pas pour se conformer à des obligations réelles. Même dans l'affaire *Spraytech*, le principe de précaution n'est invoqué que pour montrer que l'interprétation de la Cour « correspond aux principes de droit et de politique internationaux » et fait partie du « contexte juridique[51] ».

Après la décision *Spraytech*

Ces dernières années, les tribunaux canadiens ont recommencé à appliquer le droit international de l'environnement au contexte canadien, et des questions du même genre ont été soulevées. Premièrement, la distinction entre la présomption de conformité à caractère obligatoire et l'analyse « contextuelle » des sources internationales reste quelque peu embrouillée. Par exemple, dans l'affaire *Environmental Defence Canada* c *Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*[52], soit une demande de contrôle judiciaire ayant trait aux décisions d'un ministre en vertu de la *Loi sur les espèces en péril* (LEP), le juge Campbell s'est penché sur les obligations du Canada en vertu de la *Convention sur la diversité biologique* afin d'obtenir des lignes directrices. Il a conclu que l'article 38 de la LEP exige du ministre, dans le cadre de l'élaboration de programmes de rétablissement ou de plans d'action pour les espèces en péril, qu'il tienne compte de l'engagement qu'a pris le Canada de « respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage

49. *Ibid.*, par 32. Le principe de précaution fait l'objet du chapitre 2 dans cet ouvrage et la question de son statut en droit international en 2001 ne sera pas examinée davantage ici.
50. Voir, par exemple, *Canadien Pacifique,* par 55 et *Oldman River*, p. 16-17.
51. *Spraytech*, par 30.
52. 2009 CF 878, [2009] ACF No 1052 [*Environmental Defence*].

inscrite, le manque de certitude scientifique ne soit pas un prétexte pour retarder la prise de mesures efficientes pour prévenir sa disparition ou sa décroissance». En déterminant qu'il s'agissait là d'un principe d'interprétation obligatoire devant être appliqué par le ministre, le juge Campbell a tenu compte du fait que le Canada avait ratifié la Convention et que par conséquent, il s'engageait à mettre ses principes en application[53]. Ce qui n'est pas clair, c'est si les dispositions pertinentes de la Convention (sans qu'elles ne soient toutefois mentionnées) sont appliquées : a) à titre d'obligation ayant force contraignante, sous réserve de leur interprétation en vertu du droit conventionnel ; b) pour faire appliquer une présomption de conformité contestable avec une partie non mise en œuvre de la Convention ; ou c) à titre de partie du contexte général d'interprétation. Il se peut que la réponse soit « toutes ces réponses » compte tenu de l'approbation explicite de la Cour quant à la formulation énoncée par le demandeur : « La Convention est un traité ayant force obligatoire et l'adoption de la LEP visait, en partie, à donner suite aux engagements du Canada aux termes de ce traité. De plus, la Convention fait partie du « contexte global » qu'il faut prendre en considération dans l'interprétation de la LEP. Par conséquent, il faut non seulement interpréter la LEP de manière à se conformer aux valeurs et aux principes de la Convention, mais la Cour doit éviter toute interprétation qui pourrait faire en sorte que le Canada manque à ses obligations aux termes de la Convention[54] ».

Deuxièmement, il faut remarquer que l'application du droit international se produit souvent de manière secondaire et ce, dans le but d'étayer une décision ou un jugement s'appuyant déjà sur d'autres motifs. Par exemple, dans l'affaire *Environmental Defence*, l'article 38 LEP renfermait une version du principe de précaution, tel que requis en guise de considération ministérielle, et la formulation de l'article 41 LEP était également obligatoire. De plus, en ce qui a trait à l'affaire *Adam* c *Canada (Ministre de l'Environnement)* (une autre affaire se rapportant à la LEP), la Cour a souligné que l'article 38 avait été adopté, en partie, pour répondre aux obligations du Canada en vertu de la Convention, mais qu'au bout du compte, il fallait se fier à la formulation clairement énoncée dans la loi[55].

---

53. *Ibid.,* par 34-35. Au par 40, le juge Campbell a également déclaré que l'art 41 de la LEP, selon lequel le ministre doit respecter certains critères d'identification d'habitat critique, constituait une disposition obligatoire – pour ce faire, il a évoqué le raisonnement de l'affaire *Alberta Wilderness Association* c *Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2009 CF 710, par 25. L'approche d'*Environmental Defence* a été adoptée et appliquée dans le cadre d'une affaire portant sur l'examen judiciaire des actions ministérielles visant à protéger les épaulards en vertu de la LEP : *David Suzuki Foundation* c *Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2010 FC 1233, par 103-104 ; en partie, 2012 CAF 40.
54. *Environmental Defence*, par 38.
55. 2011 CF 962, par 71 [*Adam*]. Voir également *Cie pétrolière Impériale Ltée* c *Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 RSC 624, par 23, où le principe du « pollueur-payeur » s'applique en

CONCLUSION : POSSIBILITÉS ET AUTRES DÉFIS À RELEVER

Cette synthèse des occurrences du droit international de l'environnement au sein des tribunaux canadiens suggère quelques conclusions générales et permet de déterminer les perspectives et les éventuels défis à relever pour l'avenir.

Premièrement, il semble clair que les effets les plus significatifs continueront de se manifester sous la forme de la mise en œuvre directe des obligations internationales dans le cadre des lois canadiennes et ce, en raison de la nature des accords internationaux et de l'accent qu'ils mettent sur des programmes d'action positive. Comme l'ont fait ressortir les litiges en vertu de la LEP, un impact important de ces références aux principes du droit international dans l'interprétation d'une telle loi porte vraisemblablement sur les limites imposées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de prise de décisions relatives à l'environnement.

Deuxièmement, au fur et à mesure que les tribunaux continueront de se pencher sur l'interaction entre le droit international de l'environnement et sa mise en œuvre à l'échelle nationale, une attention particulière doit être accordée aux problèmes pratiques de preuve dans un domaine aussi souple que celui du droit de l'environnement. Bien que l'on puisse présumer que les tribunaux canadiens soient au courant du droit international, la pratique veut que l'on accepte une preuve d'expert quant à son état actuel (surtout en ce qui a trait au droit coutumier)[56], ce qui pourrait également être pertinent dans le cadre de situations plus complexes dans le domaine de l'environnement.

Finalement, en l'absence de loi d'application, ou lorsque la mise en œuvre d'une convention n'est que partielle, il y a lieu de bien clarifier la distinction entre la présomption réfutable de conformité assortie d'une obligation contraignante et la référence à une « politique » internationale à la lumière d'une approche interprétative contextuelle. Tel que susmentionné, il existe une vaste gamme de documents internationaux aux provenances diverses qui expriment des engagements poussés, auxquels les États ont explicitement décidé de ne pas conférer de caractère obligatoire. De plus, certaines « obligations » relevant d'accords ayant force obligatoire sont des aspirations de nature non contraignantes. Le recours à des instruments de ce genre au sein d'une interprétation

raison de sa présence dans la loi, bien qu'il soit indiqué que ce principe est « reconnu » à l'échelle internationale.

56. Voir, par exemple, *Bouzari* c *Islamic Republic of Iran* (2004), 243 DLR (4th) 406 (OCA), dans le cadre de laquelle une preuve d'expert relativement au droit coutumier et aux obligations internationales du Canada a été présentée au procès.

contextuelle peu structurée risque d'occulter le statut réel du droit international et de créer des engagements contraignants lorsque ce n'était pas là l'intention. Jusqu'à maintenant, il semblerait que cela ait été évité grâce au rôle secondaire ou de soutien attribué à cet aspect de l'interprétation, mais la question vaut tout de même la peine d'être examinée.

Chapitre 12

Le dilemme des effets cumulatifs : la science et le droit

Cindy Chiasson

Le présent chapitre porte sur le concept des effets cumulatifs dans le contexte de la réglementation de l'environnement au Canada. Il présente une vue d'ensemble du concept et aborde la façon dont ce concept a été utilisé dans le cadre de la réglementation environnementale jusqu'à maintenant. Ce chapitre se penche ensuite sur le changement de cap vers la gestion des effets cumulatifs en s'appuyant sur l'étude de cas d'un système réglementaire en développement.

QUE SIGNIFIE L'EXPRESSION « EFFETS CUMULATIFS » ?

Les effets cumulatifs se rapportent à un concept employé dans le droit de l'environnement, concept qui aborde les changements découlant de l'activité humaine d'un point de vue holistique, et principalement préventif. Ce concept est fortement ancré dans la science, et les systèmes canadiens de réglementation environnementale ont du mal à bien traduire ce concept dans les lois et les politiques en vue de protéger l'environnement. Jusqu'à maintenant, dans le cadre de la réglementation de l'environnement au Canada, les effets cumulatifs ont surtout été utilisés comme outils de prévision et de prévention plutôt que comme outil d'évaluation des dommages.

De manière générale, dans le domaine du droit de l'environnement, les « effets cumulatifs » traitent des changements ou des effets susceptibles de découler d'une action ou d'une activité combinée avec d'autres actions ou

activités humaines passées, présentes et futures[1]. Les lois et les politiques varient en ce sens que le concept ne comprend parfois que les effets environnementaux et parfois, il englobe également les effets sociaux, économiques et culturels. Cela dit, les lois et les politiques plus récentes ont davantage tendance à inclure tous ces effets[2]. Ce concept s'avère très difficile à mettre en œuvre par les gouvernements dans le cadre des modèles réglementaires traditionnels, et il ne peut pas particulièrement faire l'objet d'un traitement historique sur le plan des enjeux environnementaux au tribunal.

Divers éléments viennent se greffer au concept des effets cumulatifs, et il faut en tenir compte dans le cadre de ce concept.

- La gestion des effets cumulatifs est une proposition chargée de valeur. Dans la documentation portant sur l'évaluation, on y fait souvent allusion à la lumière de l'identification des « composantes valorisées de l'écosystème ». Il s'agit de l'aspect du « qu'est-ce que » des effets cumulatifs en ce sens qu'il faut cerner *qu'est-ce que* la société valorise et par conséquent, ce qui devrait être surveillé pour déterminer les incidences des effets cumulatifs et ce qui devrait être protégé à l'aide de mesures de prévention ou d'atténuation. Ces composantes valorisées peuvent être choisies comme mandataires pour représenter l'environnement dans son ensemble.
- Le gradualisme, car les effets cumulatifs visent à tenir compte d'actions multiples et de leurs interactions :

  > Les effets cumulatifs se produisent sous la forme d'interactions entre les actions, entre les actions et l'environnement, ainsi qu'entre les composantes de l'environnement. L'« enchaînement » entre une cause (ou source) et un effet est souvent le point central d'une évaluation des effets cumulatifs. L'ampleur des effets combinés au cours d'un enchaînement peut être égale à la somme des effets individuels (effet additif) ou supérieurs aux effets individuels (effet synergique)[3].

- La considération des effets cumulatifs est échelonnable par rapport à la zone géographique et à la période à considérer. Du point de vue réglementaire, la portée peut également se rapporter au type d'activités (activités réglementées par opposition aux activités non réglementées).

---

1. Pour la perspective du gouvernement fédéral, consulter G Hegmann et al, *Évaluation des effets cumulatifs – Guide du praticien*, Hull, Agence canadienne d'évaluation environnementale, 1999, p. 3, [en ligne] Agence canadienne d'évaluation environnementale <https://www.canada.ca/content/dam/iaac-acei/documents/policy-guidance/cumulative-effects-assessment-practitioners-guide/evaluation_des_effets_cumulatifs_-_guide_du_praticien.pdf>.
2. Consulter la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, LC 1992, c 37, art 2(1), définition d'« effets environnementaux » et l'*Environmental Protection and Enhancement Act*, RSA 2000, c E-13, art 49(d).
3. *Évaluation des effets cumulatifs – Guide du praticien*, *supra* note 1, p. 6.

- Les limites, car il s'agit là d'un aspect implicite des effets cumulatifs en ce sens que les systèmes biologiques et écologiques ont des limites (ce que l'on appelle parfois la « capacité biotique ») et ne peuvent pas soutenir une croissance illimitée.
- L'intégration, qui se rapporte généralement surtout au contexte réglementaire environnemental, plus particulièrement aux structures de prise de décisions et à la juridiction. Dans n'importe quelle circonstance, l'étendue de l'intégration désirable dépend du cadrage des considérations des effets cumulatifs.

De bien des manières, le mot d'ordre des effets cumulatifs, c'est la complexité, tant du point de vue scientifique que juridique. Il existe une présomption sous-jacente à la gestion des effets cumulatifs selon laquelle nos connaissances scientifiques suffisent à justifier la prise des mesures de réglementation et de planification.

COMMENT LE CONCEPT EST UTILISÉ DANS LE CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE

Jusqu'à maintenant, le concept des effets cumulatifs a été plus souvent utilisé dans le cadre de la réglementation environnementale canadienne en ce qui a trait à l'évaluation environnementale et, dans une moindre mesure, en ce qui a trait aux autorisations législatives.

Évaluation environnementale

Au Canada, l'évaluation environnementale est un outil qui est bien établi car il fait l'objet de lois à l'échelon fédéral et au sein de la plupart des provinces depuis le début des années 1990. L'évaluation environnementale sert à évaluer les effets probables d'activités et de projets proposés avant que ceux-ci ne soient mis en œuvre afin que l'on tienne compte des enjeux environnementaux dans le cadre de leur planification et des prises de décisions. De manière générale, les lois sur l'évaluation environnementale ne nécessitent pas l'évaluation de toutes les activités susceptibles de prendre place au sein d'une compétence. On se sert plutôt d'une échelle variable ou d'une série de listes qui cadre avec l'étendue de l'évaluation (le cas échéant) des effets environnementaux prévus d'une activité proposée[4]. La plupart du temps, l'évaluation environnementale est effectuée en

4. En Alberta par exemple, certains projets sont dispensés de tout type d'évaluation environnementale, tandis que d'autres projets doivent obligatoirement être assujettis à une évaluation environnementale complète ; *Environmental Assessment (Mandatory and Exempted Activities) Regulation*, Alta Reg 111/1993. Les activités qui ne relèvent d'aucune de ces exigences, mais qui pourraient faire l'objet d'une évaluation environnementale sont examinées par les représentants du gouvernement provincial afin qu'ils puissent déterminer le degré d'évaluation nécessaire (le cas échéant) ; *Environmental Protection and Enhancement Act*, *supra* note 2, art 44.

raison d'un projet particulier, bien que la loi fédérale, plus particulièrement, prévoie la possibilité d'effectuer des évaluations à plus grande échelle, prenant notamment la forme d'études régionales ou d'examens par catégorie[5].

Bien que du point de vue scientifique, l'évaluation des effets cumulatifs soit acceptée dans le cadre de la pratique de l'évaluation environnementale, il existe peu de dispositions législatives qui font en sorte que l'évaluation des effets cumulatifs fasse obligatoirement partie du processus d'évaluation environnementale au Canada. À l'échelle fédérale, au Yukon et en Alberta, la considération des effets cumulatifs est obligatoire. En Colombie-Britannique, celle-ci peut être imposée par les dirigeants du gouvernement, à leur discrétion[6]. De manière pratique cependant, les questions relatives aux effets cumulatifs sont intégrées au rapport sur l'évaluation des incidences environnementales ou à un autre document préparé par le promoteur du projet qui doit faire un rapport aux représentants du gouvernement à propos des effets prévus d'une activité ou d'un projet proposé.

Autorisations législatives

Dans le monde de la réglementation environnementale, les autorisations législatives sont des formes de permission données par le gouvernement, permissions qui permettent aux particuliers ou aux entreprises d'entreprendre des activités susceptibles d'avoir un effet sur l'environnement. Ces autorisations peuvent porter plusieurs noms, tels qu'approbations, licences, permis, certificats ou autre car tout dépend de la loi dont elles relèvent. Les effets cumulatifs peuvent avoir de la pertinence sur le plan des autorisations législatives, que ce soit à des fins de considération par les représentants du gouvernement qui doivent décider s'il y a lieu d'émettre une autorisation ou encore, à titre de question devant être assortie de conditions ou de modalités particulières qui sont imposées dans le cadre d'une autorisation. Par exemple, selon la *Water Act* de l'Alberta, le directeur peut tenir compte des effets cumulatifs d'une activité proposée dans le cas de paramètres particuliers relatifs à l'eau lorsqu'il détermine s'il doit ou non donner diverses autorisations en vertu de la loi[7]. Grâce à l'évaluation des effets cumulatifs, des mesures de surveillance et d'atténuation de ces effets peuvent venir se greffer aux autorisations législatives à titre de modalités ou de conditions.

---

5. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, *supra* note 2, art 16.2 et 19.
6. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, *Ibid.* ; *Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, SC 2003, c 7 ; *Environmental Protection and Enhancement Act*, *Ibid.* ; *Environmental Assessment Act,* SBC 2002, c 43. Voir également à Mark Haddock, *Environmental Assessment in British Columbia* (Victoria : University of Victoria Environmental Law Centre, 2010), p. 31-33.
7. *Water Act*, RSA 2000, c W-3, art 38(2)(b), 51(4)(b), 66(3)(b) et 82(5)(b).

Traitement jurisprudentiel

Au Canada, presque toute la jurisprudence portant sur les effets cumulatifs découle de recours administratifs sollicités dans le cadre de décisions prises en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, généralement à propos d'enjeux pour lesquels une évaluation environnementale ou un examen législatif conjoint a été effectué par le gouvernement fédéral et une province. Bien que la retenue judiciaire à l'égard des preneurs de décisions législatives ait été explicitement reconnue dans le cas des éléments de fond du processus d'évaluation environnementale[8], les tribunaux ont élaboré au sujet de la discrétion des preneurs de décisions :

- Une fois qu'une demande a été déclenchée en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, les autorités fédérales ne sont pas obligées de s'en tenir seulement aux questions relevant du ressort fédéral en matière d'effets cumulatifs. Elles doivent également tenir compte des questions pertinentes qui vont au-delà de l'étendue du projet faisant l'objet d'un examen[9].
- Advenant que l'autorité fédérale détermine qu'un projet n'aura pas d'importants effets environnementaux, cela ne l'empêche pas de considérer les effets cumulatifs possibles, car l'accumulation d'effets peu importants pourrait se traduire par des effets importants[10]. Cependant, seuls les effets cumulatifs probables doivent être considérés. Il ne faut pas inclure les projets ou les activités hypothétiques[11].
- En vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, une commission d'examen a le devoir d'obtenir toute l'information nécessaire à la réalisation d'une évaluation, en plus du devoir correspondant d'utiliser ses pouvoirs probants dans le but de s'acquitter de son devoir de collecte d'information. Bien que ce devoir puisse être délégué au promoteur du projet, lorsqu'il y a insuffisance d'information par rapport aux effets cumulatifs, la commission d'examen conserve le devoir ultime d'obtenir l'information pertinente et de considérer que celle-ci est disponible[12].

La jurisprudence relative aux effets cumulatifs découlant d'autorisations législatives est restreinte. L'Alberta Environmental Appeals Board a confirmé la

---

8. *Bow Valley Naturalists Society* c *Canada (Ministre du Patrimoine du Patrimoine canadien)*, 2001 CanLII 22029 (CAF), [2001] 2 CF 461.
9. *Friends of the West Country Assn* c *Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 1999 CanLII 9379 (CAF), [2000] 2 CF 263, par 34.
10. *Ibid.*, par 39.
11. *Bow Valley Naturalists*, *supra* note 8, par 41.
12. *Alberta Wilderness Assn* c *Cardinal River Coals Ltd*, 1999 CanLII 7908 (CF), [1999] 3 CF 425.

vaste discrétion du directeur en vertu de l'*Environmental Protection and Enhancement Act*, consistant à imposer une interdiction générale contre les émissions atmosphériques nuisibles en tant que condition d'une approbation industrielle dans le but de faire front aux inquiétudes concernant les effets cumulatifs[13].

QUEL EST L'AVENIR DU CONCEPT ?

Ces dernières années, l'utilisation du concept des effets cumulatifs a pris de l'ampleur en ce sens qu'il est passé du milieu de l'évaluation environnementale à celui de la mise en œuvre pratique en tant qu'outil de planification et de gestion au moyen de la gestion des effets cumulatifs.

La gestion des effets cumulatifs veut passer de l'évaluation des effets cumulatifs des travaux d'aménagement et de mise en valeur à l'imposition de limites relativement à ces effets prévus et à la gestion des activités de sorte qu'on évite d'atteindre ces limites et qu'on empêche l'accumulation d'effets nuisibles. De manière générale, ce système comprend[14] :

- l'identification des valeurs de la société en matière d'environnement, et d'utilisation des terres en particulier ;
- l'établissement d'objectifs précis et mesurables à l'égard de ces valeurs ;
- la gestion et la réglementation des activités dans le but d'assurer l'atteinte de ces objectifs ;
- la surveillance des activités et de leurs effets ; et
- la modification du système, selon les besoins et ce, en fonction des résultats de la surveillance.

Souvent, ce système est lié aux systèmes de gestion de l'utilisation des terres et il a pour but de fournir de grandes lignes directrices en vue de la prise de décisions se rapportant à des activités et à des travaux de mise en valeur ou d'aménagement particuliers.

Étude de cas : plan régional du cours inférieur de la rivière Athabasca en Alberta

La mise en œuvre de systèmes de gestion des effets cumulatifs est relativement nouvelle dans le cadre de la réglementation environnementale au Canada. La province de l'Alberta est en train d'intégrer la gestion des effets cumulatifs à son nouveau système de planification régionale de l'utilisation des

---

13. *McCain Foods (Canada)* c *Director, Prairie Region*, Alberta Environment, Appeal No 99-138 (Alberta EAB).
14. Forest Practices Board, *Cumulative Effects : From Assessment Towards Management* (British Columbia : Forest Practices Board, 2011), p. 13, [en ligne] Forest Practices Board <https://www.bcfpb.ca/wp-content/uploads/2016/04/SR39-Cumulative-Effects.pdf>.

terres, qui est en cours d'élaboration depuis 2006 et relève du *Alberta Land Stewardship Act*[15]. La pierre angulaire de ce nouveau système prend la forme de plans d'utilisation des terres qui seront élaborés pour chacune des sept régions établies par le gouvernement de l'Alberta. Ces plans tiendront compte des résultats environnementaux, sociaux et économiques visés pour la région, établiront des seuils à l'égard de la gestion des effets cumulatifs de l'aménagement et chercheront à équilibrer les préoccupations des régions et de la province. Les plans seront élaborés par le Land Use Secretariat de la province et au bout du compte, ils seront assujettis à l'approbation du Cabinet, ce qui leur conférera un effet juridique.

Afin d'éviter tout conflit futur avec les lois actuelles et les systèmes touchant l'utilisation des terres, et afin de faire ressortir l'importance du nouveau système de planification, le *Land Stewardship Act* aura préséance sur toutes les autres lois provinciales, et les plans régionaux, une fois élaborés, l'emporteront sur tout autre règlement de la province[16]. Les plans régionaux auront un caractère obligatoire pour le gouvernement provincial, les organismes tels que l'Energy Resources Conservation Board et les municipalités, et les décisions que prendront ces organismes devront être conformes au plan régional ou aux plans régionaux pertinents[17]. Les municipalités et les organismes de prise de décisions devront s'assurer que leurs règlements, leurs politiques et les autres instruments réglementaires seront conformes aux plans régionaux[18].

Plan régional du cours inférieur de la rivière Athabasca – Vue d'ensemble

La région de planification d'utilisation des terres du cours inférieur de la rivière couvre la zone nord-est de l'Alberta et comprend une grande partie des réserves de sables pétrolifères de la province. Il s'agit de la première région à être visée par un plan régional d'utilisation des terres en vertu du nouveau système de planification de l'Alberta. L'ébauche du plan est actuellement mise à la disposition du grand-public et elle donne un aperçu de l'orientation de la planification et la gestion de l'utilisation des terres dans la région, ce qui comprend la gestion des effets cumulatifs[19].

---

15. SA 2009, c A-26.8.
16. *Ibid.*, art 17.
17. *Ibid.*, art 15(1).
18. *Ibid.*, art 20-21.
19. Gouvernement de l'Alberta, *Draft Lower Athabasca Regional Plan 2011-2021*, Edmonton, Gouvernement de l'Alberta, 2011, [en ligne] Land-use Framework <https://landuse.alberta.ca/Documents/LARP_Draft_Lower_Athabasca_Regional_Plan-2011-08.pdf>. Un plan pour 2012-2022 a été adopté le 22 août 2012 et est entré en vigueur depuis le 1er septembre 2012.

L'ébauche du plan dresse la vision qui a été déterminée pour la région de même que sept orientations stratégiques. La mise en valeur des ressources de sables pétrolifères est nettement la priorité du plan. La gestion des effets cumulatifs fait l'objet d'une mise en œuvre dans le cadre de l'orientation stratégique entourant la gestion de l'air, de l'eau et de la biodiversité ainsi que la minimisation de la perturbation des terres. Plus précisément, l'ébauche du plan propose en ce moment d'établir une structure juridique en vue de la gestion des effets cumulatifs en ce qui a trait à la qualité de l'air, à la qualité de l'eau de surface ainsi qu'à la quantité et à la qualité de l'eau souterraine[20].

Gestion des effets cumulatifs en vertu du plan régional

L'ébauche du plan régional présente les objectifs pour chacun des segments environnementaux assujettis à la gestion des effets cumulatifs, puis elle cerne les indicateurs propres à la gestion. Pour chacun des indicateurs, des limites et des seuils de déclenchement sont établis. Une limite, c'est une valeur qui doit servir de seuil environnemental, et si cette valeur est dépassée, elle se trouve à mettre en marche les mesures de gestion, tandis que les déclenchements sont des valeurs moins élevées pour lesquelles les dépassements ont pour effet de mettre en marche les mesures de prévention. Aux seuils de déclenchement, l'accent est mis sur le renversement des tendances et sur l'évitement de l'atteinte des limites. Advenant qu'une limite soit atteinte, on s'engage alors à prendre des mesures pour revenir aux conditions propices à rester sous la limite[21]. Les indicateurs, les limites et les seuils de déclenchement sont tous établis en vertu de politiques.

Selon la réglementation proposée à l'égard du plan régional, il incombe au ministre de faire les déterminations définitives et exécutoires, à savoir si une limite ou un seuil de déclenchement a été dépassé, et pendant combien de temps elle ou il a été dépassé. Lorsque le ministre fait une telle détermination, il doit alors aviser les preneurs de décisions et les gouvernements municipaux visés par écrit (comme les ministères et les tribunaux réglementaires) du dépassement en question, de sa portée, des industries et des activités qui auraient contribué au dépassement ainsi que des mesures que doivent prendre les preneurs de décisions et les gouvernements municipaux. L'avis doit également comprendre une interdiction d'utilisation d'une autorisation législative à l'égard de n'importe quelle activité proposée dont il est question dans l'avis.

---

20. *Ibid.*, p. 48-50, 52-54 et 57.
21. *Lower Athabasca Region Air Quality Management Framework*, Edmonton, Alberta Environment, 2011, p. 17.

Par ailleurs, lorsque le ministre a déterminé qu'une limite ou un seuil de déclenchement a été dépassé, les dirigeants du ministère sont tenus de mettre en œuvre une intervention qui cadre avec le cadre de référence pertinent[22]. Les cadres de référence sont des documents de politique, bien que l'intention semble être de leur conférer un caractère exécutoire en y faisant référence dans la réglementation. Par exemple, l'ébauche du cadre de référence intitulé *Lower Athabasca Region Air Quality Management Framework* établit une limite et deux seuils de déclenchement pour chacun des deux indicateurs cités, soit le dioxyde de soufre (SO_2) et le dioxyde d'azote (NO_2)[23]. Le cadre de référence dresse une échelle composée de quatre niveaux de mesures et d'outils de gestion potentiels qui peuvent être mis en œuvre lorsque les indicateurs atteignent des niveaux particuliers et ce, tel que décelé dans le cadre de la surveillance régionale[24]. Ces mesures sont organisées de manière à s'intensifier en fonction de la gravité et de l'importance juridique au fur et à mesure que le niveau des indicateurs augmente. Elles peuvent varier, prenant ainsi la forme d'initiatives de sensibilisation, de l'imposition de nouvelles conditions d'approbation, de la révision de politiques ou d'ordonnances d'exécution ou de protection. Les poursuites judiciaires ne semblent pas présenter une option lorsque les limites ou les seuils de déclenchement sont dépassés.

Défis et préoccupations concernant la gestion des effets cumulatifs

Les premières étapes menant à la mise en œuvre de la gestion des effets cumulatifs mettent en évidence le défi qui consiste à passer d'un concept de nature principalement scientifique à une plateforme réglementaire et législative. Deux grandes préoccupations sont énoncées ci-dessous. Il s'agit de la concordance entre la gestion des effets cumulatifs et le système réglementaire environnemental canadien quasi-criminel et le fardeau de la preuve de même que le processus qui s'ensuit, et la nécessité d'assurer le caractère exécutoire et l'obligation de rendre compte – ou responsabilisation – de la gestion des effets cumulatifs.

---

22. Les ébauches de cadres de référence actuellement disponibles pour le cours inférieur de la rivière Athabasca sont les suivantes : *Lower Athabasca Region Air Quality Management Framework*, *ibid*; *Lower Athabasca Region Surface Water Quality Management Framework*, Edmonton, Alberta Environment, 2011 et *Lower Athabasca Region Groundwater Management Framework*, Edmonton, Alberta Environment, 2011.
23. *Lower Athabasca Region Air Quality Management Framework*, *supra* note 21, p. 20. Il y a lieu de noter que le plan régional du cours inférieur de la rivière Athabasca de même que les cadres de référence connexes étaient à l'état d'ébauche au moment de la rédaction de ce chapitre.
24. *Ibid.*, p. 24-25.

La gestion des effets cumulatifs peut-elle concorder avec le système de réglementation environnemental et le système judiciaire ?

Comme nous l'avons déjà mentionné, la gestion des effets cumulatifs est grandement enracinée dans la science. Elle a trait aux effets multiples d'importance individuelle variée au sein d'une variété de zones géographiques et de périodes de temps. Toutefois, son approche holistique fondée sur les écosystèmes se heurte à des défis quand vient le temps de faire fusion avec l'orientation étroite et généralement propre à un site ou à un projet particulier des systèmes réglementaires environnementaux actuels. Au Canada, les lois sur l'environnement sont fortement axées sur la réglementation des effets environnementaux d'activités désignées au cas par cas, et elles sont de nature disciplinaire lorsqu'il y a des manquements aux interdictions et aux limites. Nos lois sur l'environnement et nos systèmes réglementaires donnent de moins bons résultats quand vient le temps d'identifier des causes fondamentales ainsi que de prévenir et d'éviter des dommages environnementaux, ce qui constitue des aspects importants de la gestion des effets cumulatifs.

De même, le système judiciaire canadien se concentre principalement sur des incidents et des conflits particuliers entre des parties spécifiques, tant du point de vue de la réglementation que du point de vue de la *common law*. Lorsque les questions de réglementation environnementale aboutissent devant les tribunaux, c'est généralement pour traiter de l'aspect quasi-criminel de la poursuite judiciaire et de la sanction ou encore, de l'aspect du droit administratif relativement à l'examen de la prise de décisions et de mesures de la part du gouvernement. Pour ces deux aspects, les règlements et les instances judiciaires ne sont pas bien placés pour assurer la prévention et la réparation des dommages à l'environnement et mettre en œuvre la vaste portée et l'étendue de la gestion des effets cumulatifs.

Un autre défi qui se présente dans le cadre de l'intégration de la gestion des effets cumulatifs au système de réglementation environnementale canadien consiste à essayer de réconcilier la nature fracturée de ce système avec le besoin inhérent d'intégration des exigences propres à la gestion des effets cumulatifs. Notre système actuel se trouve à répartir les responsabilités réglementaires entre les niveaux de gouvernements fédéral, provinciaux et municipaux en raison du partage des compétences constitutionnelles par rapport à l'environnement, telles qu'interprétées par les tribunaux, ainsi qu'entre plusieurs ministères et organismes gouvernementaux au sein de chacun des niveaux de gouvernement. Par exemple, en 2008, le cadre de référence de l'utilisation des terres, ou *Land-use Framework*, de l'Alberta nommait 12 ministères et tribunaux différents du gouvernement

provincial qui s'occupaient des questions relatives à l'utilisation des terres[25]. Pour que la gestion des effets cumulatifs fonctionne, ces diverses autorités doivent aligner leur orientation et leurs exigences réglementaires afin d'atteindre les buts communs déterminés dans le cadre du système de gestion.

La gestion des effets cumulatifs peut-elle être assortie d'un caractère exécutoire et d'une obligation de rendre compte ?

Tel qu'indiqué dans la section précédente, le fait de mettre l'accent sur des incidents ou des personnes spécifiques sur le plan des procédures de mise à exécution devant les tribunaux ne cadre pas bien avec la vaste portée et l'étendue de la gestion des effets cumulatifs. Lorsque les limites ou les seuils de déclenchement sont dépassés, en vertu de la gestion des effets cumulatifs, il est quasi impossible de cerner une mesure ou une activité particulière ainsi qu'un intervenant particulier auquel le dépassement pourrait être attribuable. De même, le rôle joué par les activités non réglementées (comme la pollution ou le transport d'une source non ponctuelle) en matière de dépassements n'est pas une question qui peut facilement faire l'objet d'un caractère exécutoire dans le cadre de notre système judiciaire et de notre système réglementaire environnemental actuels et ce, principalement en raison du fait qu'il est difficile d'identifier l'auteur particulier d'une infraction.

Les systèmes de gestion des effets cumulatifs tiennent compte de la participation d'une vaste gamme d'intérêts et de participants autres que les organismes gouvernementaux de réglementation. Une question demeure de savoir à qui incombe la responsabilité ultime de l'exploitation et de la réussite de tels systèmes et ce, en raison de leur grande portée. Il est possible d'y répondre, en partie, en indiquant clairement la responsabilité du gouvernement dans les textes de loi et les politiques ayant pour but de créer et de soutenir ces systèmes. Cela dit, le vaste caractère de la discrétion qui peut être conférée aux dirigeants du gouvernement dans le cadre de ces systèmes, comme celle proposée dans l'ébauche du plan régional, peut faire en sorte que l'aspect de l'obligation de rendre compte ou de la responsabilisation de la part de ces dirigeants aux tribunaux peut remporter un succès restreint en raison des degrés de déférence qui sont généralement accordés aux preneurs de décisions administratives.

---

25. Gouvernement de l'Alberta, *Land-use Framework*, Edmonton, Gouvernement de l'Alberta, 2008, p. 11, [en ligne] Land-use Framework <https://www.landuse.alberta.ca/Documents/LUF_Land-use_Framework_Report-2008-12.pdf>.

CONCLUSION

Au Canada, le concept des effets cumulatifs continue d'être utilisé comme moyen de prévoir, d'empêcher et de gérer les effets d'activités ou d'événements multiples sur notre environnement. Divers défis ont dû être relevés pour tenter de faire passer cette vaste approche ancrée dans la science à caractère proactif à un système réglementaire environnemental qui est plutôt concentré, réactif et fracturé. La présence de défis ne signifie pas pour autant que les organismes de réglementation, les avocats et les juges devraient délaisser ce concept et les possibilités qu'il recèle en vue d'une protection de l'environnement accrue. Plutôt, l'auteure suggère que toutes les parties en cause considèrent l'adoption de nouveaux outils et de nouvelles approches susceptibles d'améliorer la concordance entre la science et le droit des effets cumulatifs.

Chapitre 13

L'évaluation des dommages à l'environnement : la beauté vaut combien ?

Giorilyn Bruno

L'accent qui est actuellement mis sur l'évaluation des dommages à l'environnement laisse entrevoir une préoccupation plus grande de la part du public à l'égard de la dégradation de l'environnement. Abstraction faite de toute loi actuelle, il est possible que des accidents tels que des déversements d'hydrocarbures, des incendies et des rejets de déchets continuent de se produire pour des raisons de négligence ou pour des raisons indépendantes de la volonté, ce qui se traduira souvent par des dommages irréparables[1].

Par conséquent, afin de bien protéger l'environnement ou, pour reprendre les paroles de Monsieur le juge Binnie « [p]our assurer une juste prise en considération de l'environnement », les tribunaux doivent veiller à ce que des dédommagements ou des dommages-intérêts soient accordés pour les pertes occasionnées[2]. Comme l'indiquent Stewart Elgie et Anastasia Lintner, si les entités qui causent des dommages à l'environnement ne sont pas tenues de réparer, elles seront peu incitées à remédier à la situation ou à faire en sorte que

1. Le déversement d'hydrocarbures de BP qui s'est produit en avril 2010 en est un exemple. L'installation de forage de BP a rejeté 4,9 millions de barils ou 185 millions de gallons de pétrole brut dans le golfe du Mexique pendant 87 jours, ce qui s'est soldé par le plus grand déversement accidentel d'hydrocarbures offshore de toute l'histoire de l'industrie pétrolière. Ce déversement a causé de graves dommages à l'habitat marin et faunique de même qu'à l'industrie de la pêche dans le golfe. Voir l'article « BP leak the world's worst accidental oil spill » *The Daily Telegraph* (3 août 2010), [en ligne] The Telegraph Group <https://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/energy/oilandgas/7924009/BP-leak-the-worlds-worst-accidental-oil-spill.html>.
2. *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*, 2004 CSC 38, par 8, [2004] 2 RCS 74 [*Canfor*].

cela ne se produise pas, car si l'environnement est considéré comme quelque chose de gratuit, il sera sous-évalué, surexploité et c'est la société dans son ensemble qui en subira les conséquences[3].

Selon le principe du pollueur-payeur, principe qui est maintenant largement reconnu dans les lois canadiennes sur l'environnement, les pollueurs sont obligés de payer pour les dommages infligés aux ressources naturelles[4]. Imposer la responsabilité aux parties qui sont à l'origine des dommages et obliger les transgresseurs à nettoyer et à remettre la ressource naturelle dans son état initial est un principe généralement accepté et qui est défini comme étant logique, quantifiable et juste[5]. Cette manière de procéder a pour effet d'accorder des indemnités qui sont établis en fonction du coût nécessaire pour remettre l'environnement dans l'état où il se trouvait avant d'être contaminé, ce qui correspond à la méthode du coût de reconstitution[6].

La possibilité d'accorder des dédommagements au-delà des coûts de remise en état de l'environnement a pour effet de soulever des questions controversées sur lesquelles les tribunaux canadiens se penchent rarement. Parmi les principaux enjeux devant être analysés, notons la question de savoir s'il y a lieu d'accorder des indemnités pour des dommages de nature non commerciale infligés aux ressources naturelles publiques et, le cas échéant, comment les pertes doivent être quantifiées.

Tel qu'indiqué dans le présent chapitre, dans le cadre de l'arrêt de principe *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd*, la Cour suprême du Canada a implicitement reconnu que les pertes de nature non commerciale pourraient être indemnisés. Toutefois, la Cour n'a pas pris de position claire quant à la manière dont les pertes pourraient être quantifiées.

---

3. Stewart AG Elgie et Anastasia M Lintner, « The Supreme Court's *Canfor* Decision : Losing the Battle but Winning the War for Environmental Damages » (2005) 37 : 1 *UBC L Rev* 223, p. 253.
4. Selon la Cour suprême du Canada, ce principe « est d'ailleurs bien établi dans le droit de l'environnement du Canada », voir *Cie pétrolière Impériale ltée* c *Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 2 RCS 624, 2003, CSC 58, par 23. Voir également le par 24 (la Cour a par ailleurs expliqué que « dans une optique de développement durable, ce principe [du pollueur-payeur] impose aux pollueurs la responsabilité de corriger les situations de contamination dont ils sont responsables et d'assumer directement et immédiatement les coûts de la pollution »).
5. Voir Charles J Dibona, « Assessing Environmental Damage » (1992) *Issue in Science and Technology* 50, p. 51 ; Frank B Cross, « Natural Resource Damage Valuation » (1989) 42 *Vand L Rev* 269, p. 327 ; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Rapport sur le recours en dommages-intérêts pour détérioration de l'environnement*, 2e éd (Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1990) [*Rapport de la CRDO*], p. 29-30.
   Voir aussi le *Rapport de la CRDO* à la p. 42 (indiquant que dans le cas d'un désastre environnemental grave, les dommages pourraient être irréversibles et les travaux de restauration pourraient constituer des solutions futiles risquant d'exacerber les dommages à l'environnement que les travaux tentent de corriger).
6. Frederick Anderson, « Natural Resource Damages, Superfund and the Courts » (1989) 16 *BC Envtl Aff L Rev* 405, p. 445.

L'évaluation contingente constitue la principale méthode d'estimation des pertes préconisée par les économistes et ce, lorsque les pertes n'ont pas de valeur marchande. L'application juridique de cette méthode s'accompagne néanmoins de nombreuses embûches.

LES TRIBUNAUX DOIVENT-ILS ACCORDER DES DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR LES VALEURS SUBJECTIVES ?

Le débat qui a lieu actuellement au sujet de la portée adéquate des dommages indemnisables tourne autour de ce qu'on appelle la valeur de non usage ou la valeur passive d'une ressource. Ces valeurs tiennent compte des sentiments humains intangibles de personnes qui ne se servent jamais de la ressource[7]. Ainsi, la valeur passive fait allusion au fait de savoir qu'un parc, un cours d'eau ou un bassin hydrologique existe, et de savoir qu'ils sont protégés même si les gens ne s'en servent pas directement[8]. La valeur passive peut également tenir compte du désir d'une personne de préserver la possibilité d'utiliser une ressource naturelle à l'avenir[9]. Et enfin, ces valeurs peuvent également faire allusion à la satisfaction de savoir que l'on laisse quelque chose à la prochaine génération[10].

Le plus grand argument en faveur de l'inclusion des valeurs passives, lorsque vient le temps d'évaluer les dommages, c'est qu'il ne fait aucun doute qu'elles existent[11]. Les ressources naturelles peuvent avoir une valeur autre que la valeur qui leur est conférée par le simple fait que l'être humain les utilise car, par exemple, un poisson vaut quelque chose même si le pêcheur ne l'attrape jamais[12]. Frank Cross fait remarquer qu'il n'est pas rare qu'une personne désire voir le Grand canyon au moins une fois dans sa vie, mais qu'elle remette cette visite à plus tard[13]. D'autres personnes peuvent avoir le désir de protéger des espèces de plantes qui sont en danger car qui sait si ces plantes ne possèdent pas des propriétés médicinales inconnues jusqu'à maintenant, propriétés qui pourraient guérir certaines maladies affligeant l'être humain[14]. Et enfin, quelqu'un pourrait avoir le désir de protéger les baleines, les loups ou les grizzlis

7. Cross, *supra* note 5, p. 285 ; Dibona, *supra* note 5, p. 51.
8. *Ibid.* Voir aussi le *Rapport de la CRDO*, *supra* note 5, p. 30 à 31.
9. *Ibid.*
10. Ces valeurs sont plus précisément qualifiées de valeur d'existence, valeur d'option et valeur de transmission ou de legs. Voir Dibona, *supra* note 5, p. 51. Voir également Anderson, *supra* note 6, p. 508.
11. Cross, *supra* note 5, p. 286.
12. *Ibid.*, p. 284.
13. *Ibid.*, p. 286.
14. *Ibid.*, p. 287.

contre l'extinction en raison de leur valeur esthétique ou morale, même s'il ne voit jamais ces espèces[15].

Les défenseurs des valeurs passives soutiennent que l'ajout de ces estimations aux coûts éventuels des dommages constitue la seule façon d'assurer que le dédommagement tienne vraiment compte de la perte encourue[16]. Cela soulève toutefois la question de savoir si toutes ces valeurs peuvent vraiment être mesurées. De manière générale, l'évaluation des dommages en cas de pertes non commerciales a déjà été qualifiée de tâche intrinsèquement impossible[17]. Un grand nombre des difficultés auxquelles fait face le droit de l'environnement ressemble aux difficultés auxquelles font face les tribunaux lorsque vient le temps de quantifier les dommages en cas de lésions corporelles, pour lesquelles on doit donner un prix à des facteurs tels que la douleur, la souffrance, la perte d'agrément et la perte d'espérance de vie[18].

De même, comment est-il possible d'apposer un juste prix à la perte de la nature, d'écosystèmes complexes, d'animaux sauvages, de parcs nationaux, de cours d'eau, de lacs ou de paysages qui ont été irrémédiablement endommagés ? Y a-t-il assez d'argent pour payer pour chaque poisson, chaque animal et chaque plante que nous valorisons ? En réalité, les gens ne disposent tout simplement pas de suffisamment d'informations pour concevoir un « marché mental » et pour donner un prix approprié à chaque composante de l'environnement[19].

L'EXACTITUDE ET LA FIABILITÉ DE LA MÉTHODE DE L'ÉVALUATION CONTINGENTE MISES EN QUESTION

L'évaluation contingente constitue la principale méthode préconisée par les économistes pour estimer les valeurs qui n'ont pas de valeur marchande. Cette méthode prend la forme d'entrevues personnelles, d'entrevues téléphoniques et de sondages par la poste au cours desquels on demande aux personnes ce qu'elles seraient prêtes à payer pour une ressource donnée dans une certaine situation hypothétique[20]. Par exemple, on pourrait demander à un échantillon de personnes ce qu'elles seraient prêtes à payer pour préserver les grizzlis qui restent en Alberta ou combien elles seraient prêtes à accepter en guise de dédommagement pour leur perte. La méthode de l'évaluation contingente a déjà été employée pour donner une valeur à l'eau propre, aux espèces en voie de

15. *Ibid.*, p. 288-289.
16. Voir Meagan Nieman, « Seeing the Forest and the Trees : Contingent Valuation in Canadian Environmental Law » (2008) 71 *Sask L Rev* 117, p. 118.
17. *Cassell & Co Ltd* c *Broome* (1971), [1972] AC 1027 HL (Eng), p. 1070.
18. Voir Cooper-Stephenson, *Personal Injuries Damages in Canada*, Toronto, Carswell, 1996, p. 109.
19. Dibona, *supra* note 5, p. 50.
20. Elgie et Lintner, *supra* note 3, p. 253 ; Anderson, *supra* note 6, p. 444.

disparition et aux écosystèmes[21]. Cette même méthode a également été utilisée pour mesurer les valeurs sur le plan récréatif et sur le plan de la préservation du saumon du fleuve Fraser, en Colombie-Britannique[22].

Nombre d'experts estiment que l'évaluation contingente constitue la méthode optimale d'évaluation des dommages à l'environnement car, aux dires de certains de ses défenseurs, cette méthode permet de donner une valeur tangible à des choses qu'il est difficile d'estimer du point de vue monétaire, ce qui permet aux tribunaux d'assigner une valeur économique complète à l'environnement[23]. Les promoteurs de cette méthode ajoutent également que l'étendue de son application n'a pas de limites, et affirment que l'évaluation contingente peut donner une valeur à tous les types de biens non marchands que les autres méthodes, comme la méthode de la valeur marchande, la méthode du coût du trajet et la méthode des prix hédonistes, ne sont pas capables de mesurer[24]. En effet, les experts citent souvent l'évaluation contingente comme la seule méthode permettant de bien évaluer, du point de vue monétaire, les valeurs passives ; de même, elle serait la seule méthode qui soit apparemment capable d'intégrer la valeur propre des ressources naturelles aux calculs des dommages faits à l'environnement[25].

Même si cette méthode reçoit un grand appui, l'application de l'évaluation contingente à une vaste gamme d'enjeux environnementaux déclenche toutes sortes de controverses. Ainsi, certains auteurs critiquent la méthode de l'évaluation contingente car celle-ci demande aux personnes sondées d'estimer des valeurs dans le cadre de situations hypothétiques pour lesquelles elles possèdent peu d'information et pas d'expérience[26]. L'écosystème qui abrite de nombreux organismes entretenant des relations complexes n'est pas nécessairement bien compris par le grand public[27]. Cela signifie donc que la valeur inhérente à la préservation de certaines qualités de l'environnement peut être occultée par le manque de compréhension des relations complexes au sein de l'écosystème en question et laissée pour compte par la personne qui ne les comprend pas en profondeur[28].

---

21. *Rapport de la CRDO*, *supra* note 5, p. 47.
22. *Ibid.*, p. 48.
23. Voir Nieman, *supra* note 16, p. 118 et 128 ; William D Shulze, « Use of Direct Methods for Valuing Natural Resource Damages » dans Raymond J Kopp. et V Kerry Smith, *Valuing Natural Assets, the Economics of Natural Resource Damage Assessment*, Washington, RFF Press, 1993, p. 207.
24. Voir *Rapport de la CRDO*, *supra* note 5, p. 48.
25. Voir p. ex. Nieman, *supra* note 16, p. 118.
26. Voir p. ex. à Dibona, *supra* note 5, p. 52 (qui se demande ce que savent la plupart des gens de la valeur de 200 oiseaux marins en santé ou de 200 000 oiseaux marins) ; Cross, *supra* note 5, p. 317.
27. Nieman, *supra* note 16, p. 124.
28. *Ibid.*

Une autre grande critique de l'évaluation contingente porte sur le fait qu'il faut se fier à l'hypothèse selon laquelle les gens font effectivement ce qu'ils disent[29]. Les critiques soutiennent que les personnes sondées n'estiment pas bien leur volonté à payer pour une ressource environnementale en raison de la nature abstraite du sondage[30]. Il en résulte donc un biais hypothétique selon lequel les personnes ne répondent pas de la même manière au sondage de l'évaluation contingente que si la situation était véridique[31]. Les personnes interrogées pourraient surestimer, à dessein, leur volonté à payer afin de produire certaines décisions de principe parce qu'en réalité, elles ne doivent pas payer pour les obtenir[32]. Dans d'autres cas, la valeur indiquée peut ne pas résulter de la valeur passive mais plutôt de la satisfaction tirée du soutien à une cause environnementale[33].

Enfin, l'inconvénient de cette méthode, c'est qu'elle s'appuie sur l'hypothèse controversée formulée par certains économistes, selon laquelle le consentement à payer peut être utilisé comme mesure de la valeur[34]. Autrement dit, la valeur conférée aux ressources naturelles n'est fondée que sur la volonté d'une personne de payer et ne tient pas compte de la valeur des ressources naturelles en-dehors des préférences ou des satisfactions de l'être humain[35].

Le recours à l'évaluation contingente par les tribunaux peut poser de sérieux problèmes car en raison de la nature fortement théorique des sondages, ceux-ci pourraient être arbitraires et difficiles à vérifier de manière objective[36]. Par ailleurs, le coût élevé lié à la réalisation d'une étude exhaustive a pour effet de restreindre l'application de l'évaluation contingente dans la plupart des cas où les dommages à l'environnement revendiqués sont trop petits pour justifier de tels coûts aux fins d'un litige[37].

---

29. Voir James Peck, « Measuring Justice for Nature : Issues in Evaluating and Litigating Natural Resources Damages » (1999) 14 *J Land Use & Envtl L* 275, p. 284.
30. *Ibid.*
31. *Ibid.*
32. Cross, *supra* note 5, p. 316.
33. Il s'agit de l'effet de « satisfaction de soi » ; *Ibid.*
34. Voir Mark Sagoff, *The Economy of The Earth*, 2e éd, New York, Cambridge University, 2008, p. 30-32.
35. *Ibid.*
36. Elgie et Lintner, *supra* note 3, p. 258.
37. *Ibid.* Particulièrement, les auteurs déclarent que pour qu'un sondage d'évaluation contingente soit valable dans le cas d'un litige, il devrait normalement comprendre environ 1 000 réponses valant entre 100 $ et 200 $ la réponse, et il faudrait que ces sondages ne soient pas tous des études qui coûtent cher. Par ailleurs, une grande partie du coût (entre 60 et 80 pour cent) serait pour la conception et l'analyse du sondage. Dans le cas du déversement de pétrole de l'*Exxon Valdez* en 1989, il semble que l'évaluation contingente ait coûté trois millions de dollars américains.

L'ÉVALUATION DES DOMMAGES CAUSÉS À L'ENVIRONNEMENT APRÈS L'AFFAIRE *CANFOR*

En 2004, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de formuler ses commentaires à propos de la question de l'indemnisation pour les dommages infligés à l'environnement. L'affaire *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd* avait trait à une action en responsabilité intentée par le gouvernement de la Colombie-Britannique qui cherchait à obtenir un dédommagement contre Canadian Forest Products Ltd (Canfor) en raison d'un feu de forêt qui avait détruit environ 1 500 hectares de terrain forestier public dans le nord de la Colombie-Britannique, comprenant des zones sensibles sur le plan de l'environnement (ZSE) protégées contre l'exploitation forestière commerciale et qui avaient été mises de côté afin de préserver les milieux, la flore et la faune, et l'habitat du poisson[38].

Les dommages réclamés par la Couronne auprès de Canfor relevaient de trois catégories, soit : i) les dépenses effectuées pour la lutte contre l'incendie et la restauration des aires incendiées, ii) la perte des droits de coupe sur des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités et iii) la perte des arbres réservés pour diverses fins liées à l'environnement dans les zones désignées écosensibles[39]. Même si la troisième revendication de la Colombie-Britannique a été rejetée, l'aspect important de la décision qui a été rendue a trait au fait que le tribunal a décidé que la revendication de la Colombie-Britannique était dénuée de fondement tant dans les actes de procédure qu'au regard de la preuve en raison de l'absence de preuves factuelles et d'exposé convenable[40].

La Cour suprême a décidé que la Couronne pouvait poursuivre en sa qualité de *parens patriae* au nom du public en raison des dommages causés à une ressource appartenant au public et a reconnu la possibilité que la *common law* « contribue à concrétiser la valeur fondamentale qu'est la protection de l'environnement[41] ». De plus, la Cour a reconnu que la valeur des ressources naturelles publiques ne se limite pas seulement à leur valeur commerciale mais qu'elle peut également comprendre les valeurs non marchandes[42]. Toutefois, en l'absence de dispositions législatives, la Cour suprême a déterminé qu'elle doit user de circonspection et qu'elle doit intervenir en fonction d'assertions bien

38. *Canfor*, *supra* note 2, par 1.
39. *Ibid.*, par 3.
40. *Ibid.*, par 12 et 153. La majorité avait rejeté les revendications de la province pour préjudice environnemental parce que la Colombie-Britannique n'avait pas fourni de preuves factuelles et que son exposé se limitait à revendiquer un dédommagement à titre de propriétaire des terres et non pas à titre de *parens patriae*.
41. *Ibid.*, par 155 (déclarant : « [j]e n'accepte pas l'idée que les « dommages-intérêts environnementaux » soient à ce point particuliers que notre Cour ne puisse examiner cette question. »).
42. *Ibid.*, par 135, 136 et 153.

étayées[43]. Puisque la Cour a déterminé que la Couronne n'avait pas présenté de preuve venant étayer le préjudice écologique ou environnemental porté aux zones écosensibles protégées qui ont été endommagées, aucun dédommagement autre que les coûts de remise en état n'a été accordé[44].

À bien des égards, la décision de l'affaire *Canfor* revêt de l'importance, bien que des questions majeures soient restées sans réponse. Par exemple, la Cour a reconnu à l'unanimité que les préoccupations environnementales représentaient des éléments légitimes de l'appréciation des dommages-intérêts[45]. Cependant, elle n'a pas consacré beaucoup de temps à discuter du bien-fondé des pertes indemnisables même si les jugements rendus dans le domaine du droit de l'environnement au Canada font relativement peu de cas des pertes non commerciales[46]. Ensuite, la Cour a exposé le type de preuve qu'il faut présenter pour prouver la perte, comme « [l]a nature de la faune, de la flore […] ; [l]e caractère unique de l'écosystème […] ; [l]es avantages environnementaux qu'offre la ressource […] ; [s]es possibilités récréo-touristiques […] ou [l]'attachement subjectif ou émotif du public à la zone endommagée ou détruite[47] ». Par contre, puisque la revendication de la Couronne a été rejetée en l'absence de preuve, la Cour a conclu qu'« [i]l n'est ni approprié ni nécessaire de se prononcer sur la méthode précise qui aurait pu être utilisée pour l'évaluation des pertes environnementales[48] ».

En bref, la Cour suprême a effectivement reconnu que les ressources naturelles sont assorties de valeurs que le régime de marché ne peut pas refléter pleinement et que « nulle personne sensée n'évaluerait le parc Stanley en

---

43. Même si la Cour a reconnu que la Couronne avait la possibilité de poursuivre à titre de *parens patriae*, elle n'a pas accepté que la Couronne puisse obtenir gain de cause simplement « parce qu'elle a sur ce point une moralité inattaquable ». *Ibid.*, par 81, 132, 136, 138, 141, 143, 146, 147 et 155.
44. *Ibid.*, par 12 et 153.
45. *Ibid.*, par 146.
46. Dans *Soutzo* c *Canterra Energy Ltd*, [1988] AJ No 506 (QL) la Cour d'appel de l'Alberta a accordé des dédommagements pour des arbres détruits par le feu et pour la perte temporaire de l'usage et de la *valeur esthétique*. Dans *Kates* c *Hall* (1991), 53 BCLR (2d) 322, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé une indemnisation à l'égard de la destruction d'arbres sur une propriété de campagne même s'il avait été prouvé que la valeur marchande de cette propriété n'avait pas été affectée. Toutefois, dans aucun de ces cas, la revendication n'approchait la somme de près de 1,5 millions de dollars réclamée au titre de préjudice environnemental dans l'affaire *Canfor*. Voir également Jerry V De Marco, Marcia Valiante et Marie-Ann Bowden, « Opening the Door for Common Law Environmental Protection in Canada : The Decision in *British Columbia* c *Canadian Forest Products Ltd* » (2005) 15 :2 *J Envtl L & Prac* 233, p. 241.
47. *Canfor*, *supra* note 2, par 141.
48. *Ibid.*, par 153. La Cour a rejeté la revendication de la Couronne en vue d'une « indemnité additionnelle » de 20 % de la valeur commerciale, qualifiant ce calcul de « trop arbitraire et simpliste ». Elle a également déclaré que « [d]es méthodes moins arbitraires, que les tribunaux finiront peut-être ou non par admettre, existent et devront être étudiées avec circonspection quand elles seront valablement présentées. »

fonction des droits de coupe que ses arbres pourraient rapporter[49] ». Toutefois, il n'est toujours pas certain si la reconnaissance de ces valeurs se traduira par des indemnisations éventuelles.

REGARD SUR LES ÉTATS-UNIS

Le caractère adéquat de l'indemnisation des valeurs passives des ressources naturelles a été soulevé dans le cadre de la jurisprudence américaine à la suite du déversement pétrolier de l'Exxon Valdez en 1989, et l'on avait alors déterminé qu'elles donnaient droit à réparation[50]. Toutefois, à la lumière de la controverse déclenchée par la méthode de l'évaluation contingente lors du procès, la National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) a demandé, en 1993, à un groupe d'experts de déterminer si l'évaluation contingente produisait une estimation suffisamment fiable en vue de l'évaluation des dommages survenus suite à la perte de l'usage et du non-usage de ressources naturelles[51].

Ce groupe, constitué de plusieurs économistes, dont deux lauréats de prix Nobel, Kenneth Arrow et Robert Solow, a permis d'entendre le témoignage de défenseurs et de critiques de la méthode de l'évaluation contingente[52]. Dans leur rapport définitif, les membres du groupe d'experts constitué par la NOAA ont fait ressortir des lignes directrices et leurs recommandations, et ils ont conclu qu'une étude bien faite peut produire des estimations assez fiables pour servir de point de départ au processus judiciaire visant l'évaluation des dommages, ce qui comprend la perte des valeurs passives[53]. Cependant, aux États-Unis, le respect de ce genre de preuve s'avère difficile[54].

---

49. *Ibid.*, par 136.
50. *State of Ohio* c *United States Department of the Interior Asarco National*, 58 USLW 2071 (É-U, 14 juillet 1989).
51. Kenneth Arrow et al, *Report of the NOAA Panel on Contingent Valuation*, 11 janvier 1993.
52. *Ibid.*, p. 42.
53. *Ibid.* Parmi les suggestions permettant d'obtenir l'exactitude, notons la nécessité de formuler les questions de manière à éviter les réponses stratégiques, de présenter suffisamment d'informations aux répondants pour qu'ils soient en mesure de porter des jugements éclairés, de recourir à des questions se répondant par oui ou par non ou à des questions à choix multiples et, dans la mesure du possible, d'éviter les questions ouvertes.
    Ibid., p. 43.
54. Conformément au rapport de la NOAA, *supra* note 51, p. 37-38, le fardeau de la preuve de la fiabilité incombe aux concepteurs du sondage. Ils doivent prouver que leur sondage est fiable au moyen d'expériences diverses. De plus, si le sondage de l'évaluation contingente fait défaut à l'égard de l'un ou de l'autre des aspects suivants, il ne sera pas considéré comme fiable :
    - le taux de non-réponse à l'ensemble du sondage ou à la question d'évaluation est élevé ;
    - la réactivité vis-à-vis de l'étendue du préjudice environnemental est inadéquate ;
    - le fait que les répondants ne comprennent pas bien ce qu'ils ont à faire ;
    - le fait que l'on ne croit pas que le scénario de la remise en état totale soit possible ;
    - les réponses « oui » ou « non » au référendum hypothétique qui ne sont pas suivies ou expliquées en faisant référence au coût et (ou) à la valeur du programme.

Compte tenu de la complexité et des faiblesses inhérentes à l'évaluation contingente, les tribunaux américains semblent avoir rejeté cette méthode, sauf lorsque les dommages seraient tellement considérables que les coûts de remise en état ne tiendraient pas adéquatement compte des pertes[55].

CONCLUSION

L'idée de dédommager une partie en cause pour des dommages infligés à l'environnement ou à des ressources publiques est relativement nouvelle, ce qui signifie que le droit doit se perfectionner davantage pour aider les tribunaux à évaluer les dommages causés à l'environnement[56]. La Cour suprême du Canada a en effet reconnu que les ressources naturelles sont assorties de valeurs que le système de marché ne peut refléter, mais il n'est toujours pas clair si ces valeurs peuvent être mesurées dans le contexte d'un litige. L'évaluation contingente est un outil d'évaluation à portée restreinte dont la fiabilité et l'exactitude font l'objet de critiques ardentes. Tel qu'indiqué dans le rapport de la NOAA, les estimations découlant de cet outil d'évaluation ne seraient que le point de départ pour toute évaluation judiciaire des dommages encourus. Par conséquent, les tribunaux canadiens feront vraisemblablement preuve de prudence avant de recourir à cette méthode.

Voir également Nieman pour une discussion sur le rapport de la NOAA, *supra* note 16, p. 124 à 128 ; et Elgie et Lintner, *supra* note 3, p. 258.

55. Voir Nieman, *supra* note 16, p. 124-128.

56. Elgie et Lintner, *supra* note 3, p. 261.

Deuxième partie

LES POURSUITES EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Chapitre 14

L'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite pénale : les défis en droit de l'environnement

Alex Ikejiani

La situation de l'avocat de la Couronne est unique en ce sens que l'objectif de la Couronne ne consiste pas à obtenir une condamnation. L'objectif de la Couronne consiste plutôt à aider le juge des faits à s'assurer que tous les éléments de preuve crédibles ont été présentés à la cour. Le présent chapitre examine certains des facteurs qui aident et guident l'avocat de la Couronne à exercer son pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites dans le cadre d'affaires environnementales. Les affaires environnementales sont assorties de défis inhérents qui peuvent avoir des incidences sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites. Ces défis influenceront et façonneront le pouvoir discrétionnaire de l'avocat de la Couronne à tous les niveaux de la prise de décisions, dont la détermination du plaidoyer, la décision de poursuivre en justice ou non, la conduite de poursuites privées et la suspension de l'instance.

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA COURONNE – BREF HISTORIQUE

L'avocat de la Couronne a l'obligation d'assurer l'administration adéquate de la justice et ce faisant, il doit viser à rendre justice à l'accusé, aux victimes du crime et au grand public. La confiance que manifeste le grand public envers l'administration de la justice est renforcée lorsque le système encourage l'avocat

de la Couronne à être un défenseur fort et efficace[1]. Le rôle de l'avocat de la Couronne a déjà été décrit comme un symbole de justice au sein d'un système complexe d'ordre public. Dans l'affaire *R* c *Boucher*[2], la Cour suprême du Canada a formulé les commentaires suivants au sujet du rôle de l'avocat de la Couronne :

> On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause ; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires[3].

Le procureur général a la responsabilité de mener les poursuites à bien, libre des pressions exercées par les groupes d'intérêt et de toute influence politique. Ce poste unique et important est fondamental car il permet l'équilibre des pouvoirs au sein du système de justice pénale et réglementaire. Le pouvoir de poursuite discrétionnaire se rapporte au pouvoir discrétionnaire exercé par le procureur général en ce qui a trait à des affaires relevant de son autorité relativement à la poursuite d'infractions criminelles[4]. Le procureur général est le premier conseiller juridique de l'État et est membre du cabinet. Cette relation unique a fait l'objet d'une observation par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kreiger*[5], dans le cadre de laquelle la Cour a fait allusion au pouvoir de poursuite discrétionnaire comme suit :

> Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de

1. *R* c *Cook* (1997), 114 CCC (3d) 481 (CSC), p. 489.
2. [1955] RCS 16 (juge Rand).
3. *Ibid.*, p. 23-24.
4. *Krieger* c *Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65.
5. *Ibid.*, par 23-32.

la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui[6].

LA DÉCISION D'INTENTER DES POURSUITES

L'avocat de la Couronne doit tenir compte de deux facteurs lorsqu'il détermine si des poursuites seront intentées ou non. La première question consiste à demander : la preuve est-elle suffisante pour justifier d'intenter ou de continuer les poursuites ? Et la deuxième question consiste à déterminer : l'intérêt public exige-t-il d'intenter des poursuites ?[7] Les cours accordent à l'avocat de la Couronne un degré de réserve élevé, mais l'étendue de cette réserve n'est pas illimitée. Lorsque les cours tentent de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour étayer une poursuite, elles tiennent compte d'éléments subjectifs et d'éléments objectifs. Tel qu'affirmé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Proulx* c *Québec (Procureur général)*[8], la Cour a déterminé que le procureur doit avoir une certaine conviction, que cette conviction doit être raisonnable dans les circonstances et qu'il doit y avoir une preuve suffisante pour étayer une poursuite. Puisque cette détermination en est une de droit, et non pas de fait, le juge a la responsabilité de faire cette détermination.

Cela dit, dans le droit canadien, l'étendue du pouvoir de poursuite discrétionnaire, et ce qui constitue une inconduite de la Couronne, continuent de recevoir une attention judiciaire considérable dans le contexte des poursuites malveillantes contre les avocats de la Couronne. Dans le cadre de ces affaires[9], les tribunaux continuent d'accorder un degré de réserve élevé à l'égard des décisions prises par le poursuivant.

LA SUFFISANCE DE LA PREUVE

La Couronne peut considérer un certain nombre de facteurs lorsqu'elle détermine la suffisance de la preuve. La liste des facteurs n'est pas exhaustive et elle est en fonction des circonstances de l'affaire. Les poursuites relatives à l'environnement présentent un ensemble de défis uniques pour l'avocat de la

---

6. *Ibid.*, par 47.
7. Service des poursuites pénales du Canada, *Guide du service fédéral des poursuites*, chapitre 15, [en ligne] <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch15.html>.
8. [2001] 3 RCS 9.
9. *Nelles* c *Ontario* (1989), 60 DLR (4th) 609 (CSC) ; *Proulx* c *Québec (Procureur général)* (2001) CSC 66. (Il faut prouver quatre éléments nécessaires pour prouver qu'il y a eu malveillance : A. la poursuite doit avoir été mise en œuvre par le défendeur ; B. la poursuite doit s'être terminée en faveur du demandeur ; C. le demandeur doit prouver que la poursuite a été intentée sans raison valable ; et D. le défendeur actionné par malveillance) *Nelles*, p. 615.

Couronne qui tente de déterminer la suffisance de la preuve. Ces types de poursuites uniques sont considérés comme des poursuites réglementaires plutôt que comme de vraies infractions criminelles. Il s'agit là d'une distinction importante parce que cela a pour effet de placer les infractions environnementales dans la catégorie des infractions à responsabilité stricte. La Cour suprême du Canada a discuté de cela en détail dans l'affaire *R* c *Sault Ste. Marie*[10], qui concluait que les infractions de responsabilité stricte ne sont pas assorties d'une preuve de la *mens rea* mais plutôt de l'*actus reus* démontrant la présence de tous éléments matériels de l'infraction. De plus, on a déterminé que la défense de la diligence raisonnable était à la disposition du défendeur.

Les témoins crédibles et l'expert

Dans le cadre de l'examen de la preuve par l'avocat de la Couronne, celui-ci doit évaluer la crédibilité des éventuels témoins. Ce faisant, il doit tenir compte des facteurs tels que la disponibilité, la compétence et la crédibilité des divers témoins. Et cet examen se complique dans le cas d'un témoin expert. Le témoin expert joue un rôle crucial lorsque vient le temps de prouver les éléments de la plupart des infractions relatives à l'environnement[11]. Contrairement aux autres témoins, le témoin expert possède des connaissances particulières relativement à sa discipline, connaissances qui peuvent éclairer le juge des faits. Une fois qualifié à titre d'expert en vertu d'un voir-dire, l'expert peut formuler une preuve sous forme d'opinion sur laquelle la Cour peut se fonder pour en arriver à son jugement.

Le degré de réserve élevé qu'un tribunal peut accorder au témoin expert aura des incidences sur le pouvoir discrétionnaire exercé par l'avocat de la Couronne. Le défi de la Couronne ne se limite pas à l'évaluation de la crédibilité du témoin expert, car il doit aussi déterminer comment relier les connaissances particulières de l'expert qui viendront en aide au juge des faits. Les questions suivantes sont alors soulevées : qui est l'expert approprié ; quelle est l'expérience de l'expert ; quelles sont les données quantifiables ; et à quelle méthodologie doit-on s'attendre ? L'avocat de la Couronne doit se pencher attentivement sur toutes ces questions par rapport à l'attente raisonnable et générale d'une condamnation.

---

10. [1978] 2 RCS 1978.
11. *Loi sur les pêches*, RSC 1985, c F-14, art 35-36(3). Les deux articles de la *Loi sur les pêches* requièrent une preuve d'opinion d'expert afin de prouver certains éléments de l'infraction. L'exception à cette règle générale concerne les infractions en vertu de l'art 36(3) où la substance délétère qui a été déposée, ainsi que sa quantité ou sa concentration, sont autorisées en vertu des règlements. Dans de tels cas, l'exigence du témoin expert est levée. Cela a fait l'objet d'un débat dans l'affaire *R* c *Williams Operating*, *infra* note 23 ; la Cour avait jugé la présence d'un expert non nécessaire si les substances étaient considérées comme délétères par les règlements.

L'admissibilité de la preuve (article 8 de la Charte)

On pourrait faire valoir que l'admissibilité de la preuve est l'un des facteurs les plus importants du pouvoir discrétionnaire de l'avocat de la Couronne. Cela comprend tous les aspects de l'affaire de la Couronne et, en particulier, les éléments de preuve qui ont été recueillis pendant l'inspection et la perquisition. La plupart des lois sur l'environnement sont assorties de pouvoirs distincts qui permettent aux autorités désignées de faire des inspections afin de vérifier si la loi et les règlements sont respectés ou s'il y a des infractions. Dans ce contexte, l'avocat de la Couronne doit porter une attention particulière à l'utilisation du pouvoir d'inspection pour s'assurer de sa conformité à la loi.

À la lumière de certaines affaires, l'avocat de la Couronne a dû revoir la jurisprudence se rapportant à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[12]. Au sein du monde réglementaire, les tribunaux ont reconnu que les pouvoirs d'inspection s'avèrent nécessaires afin d'assurer la conformité à la loi visée. Cela dit, la Cour devra déterminer à quel moment l'enquêteur franchit le « Rubicon » et est protégé par la Charte. Dans l'affaire *R* c *Jarvis*[13], en ce qui a trait à l'étendue du pouvoir d'inspection, la Cour suprême du Canada a décidé qu'une inspection se trouve à enfreindre l'article 8 de la Charte si la raison principale de la visite des lieux par l'inspecteur est de rassembler des éléments de preuve en vue d'une poursuite. À ce sujet, les juges Iacobucci et Major ont, au nom de la Cour, formulé les observations suivantes :

> […] lorsqu'un examen dans un cas particulier *a pour objet prédominant d'*établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi. Essentiellement, les fonctionnaires [traduction] « franchissent le Rubicon » lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État. Il n'existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen[14]. [nos italiques]

Plus récemment, dans l'affaire *R* c *Nolet*[15], la Cour suprême du Canada a analysé les pouvoirs d'inspection dans le contexte d'une loi provinciale relative à la sécurité routière. Dans ce cas-là, la Cour suprême a fait une distinction à

12. *Loi constitutionnelle, 1982*, annexe B à la Loi de 1982 sur le Canada (UK), 1982, c 11.
13. [2002] 3 RCS 757.
14. *Ibid.*, par 88.
15. [2010] 1 RCS 851.

propos de l'affaire *Jarvis*[16] et a formulé de nouveaux critères pour déterminer à quel moment le Rubicon a été franchi. Bien que la Cour ait déterminé que les critères de l'affaire *Jarvis* étaient appropriés aux faits particuliers de cette affaire, elle a décidé que ce n'était pas le cas de l'affaire *Nolet*[17]. Au nom de la Cour, le juge Binnie a déclaré que lorsque l'intention de la fouille est de nature pénale, la Cour doit alors déterminer si la fouille était raisonnable à la lumière de l'ensemble des circonstances[18]. Les facteurs qui distinguent ces deux cas suggèrent que l'avocat de la Couronne doit déterminer si les faits et la législation favorisent une situation où le seuil du Rubicon a été franchi, passant ainsi d'un litige civil à des recours de nature pénale (*Jarvis*). Considérant que, dans l'affaire *Nolet* les tribunaux ont déterminé que l'inspection comportait une conséquence pénale et qu'il n'était pas possible de résoudre la question par des moyens civils ; il n'y avait pas de Rubicon à franchir. Le juge Binnie a résumé la situation ainsi :

> La présente affaire est tout à fait différente. Nous ne « franchissons pas le Rubicon » séparant un litige civil et des recours de nature pénale. En l'espèce, le contexte a toujours été pénal. La *Charte* s'applique aux infractions provinciales comme aux infractions criminelles. Si l'argument du changement de perspective était pertinent dans Jarvis, il ne me semble pas utile dans le cadre du présent pourvoi. La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si la fouille du sac de toile par la police a, « au regard de la totalité des circonstances », porté atteinte aux intérêts raisonnables des appelants en matière de vie privée. J'estime que ce n'est pas le cas[19].

La décision *Nolet* a joué un rôle dans l'affaire *R* c *Mission Western*[20], qui avait trait à une fouille réalisée dans un site relevant de l'autorité de la *Loi sur les pêches*[21]. Dans l'affaire *Mission*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que la Cour doit revoir les actions des officiers et déterminer si ces actions étaient raisonnables. À ce sujet, le juge Bennett a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] À l'instar de la fouille de l'affaire *Nolet*, les actions des employés du DFO ont toujours été déployées, de manière générale, dans un contexte « pénal » ou « d'opposition », en ce sens que le par. 49(1) de la *Loi sur les pêches* accorde des pouvoirs d'entrée et d'inspection dans le but d'assurer la conformité à la loi et aux règlements. Au bout du compte, la question à trancher, comme l'a déclaré le juge Binnie dans l'affaire *Nolet*, consiste à déterminer si les pouvoirs d'inspection des

16. *Supra* note 13.
17. *Supra* note 15.
18. *Ibid.*, par 45.
19. *Ibid.*
20. 2012 BCCA 167. Il est important de remarquer que cette affaire constituait une autorisation d'interjeter appel auprès de la BBCA, et que celle-ci a été refusée. [*Mission*]
21. *Supra* note 11.

officiers conférés par la loi ont été exercés de façon raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances[22].

La jurisprudence entourant l'article 8 de la Charte et l'utilisation des pouvoirs d'inspection par les agents de l'environnement continueront de mettre l'avocat de la Couronne au défi. Il faut comprendre que l'affaire Jarvis est toujours considérée comme valable. Le défi de l'avocat de la Couronne consiste à comprendre quels critères il faut employer à la lumière des faits et de la législation concernée. Cela aura des incidences étroites sur la manière dont l'avocat de la Couronne peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour approuver des chefs d'accusation, car une violation de la Charte peut mener à l'exclusion d'éléments de preuve essentiels au maintien d'une condamnation.

Les défenses possibles

L'évaluation de routine par l'avocat de la Couronne doit comprendre un examen approfondi des moyens de défense à la disposition du contrevenant. En théorie, même si l'avocat de la Couronne doit considérer les éléments de preuve disponibles au moment où elles sont présentées par l'enquêteur, cela n'est pas toujours possible dans le domaine de l'environnement. Ce serait le cas par exemple d'un rapport d'expert car celui-ci pourrait être fourni à l'avocat de la Couronne après que les chefs d'accusation ont été approuvés. Dans de tels cas, l'avocat de la Couronne doit considérer les défenses susceptibles d'être plausibles pour l'accusé ou encore, des défenses qui ont été portées à l'attention de la Couronne avant l'approbation des chefs d'accusation. Par exemple, si une preuve crédible porte à croire que le défendeur a fait tout son possible pour éviter de commettre l'infraction, il semblerait alors que la défense de la diligence raisonnable serait une option pour le défendeur, ce qui fait que la possibilité de condamnation serait réduite. Il existe plusieurs défenses plausibles qui auront des incidences sur le pouvoir discrétionnaire de l'avocat de la Couronne :

- la diligence raisonnable[23] ;
- la défense d'impossibilité (*act of God*)[24] ;
- la science par opposition à la loi (science adéquate)[25] ;
- l'erreur provoquée par une personne en autorité[26].

---

22. *Mission*, *supra* note 20, par 40.
23. *R* c *Gemtec Ltd*, (2007) 321 NBR (2d) 200 (CA NB).
24. *R* c *Williams Operating* (2008), CanLII 48148 (CS Ont) – La Cour provinciale de l'Ontario a considéré qu'une chute de pluie qui se produit une fois en 100 ans est un cas de force majeure.
25. *R* c *Weyerhaeuser* (2007), CJ ON [inédit] – La Cour de justice de l'Ontario a conclu que les écarts qui existaient entre les experts du point de vue scientifique ne permettaient pas de justifier une condamnation.
26. L'une des affaires les plus importantes en matière d'erreur provoquée par une personne en autorité est celle de *Lévis (City)* c Tétreault*; Lévis (Ville) c. 2629-4470 Québec inc.,* 2006 CSC 12 – et comprenant

L'INTÉRÊT PUBLIC

Si la preuve suffit à intenter ou à continuer d'intenter des poursuites, l'avocat de la Couronne doit considérer si, à la lumière de la preuve, la poursuite va dans l'intérêt du public. Le sens de l'expression « intérêt public » a fait l'objet d'un examen par Sir Hartley Shawcross, c.r. (ancien procureur général de l'Angleterre) :

> [TRADUCTION] Dans notre pays, il n'y a jamais eu de règle – et j'ose espérer qu'il n'y en aura jamais – voulant que toute infraction criminelle fasse nécessairement l'objet de poursuites. En effet, le premier règlement régissant la charge du directeur des poursuites publiques prévoyait que celui-ci ne devait […] entamer des poursuites que si l'infraction ou les circonstances entourant la perpétration de l'infraction étaient telles que l'intérêt public exigeait que des poursuites soient intentées. De nos jours, ce facteur prévaut encore[27].

Dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'avocat de la Couronne, un certain nombre de facteurs différents peuvent lui venir en aide lorsqu'il doit décider si des poursuites doivent être intentées ou non. En théorie, plus l'infraction est grave, plus l'intérêt public aura du poids sur ce pouvoir discrétionnaire. Cela dit, cela ne signifie pas que les infractions moins graves doivent être assorties d'un seuil moins élevé. L'avocat de la Couronne qui consulte l'enquêteur est mieux en mesure de déterminer si des poursuites seront intentées ou non, mais au bout du compte, la décision incombe au poursuivant.

Gravité ou trivialité de l'infraction présumée (*de minimis non curat lex*)

Dans la plupart des circonstances, l'avocat de la Couronne est tenu de considérer l'intérêt public même lorsque l'infraction présumée n'est pas grave. Cela dit, l'avocat de la Couronne peut être aux prises avec une série de facteurs qui laissent croire que le scénario des faits était trivial. La difficulté avec le principe *de minimis* est que la jurisprudence laisse entendre que *de minimis* ne s'appliquent pas dans le cas d'infractions contre le bien-être public ou dans les cas de responsabilité stricte. Dans l'affaire *R* c *Williams Operating*[28], le juge Platana a déclaré ce qui suit :

---

six éléments à cet égard, soit (1) la présence d'une erreur de droit ou d'une erreur mixte de droit et de fait ; (2) la considération par son auteur des conséquences juridiques de l'acte accompli ; (3) le fait que l'avis obtenu provenait d'une personne compétente en la matière ; (4) le caractère raisonnable de l'avis ; (5) le caractère erroné de l'avis reçu ; (6) l'accomplissement de l'acte sur la base de cet avis. Voir également, *R* c *Jorgensen*, [1995] 4 RCS 55, par 28-35.

27. UK, HC Debates, vol. 483, col 681, (29 janvier 1951).
28. *Williams Operating*, *supra* note 24.

> [TRADUCTION] Le juge d'instance a employé la maxime *de minimis non curat lex* pour déterminer que les quantités de substances déposées étaient tellement peu considérables qu'elles ne constituaient pas une infraction. J'accepte l'argument de l'appelant qui veut qu'en fonction des principes de *R.* c *Sault Ste. Marie*, *R.* c *Goodman* et *R.* c *Croft*, *de minimis* ne s'applique pas aux infractions contre le bien-être public ou aux infractions de responsabilité stricte[29].

Essentiellement, on pourrait soutenir qu'une goutte d'huile dans une grande nappe d'eau contenant des poissons pourrait faire l'objet de poursuites[30]. La question à trancher consiste à déterminer si l'intérêt public est satisfait dans de tels cas. Il devient alors difficile d'équilibrer l'intérêt public et l'application du principe *de minimis* aux poursuites environnementales[31]. Cela ne peut se faire qu'en fonction de chacun des cas, tout dépendant des faits et des circonstances générales.

Importantes circonstances atténuantes ou aggravantes

Vraisemblablement, le comportement d'un accusé aura des incidences sur la façon dont un avocat de la Couronne exercera son pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une poursuite[32]. Par exemple, si l'accusé prend des mesures correctives à l'emplacement visé peu après avoir commis l'infraction, ce comportement sera considéré comme un facteur atténuant quand vient le temps de déterminer s'il y a lieu d'intenter une action ou de déterminer la peine. Par contre, dans le cas d'un accusé qui a enfreint la loi en toute connaissance de cause, parce que c'est pour lui la rançon des affaires, ces circonstances seraient aggravantes.

C'était en fait le cas dans l'affaire *R* c *Ivy Fisheries*[33], où la Cour a imposé une amende de 650 909 $ pour avoir pêché du thon à l'encontre des conditions du permis. De ce montant, la somme de 625 909 $ a été versée en vertu de l'article 79 de la *Loi sur les pêches* qui a trait aux amendes supplémentaires. La Cour a déclaré qu'une amende supplémentaire s'imposait afin de neutraliser le produit de la vente qui a résulté de l'infraction aux conditions du permis.

---

29. *Ibid.*, par 86.
30. Le déversement d'huile pourrait être considéré comme une substance nocive, ce qui est interdit en vertu de l'art 36(3) de la *Loi sur les pêches*, *supra* note 11.
31. Dans divers cas, on a déterminé que le principe *de minimis* ne s'applique pas aux infractions de responsabilité stricte – *R* c *Williams Operating*, *supra* note 24 ; *R* c *Croft*, (2003) NSCA 109, 218 NSR (2d) 184 ; *R* c *Goodman*, [2005] BCJ No 542 (CP (Div Crim) CB).
32. Autres facteurs à considérer : le degré de responsabilité allégué de l'accusé vis-à-vis de l'infraction, les condamnations antérieures, les cas de non-conformité se rapportant à d'autres situations.
33. (2006) 245 NSR (2d) 381 (CP).

LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

L'un des objectifs de la poursuite environnementale ne consiste pas nécessairement à obtenir une amende pour l'accusé. Par exemple, dans certains cas, l'avocat de la Couronne devrait être guidé par la restauration du site en question, de sorte que l'environnement reviendrait à son état originel, comme s'il n'y avait pas eu d'infraction. De plus, l'avocat de la Couronne doit comprendre quel type de peine est approprié en fonction des faits. Autrement dit, est-ce que l'infraction correspond à l'amende ? Il arrive que certaines lois sur l'environnement soient assorties d'une jurisprudence abondante qui aidera la Couronne dans de telles circonstances, mais ce n'est pas toujours le cas. Cette dernière considération impliquera que la Couronne devra essayer de décider s'il vaut la peine d'intenter des poursuites puisque l'amende risque d'être peu élevée. C'est le cas par exemple lorsque l'avocat de la Couronne a le mandat de décider s'il y a lieu d'intenter des poursuites ou non quand l'allégation a trait au déversement d'une goutte d'huile dans une grande nappe d'eau.

Ces décisions doivent être fondées sur l'intérêt public. Toutefois, on comprend dans ces cas que la décision de l'avocat de la Couronne peut être influencée par la possibilité d'une amende peu élevée. Je ne laisse pas entendre que le montant des amendes est le seul facteur à considérer dans de tels cas. Cependant, il s'agit certainement d'un facteur que l'avocat de la Couronne ne pourra pas négliger, tout dépendant des circonstances. Voici d'autres facteurs que l'avocat de la Couronne peut prendre en considération :

- les faits justifient-ils une amende peu élevée, au point où une poursuite n'en vaut pas la peine ?
- la Cour demandera-t-elle des détails techniques à la lumière des mesures de remise en état qu'elle serait susceptible d'ordonner ? (en vertu de l'art. 79.2 de la *Loi sur les pêches* par exemple) ;
- réparations – la Cour exigera-t-elle des réparations, en plus d'une peine distincte ? (La *Loi sur les pêches* justifie des peines distinctes en vertu des articles 40, 79 et 78 ainsi que des réparations en vertu de l'article 79.2) ;
- l'affaire établira-t-elle un mauvais précédent (de mauvais faits peuvent créer de mauvaises lois) ?

Solutions de rechange aux poursuites

Dans certains cas, l'avocat de la Couronne peut déterminer qu'il en va de l'intérêt du public d'intenter des poursuites. Cela dit, il ne s'agit pas nécessairement du meilleur plan d'action dans toutes les circonstances. Advenant que ce soit le cas, l'avocat de la Couronne peut considérer des solutions de rechange

aux poursuites. La disponibilité des solutions de rechange dépendra des faits de chaque affaire ainsi que de la législation en question.

Les circonstances peuvent inclure l'utilisation de mesures correctives[34] en vertu de la *Loi sur les pêches* afin qu'une substance nocive cesse de s'infiltrer dans les eaux fréquentées par les poissons. En vertu de la *Loi sur les pêches*, l'autorité dont il est question ci-dessus ne peut être établie que par un agent des pêches désigné ou un inspecteur. Dans de tels cas, l'avocat de la Couronne pourrait décider qu'une telle ordonnance suffit et qu'une poursuite en vertu des interdictions générales[35] ne serait pas justifiée.

De plus, selon le paragraphe 717(1) du *Code criminel*[36], il est possible de considérer le recours à une mesure de rechange dans certaines circonstances. En effet, l'avocat de la Couronne peut considérer ces mesures lorsque certaines conditions sont satisfaites. De même, des mesures de rechange peuvent être considérées si elles relèvent de la loi en vertu de laquelle des accusations ont été portées. Par exemple, l'article 296 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*[37] offre à l'avocat de la Couronne l'option de prendre des mesures de rechange seulement si celles-ci ne vont pas à l'encontre des objectifs de la loi et si les conditions établies en vertu de l'article ont été satisfaites.

CONCLUSION

Ce chapitre a tenté d'examiner le rôle d'un avocat de la Couronne et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En particulier, il s'est penché sur les défis inhérents aux poursuites environnementales. Il est clair que l'avocat de la Couronne fait face à de nombreux défis lorsque vient le temps de décider comment exercer ce pouvoir discrétionnaire unique. On peut soutenir que les affaires environnementales sont empreintes de certains défis inhérents qui peuvent avoir des incidences sur le pouvoir discrétionnaire visant à déterminer si des poursuites s'imposent ou s'il y a lieu de continuer une affaire. Malgré la présence de ces défis, il existe une jurisprudence qui peut aider la Couronne à déterminer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

---

34. *Loi sur les pêches*, *supra* note 11, art 38(7.1).
35. *Ibid.*, art 36(3) – interdiction générale de dépôt de substances nocives.
36. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.
37. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, LC 1999, c 33.

Chapitre 15

La négligence réglementaire dans le droit de l'environnement

Lynda Collins

Le Canada est doté d'un régime de réglementation solide en matière de droit de l'environnement, allant des règlements municipaux aux lois nationales sur la pollution adoptées par le gouvernement fédéral. Le droit de l'environnement touche à l'ensemble des enjeux environnementaux, ce qui comprend la gestion des déchets, des substances toxiques, des ressources naturelles, ainsi que la pollution de l'air, du sol et de l'eau. Par ailleurs, les Canadiens bénéficient des efforts déployés par des milliers de fonctionnaires spécialisés qui œuvrent au sein des divers ministères de l'environnement et des ressources naturelles à l'échelle du pays, ce qui comprend des procureurs. Malgré ces efforts remarquables, la performance environnementale du Canada fait piètre figure comparativement à celle d'autres pays développés. Selon diverses données alarmantes, la présence de polluants dangereux continue d'y persister au sein de l'environnement et du corps humain[1]. L'une des raisons de la divergence entre les objectifs stipulés dans les lois canadiennes sur l'environnement et la réalité de la contamination à grande échelle est la non-application des lois environnementales au Canada.

1. Voir de manière générale la publication du Bureau du vérificateur général intitulée *Rapport de la commissaire à l'environnement et au développement durable – 2004* (Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2004) ; Jana Neuman et al, *Toxic Nation : A Report on Pollution in Canadians* (Toronto : Environmental Defence, novembre 2005) ; OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Canada* (Paris : publications de l'OCDE, 2004).

Le présent chapitre porte sur la responsabilité civile des gouvernements en raison de la non-application des lois environnementales, et met un accent particulier sur la négligence. Il y a lieu de remarquer dès le départ qu'en l'absence de preuve de malveillance ou d'acte répréhensible, les décisions spécifiques à la poursuite en justice ou non d'un pollueur pour un incident donné ne relèvera probablement pas de la responsabilité délictuelle étant donné l'important pouvoir discrétionnaire accordé à la prise de décisions en matière de poursuites[2]. Cependant, il arrive souvent que les demandeurs dans le cadre d'affaires relatives à la non-application des lois environnementales fondent leurs réclamations en responsabilité civile délictuelle sur les incidences cumulatives d'une série d'actes et d'omissions qui entraînent des dommages. Dans le cadre de ces affaires, les réclamations se fondent sur l'affirmation selon laquelle si le gouvernement pouvait choisir discrétionnairement l'instrument de réglementation dont il voulait se prévaloir, il avait également une obligation de prudence et de diligence en matière de réglementation des entreprises polluantes[3].

POURQUOI POURSUIVRE LE GOUVERNEMENT EN JUSTICE ?

Les poursuites contre les gouvernements constituent un aspect significatif du droit et de la responsabilité civile délictuelle. Puisque le gouvernement jouit de la capacité unique de réglementer tant les caractéristiques des produits que les émissions de contaminants, il est particulièrement exposé à la responsabilité civile délictuelle en la matière. Dans le domaine de l'environnement par exemple, le gouvernement est le seul acteur qui peut exercer une influence considérable sur la qualité de l'air ambiant ou de l'eau dans une région donnée. Considéré individuellement, un émetteur n'est qu'un simple contributeur au problème pris dans son ensemble. Par conséquent, si la maladie dont est affligé un demandeur découle de l'accumulation d'émissions dans l'air ou dans un bassin hydrographique donné, il ne serait pas surprenant qu'un recours soit intenté auprès de l'organisme de réglementation. De même, lorsqu'un gouvernement a approuvé l'utilisation d'un certain produit alimentaire ou pharmaceutique toxique, il arrive souvent que les demandeurs ajoutent l'organisme de réglementation comme codéfendeur, au même titre que le fabricant du produit. En plus de leur responsabilité réglementaire, les gouvernements réalisent également des projets d'infrastructure et d'autres activités à grande échelle

2. Voir, par exemple, *Pearson* c *Inco*, (2002) 115 ACWS (3d) 564 [*Pearson (2002)*] ; *Werring* c *British Columbia*, [1997] BCJ nº 2952 (QL) ; *Ernst* c *Alberta (Energy Recourses Conservation Board)*, 2014 ABCA 285, confirmé (2017 CSC 1) [*Ernst*] ; *MacQueen* c *Sidbec Inc*, 2006 NSSC 208 [*MacQueen*].
3. Voir, par exemple, *Procureur général du Québec* c *Girard*, [2003] JQ nº 9105, par 414, 417-419.

(comme la production d'énergie) qui peuvent se traduire par des pertes pour les particuliers et, par conséquent, engager leur responsabilité civile délictuelle[4].

Bien qu'il soit possible, en théorie, de soutenir diverses causes d'action civile contre les organismes de réglementation environnementale (y compris par exemple les nouvelles théories à l'égard de l'abus de confiance du public et des dommages et intérêts en vertu de l'article 24 de la Charte pour la violation des droits environnementaux), le recours en responsabilité civile délictuelle, le plus courant contre le gouvernement se rapporte à la négligence. Le délit de négligence comprend les éléments de l'obligation de diligence, de la violation de la norme de diligence applicable, de la causalité de fait, de la causalité directe (c'est-à-dire l'absence d'éloignement) et de la perte réelle. Les éléments de la causalité, de l'éloignement et de la perte réelle sont généralement constants dans les actions en négligence du gouvernement, par opposition aux poursuites qui n'impliquent que des parties privées. Bien que l'analyse de la norme de diligence du gouvernement soit relativement unique, la caractéristique la plus distinctive de l'action en négligence gouvernementale réside dans l'analyse des obligations.

L'obligation de diligence implique une enquête en deux étapes. Pour commencer, cette enquête cherche à déterminer s'il y a une obligation *prima facie* du défendeur envers le demandeur et ensuite, elle cherche à savoir si ladite obligation devrait être écartée ou restreinte à la lumière de considérations politiques. La première étape comprend le critère de prévisibilité du dommage et de la proximité, et c'est ce dernier facteur qui a le plus souvent réussi à mettre en échec les actions en négligence contre les gouvernements. Souvent, les tribunaux soutiennent qu'il n'existe pas de relation de proximité suffisante entre l'organisme de réglementation et le demandeur parce qu'il n'y a pas de différence entre le demandeur et le grand public du point de vue de la réglementation mise en place par l'organisme en question. C'était le résultat dans l'affaire *Cooper* c *Hobart*[5], et c'est ce qui a vraisemblablement permis de mettre en échec un certain nombre de réclamations importantes en matière de responsabilité civile délictuelle contre le gouvernement. Dans le cadre de réclamations concernant le virus du Nil occidental, le Syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) et la réglementation des médicaments et des appareils médicaux, les tribunaux ont refusé d'affirmer que l'obligation légale générale de l'organisme de réglementation s'était transformée en obligation de droit privé envers le demandeur en cause.

---

4. Voir, par exemple, *Sydney Steel Corporation* c *MacQueen*, 2013 NSCA 5, par 6-7.
5. *Cooper* c *Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 RCS 537.

Dans *Eliopoulos* c *Ontario*[6], par exemple, la Cour d'appel a déterminé que l'Ontario n'avait aucune obligation de diligence relevant du droit privé envers M. Eliopoulos, qui est décédé du virus du Nil occidental après s'être fait piquer par un moustique[7]. Les demandeurs avaient soutenu que puisque le gouvernement avait conçu un plan pour empêcher que le virus ne se propage, mais que M. Eliopoulos était tout de même tombé malade, il s'agissait là d'un échec opérationnel dont le gouvernement devrait en être tenu responsable. Statuant qu'il s'agissait là d'une nouvelle obligation de diligence, la Cour était prête à assumer le facteur de la prévisibilité, mais elle a estimé qu'il n'y avait pas de facteur de proximité puisque les pouvoirs légaux du gouvernement de l'Ontario[8] devaient être exercés dans l'« intérêt du grand public » et non pas d'un individu en particulier[9]. En ce qui a trait aux incidences politiques dans leur sens le plus large (le deuxième aspect d'*Anns* et *Cooper*), [TRADUCTION] « l'imposition d'une obligation de diligence relevant du droit privé […] aurait pour effet de placer un fardeau déraisonnable et indésirable sur l'Ontario, fardeau qui entraverait la prise de décisions judicieuses dans le domaine de la santé publique. Les priorités en matière de santé publique devraient être fondées sur l'intérêt du grand public[10] ». Des raisonnements et des résultats semblables ont été obtenus dans le cadre de plusieurs affaires se rapportant au SRAS[11] et à la réglementation de médicaments ou d'appareils médicaux[12].

Certains tribunaux se sont concentrés sur la loi habilitante de l'organisme de réglementation comme seule source potentielle de proximité et ont conclu que « there is no sufficient proximity in the circumstance of a regulatory failure to enforce a statute or regulation of public rather than private interest[13] ». Les requêtes en lien avec la non-application de la réglementation ont été rejetées sur

---

6. *Eliopoulos* c *Ontario*, (2006) 82 OR (3d) 321 (CA) [*Eliopoulos*], autorisation d'interjeter appel refusée [2006] CSCR No 514.
7. *Ibid.*, par 12 : « There is plainly no category of cases that supports the respondents' assertion that Ontario owes a private law duty to protect all persons within its boundaries from contracting a disease ».
8. En vertu de la *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, LRO 1990, c H.7.
9. *Eliopoulos*, *supra* note 6, par 17 et 20.
10. *Ibid.*, par 33.
11. Voir, par exemple, *Williams* c *Canada (Procureur général)*, 2009 ONCA 378, 310 DLR (4e) 710, autorisation d'interjeter appel refusée [2009] CSCR nº 298 ; *Abarquez* c *Ontario* (2005), 257 DLR (4e) 745 (CS Ont), modifié en appel 2009 ONCA 374, 310 DLR (4th) 726 ; *Jamal Estate* c *Scarborough Hospital – Grace Division*, [2005] OTC 726 (CS Ont), modifié en appel 2009 ONCA 376, 95 OR (3d) 760.
12. *Klein* c *American Medical Systems Inc*, (2006) 84 OR (3d) 217 (Cour div Ont) [*Klein*] ; *Attis* c *Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 ONCA 660, 93 OR (3d) 35, autorisation d'interjeter appel refusée [2008] CSCR nº 491 (réglementation gouvernementale sur les implants mammaires – effet paralysant sur le mandat de la santé publique et spectre de responsabilité indéterminée si le gouvernement doit être garant de la santé publique).
13. *MacQueen*, *supra* note 2, par 48.

cette base dans le cadre des recours collectifs sur l'environnement, dans *Pearson* c. *Inco* (contamination émanant d'une raffinerie de nickel) et *MacQueen* c *Sidbec Inc*[14] (bassins bitumineux à Sydney). Cependant, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada laisse supposer que les facteurs à considérer dans l'évaluation de la proximité vont au-delà des lois pertinentes et comprennent « l'examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d'autres intérêts en jeu[15] ». Une série d'affaires met en lumière le rôle des déclarations du gouvernement dans l'établissement de la relation de proximité ; bien que ces affaires ne soient pas spécifiquement environnementales, elles clarifient les principes généraux à appliquer dans l'évaluation de la proximité dans les poursuites en matière de négligence.

Dans *Sauer* c *Canada*, les éleveurs bovins ont subi des pertes en raison de l'apparition de la « maladie de la vache folle » au sein des troupeaux canadiens. Les demandeurs soutenaient que le gouvernement fédéral avait fait preuve de négligence en continuant de permettre l'ajout de restes de ruminants aux aliments pour le bétail. La Cour a conclu qu'il y avait proximité, soulignant en particulier les nombreuses communications publiques du Canada affirmant qu'il réglemente les aliments pour le bétail dans le but de protéger les éleveurs commerciaux, entre autres[16]. Dans *Taylor* c *Canada*[17], le juge Cullity a autorisé un recours collectif intenté par des demandeurs qui avaient été blessés par des implants temporomandibulaires. Le juge Cullity, s'appuyant en partie sur le jugement rendu par la Cour en 2007 dans l'affaire *Sauer*, a conclu qu'eu égard aux faits présentés, il existait une proximité suffisante entre les parties pour satisfaire à l'exigence de l'obligation de diligence. En 2008, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels dans *Drady* c *Canada (Ministre de la Santé)*[18] se rapportant à des implants temporomandibulaires, ainsi que dans *Attis* c *Canada (Ministre de la Santé)*[19] se rapportant à des implants mammaires. La Cour avait refusé de rechercher la proximité dans ces cas, les distinguant de l'affaire *Sauer* en ce sens que le gouvernement n'avait pas présenté le même genre d'arguments que dans le cas des éleveurs de bovins de l'affaire *Sauer*. La Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'appel dans les deux cas. Dans la décision rendue en 2009 dans l'affaire *Knight* c *Imperial Tobacco Canada Limitée*[20], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'allégation de proximité contre le gouvernement fédéral était suffisante dans le cadre d'une poursuite

14. *Pearson* et *MacQueen*, *supra* note 2.
15. *Cooper*, *supra* note 5, par 34.
16. *Sauer* c *Canada (Procureur général) et al*, 2007 ONCA 454, par 62.
17. *Taylor* c *Canada (Procureur général)*, 2011 ONCA 181.
18. (2008) 300 DLR (4th) 443 (CA Ont).
19. (2008) 93 OR (3d) 35 (CA).
20. (2009) 313 DLR (4th) 695 (CA CB).

fondée sur des déclarations inexactes faites par négligence et sur le développement négligent de variétés de tabac pour les cigarettes douces et légères.

En 2010, à la lumière d'une requête visant à retirer un agrément dans l'affaire *Taylor*, le juge Cullity a conclu qu'il ne pouvait pas faire de distinction entre les plaidoiries faites devant lui et celles des affaires *Attis* et *Drady*, après quoi il a rejeté la déclaration des demandeurs avec autorisation de modifier. Par la suite, le juge Cullity a confirmé la nouvelle déclaration de *Taylor*, qui alléguait que Santé Canada avait émis diverses déclarations affirmant que la réglementation régissant les appareils médicaux visait à protéger des consommateurs particuliers comme les demandeurs. Et enfin, dans le cadre de l'appel dans l'affaire *Knight* c *Imperial Tobacco*, la Cour suprême du Canada a déterminé que le Canada n'avait pas d'obligation de diligence *prima facie* envers les consommateurs pour des cigarettes à faible teneur en goudron. La loi n'imposait pas d'obligation de droit privé, il n'y avait pas d'interactions spécifiques entre le Canada et les personnes membres du recours collectif, et les déclarations du Canada au grand public relativement aux caractéristiques des cigarettes légères ne suffisaient pas[21].

Afin de tenter de mettre en cohérence les décisions disparates dans la jurisprudence sur la négligence réglementaire, la Cour d'appel de l'Ontario a accepté un cas particulier dans l'affaire *Taylor* qui s'interrogeait sur les allégations nécessaires pour établir un argument de proximité valable dans le cadre d'un recours en négligence réglementaire. Dans les motifs de sa décision rendus en juillet 2012, la Cour a expliqué que dans le cas de recours en négligence réglementaire, [TRADUCTION] « l'enquête relative à la proximité se concentrera tout d'abord sur l'aspect législatif et ensuite, sur les interactions, s'il y a lieu, entre l'organisme de réglementation ou l'autorité gouvernementale et le demandeur putatif[22] ». Si la loi applicable impose ou exclut une obligation de diligence relevant du droit privé[23], l'analyse s'arrête là. Si la loi laisse la question de la responsabilité délictuelle ouverte, la Cour passe ensuite à l'examen de l'interaction entre les parties[24]. La Cour a fait remarquer que lorsque l'on conclut, dans le cadre d'une affaire, qu'il y a un facteur de proximité, cela implique qu'il existe une relation avec le demandeur qui est [TRADUCTION] « distincte de la relation qui existe entre l'organisme de réglementation et cette partie du grand public affectée par le travail de l'organisme de réglementation, et qui est plus directe que cette relation[25] ». Ensuite, l'obligation de droit privé

21. *R* c *Imperial Tobacco Canada Limitée*, [2011] 3 RCS 45, par 49-50.
22. *Taylor* c *Canada (Procureur général)*, 2012 ONCA 479, par 75 [*Taylor (2012)*].
23. *Ibid.*, par 77.
24. *Ibid.*, par 79.
25. *Ibid.*, par 80.

proposée ne doit pas aller à l'encontre des obligations publiques de l'organisme de réglementation[26]. La Cour a soutenu que l'existence d'affirmations particulières vis-à-vis du demandeur pourrait constituer une proximité, et ce facteur ne sera pas satisfait au moyen d'affirmations grand public relativement aux obligations publiques de l'organisme de réglementation[27].

Cependant, la Cour d'appel a précisé qu'il n'est pas nécessaire d'être en présence d'affirmations spécifiques envers le demandeur afin de conclure qu'il y a proximité, et que la Cour va considérer la totalité des interactions entre le demandeur et le défendeur, ce qui comprend les déclarations publiques du défendeur[28]. En se référant à la mise en garde du juge en chef McLachlin dans l'affaire *Imperial Tobacco* selon laquelle « dans les cas où on affirme que le lien étroit repose sur un acte et des rapports précis, il peut être difficile de rejeter une action à ce stade[29] », la Cour a confirmé la déclaration des demandeurs dans l'affaire *Taylor*. Elle a estimé que l'exigence de la proximité pouvait être remplie grâce à l'effet combiné des allégations selon lesquelles i) Santé Canada a affirmé à tort que certains implants avaient respecté les exigences réglementaires ; ii) Santé Canada a été mis au courant de la défectuosité des implants et des conséquences qu'ils avaient eu sur les patients ; iii) Santé Canada n'a pris aucune mesure adéquate à la lumière de ce fait ; iv) Santé Canada a constamment affirmé qu'il avait surveillé et assuré la sécurité des appareils médicaux ; et v) les demandeurs se sont fiés à ces arguments[30]. Les déclarations inexactes faites par Santé Canada quant à la conformité réglementaire des implants et le fait qu'il n'a pas pris de mesures correctives pour rectifier ces déclarations erronées étaient saillants. Les défendeurs n'ont pas demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario à la Cour suprême du Canada.

Dans l'affaire *Taylor*, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario mentionne qu'il y avait un lien de proximité parce que l'organisme de réglementation était au courant de l'existence d'une menace spécifique contre un groupe relativement petit et bien défini, et que le défendeur avait une obligation légale de surveiller et de protéger[31]. Cela suggère que dans le cadre d'affaires environnementales, la proximité s'établit vraisemblablement lorsque les demandeurs subissent un préjudice en raison d'une installation polluante particulière qui crée des risques prévisibles de préjudice à l'égard de ses voisins. Cela est particulièrement vrai lorsque le demandeur a sollicité des conseils ou des assurances auprès des organismes de réglementation et s'est fié à l'information

26. *Ibid.*, par 88.
27. *Ibid.*, par 95.
28. *Ibid.*, par 96.
29. *R* c *Imperial Tobacco Canada Limitée*, *supra* note 21, par 47, cité dans *Taylor*, *supra* note 22, par 103.
30. *Taylor* (*2012*), *ibid*, par 109.
31. Voir *Doe* et *Fullowka*.

fournie. Bien que le pouvoir discrétionnaire de poursuite lui-même ne puisse généralement pas faire l'objet d'un examen, une tendance à ne pas intenter de poursuites jumelée à l'absence de mesures de rechange efficaces pour mettre un frein à la pollution risque de conduire à la responsabilité. Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Fullowka*[32] laisse entendre que lorsque les autorités réglementaires ont visité un site et sont alors conscientes des risques et dangers existants, il est plus vraisemblable que la relation de proximité soit reconnue. Par conséquent, lorsqu'une installation en particulier affiche une tendance de non-conformité environnementale qui a des incidences sur une zone géographique donnée, il est probable qu'un facteur de proximité soit établi. Par ailleurs, lorsqu'un organisme de réglementation environnementale a non seulement omis de faire respecter les normes pertinentes relevant de lois ou de règlements, mais qu'il a aussi facilité le comportement nuisible en délivrant des permis en matière de pollution, l'argument de la proximité est encore plus fort[33].

Advenant que le demandeur franchisse l'obstacle de la preuve du lien de proximité, réussir à prouver la prévisibilité du préjudice physique n'est généralement pas problématique, et l'enquête passe à la deuxième phase de l'analyse *Anns-Childs*. Cette étape de l'examen de l'obligation de diligence porte sur les « considérations de politiques résiduelles », soit celles qui ne se rapportent pas à la relation entre les parties[34]. Un de ces facteurs a trait au caractère de la décision gouvernementale en cause. S'il s'agit d'une décision « de politique », alors aucune responsabilité n'est engagée. Par contre, si la décision est à caractère « opérationnel », l'obligation de diligence peut être maintenue[35]. Dans l'affaire *Brown* c *British Columbia (Minister of Transport and Highways)*, la Cour a statué que :

> Les véritables décisions de politique générale comportent des facteurs sociaux, politiques et économiques [et que] l'autorité publique s'efforce d'établir un équilibre entre l'efficacité et l'économie, dans le cadre de la planification et de la détermination préalable des limites de ses engagements et de leur mise en œuvre réelle. Les véritables décisions de politique générale seront habituellement dictées

32. *Fullowka* c *Pinkerton's of Canada Ltd*, 2010 CSC 5, [2010] 1 RCS 132, par 37-55 [*Fullowka*].
33. La prémisse d'une obligation de diligence de l'organisme de règlementation sur la base des obligations légales de surveillance et de protection en question dans *Fullowka* a récemment été réexaminée dans *Ernst*, *supra* note 2. Dans *Ernst*, la Cour d'appel de l'Alberta considérait l'affaire *Fullowka* comme une « anomalie » et notait au paragraphe 18 que reconnaître une obligation vis-à-vis des organismes de réglementation « would undermine the Board's ability to effectively address the general public obligations placed on it under its controlling legislative scheme ».
34. *Cooper*, *supra* note 5, par 37 ; voir aussi *Childs* c *Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 RCS 643, par 12.
35. Voir de manière générale « Tort, Democracy and Environmental Governance : Crown Liability for Environmental Non-Enforcement » (2007) *Tort L Rev* 107.

par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique[36].

En revanche, les décisions opérationnelles ont trait à « la mise en œuvre pratique des politiques ainsi formulées » et « sont habituellement le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable[37]. » Bien que la dichotomie politique-opérationnel ait fait l'objet de critiques prononcées selon lesquelles il s'agit d'une pierre de touche pour la responsabilité, les critères retenus pour la détermination de la négligence persistent au sein du droit canadien. Afin d'établir une responsabilité délictuelle pour la non-application de la réglementation environnementale, les demandeurs devront démontrer que l'organisme de réglementation était doté d'une politique visant à protéger l'environnement et (ou) à faire respecter les normes pertinentes, et que le défaut de réaliser ces objectifs était de nature opérationnelle et non pas attribuable à une décision de politique. Démontrer cela s'est avéré problématique pour les demandeurs dans les affaires précédentes.

Dans l'affaire *Pearson* c *Inco*[38], par exemple, le groupe de demandeurs a prétendu qu'en raison d'une réglementation négligente du ministère de l'environnement à l'égard d'une raffinerie de métaux d'Inco qui s'est étendue sur des décennies, les demandeurs avaient été exposés à des niveaux dangereux d'émissions atmosphériques et leurs propriétés avaient été contaminées. Dans le cadre d'une requête en radiation, la Cour a conclu que la réclamation des demandeurs contre la Couronne ne pouvait pas réussir parce qu'ils avaient omis d'alléguer que le ministère de l'environnement avait fait preuve de négligence dans la mise en application de toute « politique, pratique ou procédure » concernant Inco[39]. Avant l'audience concernant l'agrément, les demandeurs ont modifié leur réclamation pour alléguer, entre autres, que pendant la période visée, le ministère avait mené des centaines d'enquêtes sur la raffinerie et délivré plus de soixante-dix certificats d'approbation qui autorisaient les activités d'Inco[40]. Le ministère de l'environnement a effectivement concédé avoir délivré

---

36. *Brown* c *British Columbia (Minister of Transport and Highways)*, [1994] 1 RCS 420, par 38.
37. *Ibid.*
38. Voir *Pearson* (2002), *supra* note 2.
39. *Pearson* c *Inco*, [2001] OJ nº 4990, par 22 [*Pearson (2001)*]. Aussi dans *Cooper*, *supra* note 5, le juge Nordheimer a conclu que la proximité était insuffisante pour établir une obligation de diligence (*ibid,* par 30 à 31), mais a aussi soutenu que la réclamation en matière de négligence constituait une attaque inadmissible sur le manquement du ministère de l'environnement à adopter une politique particulière relativement à l'affaire *Pearson (2001)*, *ibid*, par 24. La conclusion de proximité n'était de toute évidence pas fatale pour les demandeurs ; et dans le cadre de la requête d'agrément subséquente, le juge Nordheimer a permis aux demandeurs d'aller de l'avant avec les réclamations de négligence modifiées. Voir *Pearson (2002)*, *supra* note 2, par 85 à 86 et 109.
40. *Pearson (2002)*, *supra* note 2, par 27.

des autorisations, réalisé des centaines d'enquêtes, reçu des plaintes du grand public, surveillé de près les émissions provenant d'Inco et [TRADUCTION] « encouragé Inco à diminuer ses émissions dans l'atmosphère et dans l'eau, soit de manière volontaire, soit par des moyens réglementaires comme des ordonnances de réglementation[41] ».

Bien que la Cour ait accepté les réclamations fondées sur l'application négligente de politiques d'inspection, d'autorisations etc., elle a refusé la cause d'action fondée sur le manquement du ministère de l'environnement à faire appliquer la *Loi sur la protection de l'environnement*[42]. En effet, la Cour a traité cette demande comme s'il s'agissait d'une remise en question du pouvoir discrétionnaire de poursuite et a déterminé qu'en l'absence d'une allégation de malveillance, la réclamation devait être déboutée[43]. Cependant, cette décision est antérieure à l'affaire *Fullowka*, et elle aurait pu être différente si cette autorité avait existé à ce moment-là.

CONCLUSION

Bien que les actions en négligence contre les organismes de réglementation échouent plus souvent qu'elles ne réussissent, la responsabilité pour la non-application de la réglementation environnementale reste un enjeu d'actualité. Particulièrement lorsque les organismes de réglementation échouent à protéger la qualité de l'environnement et autorisent une pollution nocive, les demandeurs pourraient plausiblement réussir à lever l'obstacle de l'obligation de diligence. En présumant qu'il pourrait y avoir d'autres éléments de preuve reliant une conduite déraisonnable à un préjudice qui en résulterait selon toute probabilité, la responsabilité s'ensuivrait. Pour l'instant, la responsabilité pour la non-application de la réglementation environnementale constitue toujours un nouvel aspect du droit canadien en matière de responsabilité.

---

41. *Ibid.*, par 62 à 65.
42. La Cour a aussi autorisé une demande en matière de fausse représentation négligente fondée sur les communications du ministère de l'environnement aux résidents, lesquelles suggéraient aux gens de la région que leur santé n'était pas menacée par les émissions de la raffinerie. Cependant, la Cour a déterminé qu'une telle réclamation n'était pas admissible à un recours collectif. Voir, *Ibid.*, par 66, 103.C. (iv) et 109 à 112.
43. *Ibid.*, par 86. Il est à noter, cependant, que la Cour a fini par rejeter la requête d'agrément.

Chapitre 16

Les décisions stratégiques en matière de poursuites relatives à l'environnement

Paul McCulloch et Danielle Meuleman[1]

LA NATURE DES INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES

La plupart des infractions environnementales sont de nature réglementaire. La raison d'être générale des lois de nature réglementaire consiste à protéger les intérêts du grand public et de la société, tel que l'a expliqué le juge Cory dans le jugement *R* c *Wholesale Travel Group Inc.* rendu par la Cour suprême en 1991 :

> Les lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public ou divers groupes importants le composant (les employés, les consommateurs et les automobilistes pour n'en nommer que quelques-uns) contre les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. La législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de

1. Paul McCulloch et Danielle Meuleman sont tous deux avocats à la Direction des services juridiques – Environnement, au ministère du procureur général de l'Ontario. Les commentaires et points de vue exprimés dans le présent chapitre sont ceux des auteurs et ne doivent pas être attribués aux ministères du procureur général ou de l'environnement de l'Ontario. Bien que les lois ou les politiques citées dans ce chapitre visent principalement l'Ontario, tous les sujets dont il est question sont généralement applicables aux régimes environnementaux en vigueur au sein de toutes les provinces, de tous les territoires et du gouvernement fédéral.

> condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence[2].

Les infractions réglementaires relèvent généralement du régime de responsabilité stricte pour lequel le procureur n'est pas tenu de prouver un élément moral. Plutôt, le procureur doit simplement prouver, hors de tout doute raisonnable, que le contrevenant est l'auteur de tous les éléments de l'infraction (*actus reus*). Ensuite, le fardeau de la preuve passe au défendeur, qui peut choisir d'établir une défense, la plus courante étant celle de la diligence raisonnable, ce qui signifie que le défendeur doit réfuter la présomption de négligence en établissant, selon la balance des probabilités, qu'il a fait preuve de prudence et de diligence pour prévenir la situation et empêcher que l'infraction ne soit commise[3]. Ce fardeau inversé joue un rôle important dans certaines des considérations stratégiques : quel est l'objet de l'enquête, quels sont les chefs d'accusation, qui faut-il inculper, qui aura juridiction pour le procès, quand faut-il présenter un plaidoyer de culpabilité, est-ce que la preuve est admissible, sur quoi ne peut pas s'appuyer la défense, et sans doute la question la plus importante, pourquoi la mise en accusation est-elle justifiée ? Tant le procureur que l'avocat de la défense doivent considérer ces questions pendant toute la durée de la poursuite, notamment à l'étape de l'enquête.

L'OBJET DE L'ENQUÊTE

Avant qu'une accusation ne puisse être portée, il doit exister une preuve suffisante permettant de démontrer qu'il existe des motifs valables et probables de croire qu'une infraction a été commise[4]. Généralement, ce seuil est atteint lorsque l'enquêteur ou l'inspecteur a recueilli suffisamment d'informations pour pouvoir se faire une opinion. Par conséquent, les premières décisions stratégiques ont trait au rassemblement de la preuve.

Les autorités chargées de l'application des lois sont mises au courant de diverses manières de la possibilité d'infractions, soit par le biais d'inspections aléatoires et ciblées visant à confirmer le respect des lois sur l'environnement, de plaintes reçues de la part du grand public, d'informations reçues d'autres organismes de réglementation, de mécanismes de déclaration volontaire et de dénonciateurs. La collectivité réglementée et l'autorité chargée de l'application des lois doivent être au courant de tout cela et être prêtes à réagir à chacune de ces situations.

---

2. *R* c *Wholesale Travel Group Inc*, [1991] JCS nº 79, par 129.
3. *R* c *Sault Ste Marie*, [1978] JCS nº 59, 2 RCS 1299 [*Sault Ste Marie*].
4. Voir l'art 23 de la *Loi sur les infractions provinciales*, LRO 1990, c P.33 [*LIP*].

Pendant une enquête, la collectivité réglementée fait généralement l'objet d'inspections sans mandat, et elle est obligée de fournir une panoplie de renseignements sur demande. De manière générale, les pouvoirs de l'inspecteur sont étendus et ils confèrent à l'organisme de réglementation le droit de pénétrer sur les lieux pour obtenir de l'information, prélever des échantillons, réquisitionner des documents et prendre des photos ou des enregistrements vidéo[5]. Advenant que la personne visée par l'inspection refuse l'entrée de sa propriété à l'inspecteur, elle pourrait être accusée d'entrave[6]. Le fait de fournir de l'information fausse ou trompeuse constitue également une infraction[7].

Cependant, à un moment donné, l'autorité chargée de l'application des lois peut outrepasser ses limites, lorsqu'au lieu de faire une inspection pour déterminer si une personne se conforme aux exigences réglementaires, elle se met plutôt à recueillir des éléments de preuve afin de procéder à une mise en accusation. La distinction entre l'inspection d'une part, et l'enquête d'autre part, peut être subtile, mais elle est néanmoins importante. Si la « raison prédominante » de l'utilisation de ces pouvoirs consiste à obtenir des éléments de preuve dans le but de porter une accusation, il se peut que le procureur ne puisse pas se servir de cette preuve (ou de la preuve qui découle directement de cette information), car l'utilisation de « super pouvoirs » dans le cadre d'une enquête pourrait être considérée comme une violation des intérêts privés d'une personne[8].

Il faut alors prendre une décision importante et déterminer quelle information peut servir de preuve en cas d'infraction, et quelle information est interdite parce qu'elle est inculpatoire et a été obtenue par le biais de l'utilisation des « super pouvoirs » une fois l'enquête commencée.

LES CHEFS D'ACCUSATION

Lorsque la décision d'aller de l'avant avec une enquête a été prise, l'enquêteur doit alors évaluer l'ampleur des infractions possibles et commencer à rassembler la preuve. Les infractions environnementales peuvent prendre plusieurs formes, dont voici les plus courantes :

- le non-respect d'ordonnances administratives ;
- l'omission d'obtenir les permis, licences ou approbations nécessaires ;

5. Voir l'art 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c E.19 [*LPE*].
6. *Ibid.*, art 184(1).
7. *Ibid.*, art 184(2).
8. La décision de principe relativement à l'information rassemblée à l'aide des « super pouvoirs » d'un organisme de réglementation prend racine dans l'affaire de la Cour suprême du Canada *R* c *Jarvis*, [2002] JCS nº 76, 3 RCS 757. Voir également à *R* c *Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 RCS 851 ; *R* c *Larsen*, 2012 Carswell, C-B 1101, 2012 BCCA 167.

- le non-respect des conditions d'un permis, d'une licence ou d'une approbation ;
- le défaut de tenir des registres ;
- le déversement de déchets sans autorisation ou dans un endroit ou cela est interdit ;
- les déversements qui dépassent les limites permises.

Voici un aperçu des infractions les plus graves :

- le déversement de contaminants qui produisent des effets nocifs ou nuisent à l'environnement ;
- l'omission de signaler les déversements, notamment accidentels ;
- l'entrave ;
- la présentation d'information fausse ou trompeuse ;
- les infractions impliquant des substances toxiques ou dangereuses ;
- la destruction d'habitat.

Une seule plainte, un seul incident ou une seule inspection peut mener au constat d'un ensemble d'infractions différentes, d'une seule infraction s'étendant sur une certaine période ou d'infractions distinctes commises au cours d'une même journée. Par conséquent, une fois qu'un enquêteur a déterminé qu'il dispose de motifs valables et probables, la prochaine étape importante consiste à décider du chef ou des chefs d'accusation. Les facteurs qui entrent en jeu dans cette décision sont les suivants : la gravité des infractions, le nombre d'infractions, la complexité de la preuve nécessaire pour prouver chaque chef d'accusation et le régime législatif qui entre en jeu. Par ailleurs, certaines lois sont assorties d'amendes minimales pour certaines infractions, et l'enquêteur peut considérer s'il doit porter une accusation pour une infraction plus grave ou une infraction moins grave (ce que le défendeur peut essayer d'influencer)[9].

QUI ACCUSER ?

Une autre décision stratégique consiste à considérer qui devrait être accusé ou encore, est-ce que la bonne personne a été inculpée. Certaines situations sont assez simples en ce sens qu'il n'y a qu'un seul contrevenant. Cependant,

9. Voir l'art 187 de la *LPE*, *supra* note 5, qui établit les amendes minimales pour certaines infractions. Les particuliers sont assujettis à des amendes minimum de 5 000 $/jour pour leur première infraction, de 10 000 $/jour pour leur deuxième infraction et de 20 000 $/jour pour toute infraction ultérieure et/ou à un emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans moins une journée. Dans le cas des entreprises, les amendes minimales commencent à 25 000 $/jour, jusqu'à concurrence de 100 000 $/jour.

les situations simples peuvent être rares. Dans la plupart des cas, il existe de nombreux faits complexes qui mettent en cause un certain nombre de parties possibles, ce qui est notamment le cas lorsqu'il y a des sous-traitants ou des arrangements entre des propriétaires et des locataires, ou encore, lorsqu'il s'agit de transactions composées d'étapes multiples, chacune des étapes étant menée à bien par une personne différente. Par exemple, des déchets dangereux peuvent être produits par une première personne, puis une deuxième personne peut avoir le mandat de les transporter, souvent jusqu'à un centre de transfert ou de traitement exploité par une troisième personne, où ils sont ensuite être ramassés par une quatrième personne qui les apporte au site d'élimination finale, lequel peut appartenir à une cinquième personne. Au bout du compte, si les déchets ont été mal gérés, s'ils ont été déversés accidentellement ou éliminés de manière inadéquate, il peut être très difficile de déterminer laquelle ou lesquelles de ces personnes est ou sont responsables de la situation.

Par ailleurs, comme en droit criminel, les infractions réglementaires ne limitent pas la responsabilité aux personnes qui commettent les infractions, mais l'étendent normalement aux parties impliquées d'une façon ou d'une autre, ce qui comprend les personnes qui sont venues en aide à celles qui ont commis l'infraction, qui sont complices, qui les ont conseillées ou qui leur ont trouvé quelqu'un pour les aider à commettre l'infraction. Cette extension de la responsabilité peut prendre racine dans l'acte procédural qui régit la législation[10]. Cela dit, de nombreuses infractions environnementales prévoient de multiples façons dont l'infraction peut être commise. À cela s'ajoute l'explication de la portée des termes « cause » et « permis », tel que soulevée dans le jugement de *Sault Ste Marie* faisant autorité en la matière. Dans le cadre de cette affaire, la ville de Sault Ste Marie avait été accusée de déverser des déchets dans un cours d'eau, ce qui avait eu pour effet de dégrader la qualité de l'eau et ce, même si la ville avait retenu les services d'une entreprise pour gérer ses déchets. L'infraction en question avait conduit la Cour à conclure que « est coupable d'une infraction toute municipalité ou personne qui décharge, dépose ou fait décharger ou déposer ou permet de décharger ou de déposer dans un cours d'eau ou sur une de ses rives, ou en tout endroit, des matières de quelque nature que ce soit qui risquent d'altérer la qualité de l'eau[11] ». Le juge Dickson avait fait remarquer que ce type de législation ne constituait pas un dédoublement, car il ne visait qu'une catégorie de contrevenants : ceux qui polluent[12].

En plus de ces dispositions générales qui élargissent la responsabilité – qui n'incluent pas seulement le contrevenant « actif », mais également les

10. *LPE*, *supra* note 5, art 77 et 78.
11. *Sault Ste Marie*, *supra* note 3, p. 1299.
12. *Ibid.*, p. 1309.

contrevenants « passifs » – de nombreuses lois environnementales imposent également aux administrateurs et aux dirigeants d'entreprises une obligation spécifique de prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que leur entreprise se conforme à ses responsabilités environnementales[13].

Lorsque le contrevenant est une entreprise, des considérations supplémentaires entrent en ligne de compte. La plupart des lois sur l'environnement stipulent que les actes d'un employé sont réputés être les actes de l'employeur[14]. Par conséquent, si un employé enfreint la loi dans le cadre de ses fonctions, il est possible de l'accuser, de même que l'entreprise. Une autre considération consiste à déterminer s'il faut aller de l'avant avec des poursuites judiciaires dans le cas d'une entreprise insolvable ou dissoute[15]. Puisqu'il est possible de redonner vie à une telle entreprise, une poursuite pourrait tout de même en valoir la peine, sans compter que si la poursuite aboutissait à une condamnation, la peine imposée à l'entreprise pourrait avoir un effet dissuasif pour les autres entreprises.

Cela signifie que l'enquêteur et le procureur doivent déterminer (et l'avocat de la défense peut désirer contester) qui est responsable de l'infraction, qui a pu contribuer à l'infraction, et si quelqu'un avait l'obligation légale d'empêcher la commission de l'infraction. L'ensemble de ces considérations permettra de déterminer qui devrait être inculpé.

LA JURIDICTION DU PROCÈS

Uniquement en Ontario, il existe une considération importante qui consiste à décider quel juge présidera au procès, soit un juge de paix ou un juge de la Cour provinciale. Les juges de paix sont saisis de presque toutes les affaires en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* (LIP). De manière générale, les affaires relevant de la LIP comprennent les infractions au Code de la route, aux règlements municipaux et d'autres infractions moins graves. Cependant, les affaires concernant les infractions environnementales, y compris celles qui sont susceptibles d'avoir des conséquences graves tant pour l'environnement que pour le défendeur, sont également saisies par les juges de paix, même si nombre

13. *LPE*, *supra* note 5, art 194.
14. *Ibid.*, art 192.
15. Pour un exemple de problèmes pouvant survenir à la fois pour les unités de poursuites environnementales et les organismes de réglementation provinciaux responsables de la surveillance environnementale, voir *Redwater Energy Corporation (Re)*, 2016 ABQB 278 concernant les conséquences pour le coût environnemental et/ou les dommages et intérêts dans les procédures d'insolvabilité engagées en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985 c B-3 [*LFI*], en particulier en ce qui concerne la primauté constitutionnelle des dispositions de la *LFI* sur la législation environnementale provinciale

d'entre eux n'ont pas reçu la formation juridique nécessaire avant d'être nommés juges.

De nombreuses lois donnent le droit au procureur de soumettre une affaire à un juge de la Cour provinciale au lieu d'un juge de paix[16]. Le défendeur peut également demander à ce que son dossier soit soumis à un juge de la Cour provinciale, bien qu'il ne s'agisse pas là d'un droit. Cependant, en raison de la différence entre le nombre d'affaires traitées d'une juridiction à l'autre, la période d'attente pour un procès devant un tel juge peut être beaucoup plus longue que devant un juge de paix. Par conséquent, dans la plupart des cas, le procureur n'exerce pas son droit d'opter pour un juge. Généralement, ce n'est que lorsqu'il y a des arguments complexes et/ou juridiques qui entrent en jeu, comme lorsqu'il y a un nouveau type de réglementation en vertu de la Charte ou des questions d'interprétation législative complexes, que le procureur fait ce choix.

LE PLAIDOYER

Un grand nombre des décisions stratégiques présentées ci-dessus surgissent dans le cadre des discussions entourant la résolution de l'affaire. Le procureur est obligé de divulguer tous les éléments de preuve qui sont en sa possession. À ce moment-là, il doit se préoccuper non pas de « gagner » ou de faire condamner le défendeur, mais plutôt de s'assurer que les éléments de preuve sont présentés de manière juste et conforme à la vérité[17]. Cependant, le procureur n'est pas nécessairement obligé de révéler exactement comment l'affaire se déroulera. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « les procès sont dynamiques et qu'au fur et à mesure qu'ils progressent, le poursuivant et la défense peuvent être obligés de réagir rapidement aux changements de stratégie[18] ». Sous réserve des règles de déontologie, l'avocat de la défense bénéficie pratiquement de toute la latitude nécessaire pour décider s'il divulguera à l'avance les éléments de preuve dont il a connaissance et les moyens de défense qui seront invoqués. D'une part, en fournissant cette information au procureur, il se peut que le défendeur bénéficie d'une meilleure résolution, sous la forme d'une amende moins élevée par exemple. Mais d'autre part, cela peut aussi permettre au procureur de mieux se préparer pour le procès.

La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (LCPE) énonce les objectifs fondamentaux de l'établissement des peines relatives aux infractions en vertu de cette loi, et il est permis de croire que les principes de

16. *LPE*, *supra* note 5, art 185.
17. *R* c *Boucher*, [1954] JCS No 54.
18. *R* c *Horan*, [2008] OJ No 3167 (CA), par 26.

l'article qui suit s'appliquent à presque toutes les infractions environnementales :

> La détermination des peines relatives aux infractions à la présente loi a pour objectif premier de contribuer, compte tenu des menaces nombreuses et graves auxquelles font face l'environnement et la santé humaine et de l'importance d'un environnement sain pour le bien-être des Canadiens, au respect des lois visant la protection de l'environnement et de la santé humaine. Cet objectif est atteint par l'imposition de sanctions justes visant ce qui suit :
>
> (a) dissuader le contrevenant et toute autre personne de commettre des infractions à la présente loi ;
>
> (b) dénoncer les comportements illégaux qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte à l'environnement ou à la santé humaine ; et
>
> (c) renforcer le principe du pollueur-payeur en veillant à ce que les contrevenants soient contraints de prendre des mesures d'assainissement et de rétablissement de l'environnement efficaces[19].

En plus de ces principes, la jurisprudence de même que diverses lois sur l'environnement énoncent un certain nombre de facteurs qui devraient être pris en considération dans la détermination d'une peine adéquate, notamment les dommages faits à l'environnement, la nature et l'étendue des dommages, si le contrevenant est un récidiviste, s'il éprouve des remords et si l'infraction s'est traduite par un gain financier[20]. L'état actuel de la conformité du défendeur constitue également un autre facteur à prendre en compte. Si l'accusation se rapporte à une infraction continue (comme une ordonnance de nettoyage d'un site ou l'obligation de fournir des dossiers au ministre) ou si le défendeur a constamment des problèmes de conformité (comme un site de transfert de déchets qui ne réussit presque jamais à stocker les déchets liquides industriels dans des zones désignées pour cela ou qui excède sa capacité de stockage, etc.), la situation continue de non-conformité ne joue alors pas en sa faveur. Dans de tels cas, le procureur peut refuser de négocier sur une peine moins élevée tant que le défendeur ne sera pas en état de conformité ou encore, il peut s'organiser pour obtenir une ordonnance de la Cour pour que le défendeur atteigne la conformité[21]. Le dédommagement peut également constituer une autre considération, en ce sens qu'il faut se demander s'il y a une victime innocente qui a payé pour les conséquences des actes du défendeur (par exemple, une municipalité qui a payé pour faire nettoyer le site d'un déversement illégal). Et enfin, puisque de nombreuses infractions environnementales peuvent être passibles

---

19. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), LC 1999, c P.33, art 287 [LCPE].
20. *Ibid.*, art 287.1 et *LPE*, *supra* note 5, art 188.1. Voir également *R* c *Bata Industries Ltd*, [1992] OJ nº 667.
21. *LPE*, *supra* note 5, art 190.

d'emprisonnement, le procureur doit évaluer si un emprisonnement est justifié ou si une ordonnance de probation serait adéquate.

Les négociations au sujet du plaidoyer peuvent aussi permettre d'atteindre d'autres objectifs. Souvent, le procureur va se servir du processus de négociation pour solliciter des admissions de la part du défendeur, ce qui a pour effet de limiter les questions litigieuses du procès. Un exposé de fait faisant l'objet d'un accord peut permettre de raccourcir le procès lorsque, par exemple, la seule question contestée est celle de la diligence raisonnable. Même lorsque les faits de l'*actus reus* sont contestés, il est souvent possible de convenir de certains faits tels que l'existence de l'entreprise, la propriété d'un bien immobilier et l'admissibilité de certains documents.

L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE

Les poursuites relatives à l'environnement ne diffèrent pas des autres procès. Inévitablement, elles impliquent une myriade de décisions tactiques concernant la présentation de la preuve, tant pour le procureur que pour la défense. Deux des sujets qui reviennent peut-être le plus souvent dans le cadre de poursuites relatives à l'environnement sont l'admissibilité des déclarations faites par les représentants du défendeur et la présentation des résultats de laboratoire.

La réglementation relative à l'environnement est assortie de nombreuses exigences de déclaration volontaire, et celles-ci sont généralement reconnues constitutionnelles dans un contexte réglementaire[22]. La question suivante surgit fréquemment : que doit-on faire lorsque la seule preuve d'une infraction a été fournie à l'autorité chargée de l'application des lois par le défendeur, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant ? De nombreux permis exigent des entreprises qu'elles vérifient régulièrement leurs émissions ou leurs déversements, et qu'elles présentent périodiquement des rapports à l'organisme de réglementation. Généralement, les résultats sont déclarés dans une lettre, mais cela dit, depuis un certain temps, les résultats peuvent être téléchargés dans une base de données sur un portail Web. Ces rapports peuvent contenir des résultats de laboratoire qui prouvent qu'une entreprise a dépassé les limites d'émissions permises, ce qui constitue une infraction.

Alors, comment le procureur doit-il procéder pour prouver cette infraction ? Une manière d'y parvenir consisterait à faire appel à tous les témoins qui ont participé au prélèvement de l'échantillon, à sa livraison au laboratoire et au test de l'échantillon. Dans un tel scénario, le procureur serait obligé de faire

22. *R* c *Fitzpatrick*, [1995] 4 RCS 154.

appel à un grand nombre de témoins : l'employé qui a prélevé l'échantillon, tous les employés qui ont été en contact avec cet échantillon en le manipulant ou le transportant au laboratoire ou peut-être même l'employé du service de courrier, la personne qui a reçu l'échantillon au laboratoire, tous les techniciens qui ont testé l'échantillon et l'analyste qui a signé le résultat final du test d'échantillon. Vraisemblablement, cet élément de preuve accaparerait plusieurs jours du procès. Une autre option consisterait pour le procureur à appeler un témoin : l'inspecteur qui a reçu la lettre et les résultats du laboratoire, suivi peut-être du responsable des questions environnementales de l'installation avec lequel les résultats pourront été discutés. La deuxième manière d'y parvenir est permise en vertu de la règle de preuve, qui autorise que les admissions faites par un représentant du défendeur puissent être présentées par une tierce partie (l'inspecteur)[23]. Il pourrait s'agir là d'une utilisation à bien meilleur escient du temps de procès, qui évite au procureur d'être obligé de faire appel à tous les employés du défendeur. Bien entendu, l'avocat de la défense peut contester cette manière de procéder au moyen d'un voir-dire : est-ce que le rapport a été fait à l'autorité chargée de l'application des lois par un représentant ou un employé autorisé à faire des aveux ? Est-il possible de prouver que les méthodes d'échantillonnage et de test des échantillons ne sont pas fiables ?

Tel que décrit ci-dessus, démontrer la fiabilité des résultats de laboratoire peut impliquer une grande quantité de preuve qui détaille la chaîne des événements au complet, à partir du moment où l'échantillon a été prélevé, le type de contenant, comment il a été manipulé et transporté, les méthodes de contrôle utilisées (échantillons multiples, échantillons témoins, échantillons de référence), la méthode d'analyse de l'échantillon qui a été employée, les méthodes de contrôle et d'assurance de la qualité utilisées au laboratoire ainsi que les qualifications et les antécédents des techniciens de laboratoire. Certaines lois sont assorties d'une règle de preuve qui dispense de la nécessité de fournir cette série de preuves lorsque le laboratoire ou le personnel répond à certaines qualifications, ce qui permet au procureur de ne présenter que le résultat du test à titre de preuve. Cependant, il incombe alors au défendeur de fournir une preuve contraire, s'il le désire. De plus, la plupart des résultats d'analyse ont des marges d'erreur. Il est rare qu'une poursuite soit intentée lorsqu'une limite est dépassée, mais qu'elle n'excède pas la marge d'erreur.

---

23. L'affaire originale reconnaissant cette exception à la règle du voir-dire est *R* c *Strand Electric Ltd*, [1968] OJ nº 1291 (CA) ; Voir également *R* c *Syncrude Canada Ltd*, [2010] AJ nº 421 (CP) pour un examen approfondi de cette exception.

CE QUI NE PEUT PAS FAIRE L'OBJET DE LA DÉFENSE

Une fois que le procureur a prouvé l'*actus reus* de l'infraction, il revient alors au défendeur d'échapper à sa responsabilité en présentant une défense valable. Bon nombre de ces défenses sont décrites dans les chapitres de cet ouvrage écrits par Ronda M. Vanderhoek et Jean Piette. Par conséquent, le présent chapitre se concentrera sur une défense qui n'est pas encore abordée dans l'ouvrage, à savoir l'attaque indirecte.

Les poursuites relatives à l'environnement peuvent se rapporter au manquement de se conformer aux exigences de divers instruments administratifs, comme les licences, les permis, les approbations, les ordonnances, les directives. Souvent, la loi qui régit ces instruments donne le droit à leur titulaire de faire appel ou demander l'examen de l'instrument s'il a l'impression que les conditions générales ne sont pas justes. Il est important que les titulaires se prévalent de ces droits d'appel. S'ils ne le font pas et que plus tard, il est estimé qu'ils ne s'étaient pas conformés à une certaine condition, le défendeur ne pourra pas contester le fondement de l'instrument en tentant de prouver qu'il était déraisonnable ou même que l'autorité chargée de l'application des lois n'était pas compétente pour imposer la condition en question. Le procureur pourra alors soutenir que la défense représente une attaque indirecte de l'instrument, s'appuyant ainsi sur la décision dans l'affaire *R* c *Consolidated Maybrun Mines Ltd*[24]. Dans le cadre de cette affaire, la Cour suprême avait énoncé cinq facteurs à considérer pour déterminer si une attaque indirecte devrait être permise, dont le plus important était le droit de la personne à aller en appel ainsi que la nature de l'organe d'appel. En Ontario, les appels à l'égard des licences et des ordonnances peuvent être soumis au Tribunal de l'environnement, un organe quasi judiciaire ayant un pouvoir décisionnel spécifique au domaine de l'environnement[25]. Il s'agissait là d'un facteur-clé pris en considération par la Cour suprême lorsqu'elle a déterminé qu'en vertu de la LPE de l'Ontario, l'intention du législateur était de faire en sorte que ce soit au Tribunal de l'environnement et non pas au juge pénal qu'il incombe de déterminer le caractère pertinent et raisonnable des approbations et des licences, dans le cadre d'une poursuite pénale. Le défendeur ne devrait pas garder ses objections pour lui et attendre de voir s'il y aura poursuite judiciaire.

---

24. [1998] 1 RCS 706, 158 DLR (4e) 193.
25. Il y a des tribunaux de même nature en Alberta et en Colombie-Britannique : l'Environmental Appeals Board et le British Columbia Environmental Appeal Board. Il y a également des tribunaux dans d'autres provinces qui s'occupent d'une vaste gamme d'enjeux environnementaux, tels que l'exploitation forestière, le pétrole et le gaz, les projets de production d'énergie et les décisions de planification.

Par conséquent, la décision stratégique clé consiste en réalité à déterminer s'il faut en appeler de l'approbation ou de l'ordonnance en premier lieu et, le cas échéant, de le faire dans les délais prescrits par la loi, s'il y a lieu. Si le défendeur ne se prévaut pas de son droit d'appel et qu'il ne se conforme pas à une obligation quelconque par la suite, il risque de ne plus avoir de décision à prendre au moment de la poursuite (sauf en ce qui a trait à ce que devrait être l'ampleur de la peine).

LA JUSTIFICATION DE LA MISE EN ACCUSATION

Certaines autorités chargées de l'application des lois solliciteront les conseils du procureur avant de porter des accusations, mais dans bien des cas, la décision incombe uniquement à l'inspecteur ou à l'enquêteur. Dans l'un ou l'autre des cas, c'est le procureur qui finit par déterminer si la poursuite aura lieu ou non. En Ontario, le ministère du procureur général est doté d'une politique d'examen des accusations qui sert à guider cette décision dans le cadre de toutes les infractions réglementaires. Les deux principaux facteurs à prendre en compte consistent à déterminer si les possibilités de condamnation sont raisonnables (niveau moins élevé que « hors de tout doute raisonnable ») et s'il y a des facteurs d'intérêt public qui jouent contre la poursuite.

La décision de porter une accusation constitue un moment clé de toute mesure d'application. Une fois que l'accusation est portée, elle met en marche la procédure quasi criminelle ainsi que tous les droits procéduraux qui en découlent. Parfois, ce processus peut être complexe et long, ce qui signifie que le procureur et l'avocat de la défense doivent prendre des décisions stratégiques afin de faire progresser l'affaire.

Chapitre 17

Les poursuites fédérales par opposition aux poursuites provinciales

Susan McRory

LE CONTEXTE DE LA DISCUSSION

Ce chapitre n'est pas un article académique ni une déclaration de politique. Cela fait maintenant 30 ans que je suis procureure de la Couronne provinciale en Alberta, et j'ai consacré les 20 dernières années exclusivement aux poursuites relatives à l'environnement. Pour moi, la question des compétences provinciales et/ou fédérales revêt donc un aspect très pratique. Des milliers de kilomètres d'oléoducs traversent la province, et les dates de péremption de ces pipelines remontent à il y a une vingtaine d'années. Lorsqu'il y a rupture de ces oléoducs ou déversement d'hydrocarbures dans des cours d'eau où se trouvent des poissons, la gravité de la situation est telle que les deux bureaux de procureurs de la Couronne doivent s'en mêler.

L'autre considération pratique, c'est qu'il n'y a pas suffisamment de procureurs de la Couronne pour gérer tous les dossiers. Du côté provincial, il y en a deux, soit moi-même et Peter Roginski, tandis que du côté fédéral, au bureau qui traite de toutes les infractions réglementaires, il n'y a que trois procureurs de la Couronne qui se spécialisent dans les infractions environnementales. De plus, ces procureurs sont parfois appelés à effectuer d'autres travaux d'ordre réglementaire. Par conséquent, en Alberta, nous ne pouvons pas nous permettre de ne pas bien nous entendre avec eux.

QUI EST LA COURONNE ? LA QUESTION JURIDIQUE

Je n'entends pas passer en revue la législation ou la jurisprudence concernant la juridiction de la Couronne. À partir des dossiers dont je me suis occupée, je peux vous dire trois choses avec certitude.

Premièrement, lorsqu'il y a un ensemble de chefs d'accusation d'ordre environnemental au niveau provincial de même que des accusations au titre du *Code criminel*, c'est simple : la législation provinciale adopte les dispositions du Code, et c'est le procureur de la Couronne provinciale qui est le procureur de la Couronne dans le cadre de la poursuite en vertu du *Code criminel*. L'article 2(a) stipule qu'est :

> Procureur général […] à l'égard des poursuites ou procédures visées par la présente loi, le procureur général ou le solliciteur général de la province où ces poursuites sont intentées ou ces procédures engagées […]

Deuxièmement, à moins que la loi fédérale n'affirme le contraire, pour les accusations en vertu de la législation fédérale sur l'environnement, c'est le procureur de la Couronne fédérale qui est compétent, ce qui a du sens quant à moi.

Et troisièmement, dans le cas d'une information déclarée sous serment par un simple citoyen, que les chefs d'accusation soient à caractère fédéral ou provincial, le procureur de la Couronne provinciale agit toujours à titre de procureur. Selon le *Guide du Service des poursuites pénales du Canada* :

> [L]a définition de l'art. 2 limite le pouvoir du procureur général du Canada d'intenter des poursuites à l'égard d'infractions prévues dans des lois fédérales autres que le Code criminel aux poursuites qui ont été engagées à la demande du gouvernement fédéral. Cela ne comprend pas les poursuites privées dans les provinces parce que de telles poursuites ne sont pas « engagées à la demande du gouvernement du Canada[1] ».

Fait intéressant, les premières poursuites relatives à l'environnement vraiment sérieuses dans la province étaient au départ des poursuites privées en vertu de la loi fédérale, après quoi celles-ci ont été prises en charge par la province.

Maintenant, je vais vous parler de choses dont je ne suis pas certaine. Il y a des dispositions très particulières dans le *Code criminel* qui semblent traiter d'éléments ne s'y rapportant pas. La lecture de l'article 579.1(1) permet de constater que la Couronne fédérale semble avoir un droit restreint d'intervention dans le cadre de lois fédérales autres que le *Code criminel*, et que même

1. *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Procureur général du Canada, 2014, section 5.9, p. 4.

dans le cas de poursuites fédérales, c'est la Couronne provinciale qui a le droit préférentiel quant à la décision d'intervenir ou pas. L'article 579.1(1) stipule ce qui suit :

> Le procureur général du Canada ou le procureur mandaté par lui à cette fin peut, si les circonstances suivantes sont réunies, intervenir dans toute procédure :
>
> (a) concernant une contravention à une loi fédérale autre que la présente loi ou à ses règlements d'application, une tentative ou un complot en vue d'y contrevenir ou le fait de conseiller une telle contravention ;
>
> (b) qui n'a pas été engagée par un procureur général ;
>
> (c) où le jugement n'a pas été rendu ;
>
> (d) à l'égard de laquelle n'est pas intervenu le procureur général de la province où les procédures sont engagées.

Et la disposition de l'article 579.01 du Code ajoute encore plus de confusion au processus :

> [s]'il intervient dans des procédures et ne les fait pas arrêter en vertu de l'article 579, le procureur général [du Canada] peut, sans pour autant assumer la conduite des procédures, appeler des témoins, les interroger et contre-interroger ou présenter des éléments de preuve et des observations.

Il est difficile de s'imaginer que l'assignation de témoins et les autres mesures fasse référence à autre chose que d'« assumer la conduite des procédures » justement, mais peu importe ce que cela signifie car je tiens à laisser ce débat juridique entre les mains de personnes plus compétentes que moi.

QUI DEVRAIT ÊTRE LA COURONNE ? LA QUESTION POLITIQUE

Pendant les années 1990, les représentants du gouvernement fédéral et ceux du gouvernement provincial ont collaboré à la rédaction d'un document de politique intitulé *Federal/Provincial Cooperation in the Prosecution of Offences in Alberta*, portant également le nom d'« entente majeure-mineure ». À l'époque, la directive était la suivante relativement aux affaires de pollution :

> [TRADUCTION] Dans certains types d'affaires particulièrement délicates, comme les affaires touchant la pollution de l'environnement et le transport de matières dangereuses, tant le procureur général de l'Alberta que le procureur général du Canada devront donner des instructions à leur propre avocat d'intenter des poursuites concurremment.

QUI DEVRAIT ÊTRE LA COURONNE ? LA QUESTION PRATIQUE

Alors, est-ce que nous nous occupons chacun de nos propres dossiers ? Pas vraiment. La politique ne fonctionne pas comme cela. Premièrement, il n'y a pas suffisamment de procureurs. Deuxièmement, l'avocat de la défense et les

enquêteurs n'apprécient pas que deux procureurs soient affectés à un même dossier. Que dit le dicton déjà ? Posez une question à deux avocats et vous obtiendrez trois opinions. Et qui plus est, troisièmement le pire scénario pour le prévenu et le tribunal consisterait à avoir des poursuites distinctes pour une même situation de fait.

Alors, en Alberta, la répartition de la responsabilité des dossiers en cas de chevauchement de juridictions est le genre de chose dont les procureurs discutent à l'heure du déjeuner. C'est une question de capacité et d'intérêt et, dans de rares cas, de conflit.

En matière de capacité, il y a lieu de considérer des éléments comme les vacances, les congés de maternité et de paternité, les affectations, les missions d'enseignement, car tout cela signifie que nous ne fonctionnons pas toujours à pleine capacité. Et même lorsque tout le monde est présent, un méga-procès peut absorber tout notre temps et toute notre énergie. Par conséquent, si la Couronne fédérale est à court de personnel, nous lui venons en aide. Cela veut parfois dire de prendre tout le dossier en main, tandis que dans d'autres cas, il suffit de répartir les tâches dans le cadre de poursuites conjointes. Même les coûts rattachés à l'enquête et aux poursuites sont réglés à l'amiable. Généralement, la province dispose de plus de ressources pour engager des témoins experts, ce qui signifie que la province paye la note. Par contre, nos homologues du côté fédéral ont une technicienne juridique à plein temps, ce qui n'est pas notre cas, et nous l'« empruntons » à l'occasion.

En matière d'intérêt, par exemple, Lynda Jenkins, qui a déjà travaillé pour nous, possédait un merveilleux sens de la recherche et s'intéressait particulièrement à la législation complexe. Par conséquent, elle aimait bien travailler sur les dossiers relatifs aux matières dangereuses et aux BPC, là où les lois fédérales et provinciales se chevauchent beaucoup. Elle s'impliquait dans des dossiers fédéraux par simple intérêt personnel.

Aussi, en matière de conflit, si le prévenu se trouve être un autre ministère provincial, la Couronne fédérale doit alors intenter les poursuites provinciales. Et nous les « remboursons » en nous occupant de certains de leurs dossiers. Je me souviens d'un conflit particulièrement épineux pour lequel nous avions convenu que nous nous occuperions d'au moins deux dossiers fédéraux, en retour.

Tout cela vous donne l'impression que tout marche comme sur des roulettes en Alberta, mais il n'en reste pas moins qu'il y a des facteurs négatifs qui peuvent entrer en jeu et que des conflits surviennent.

LES SOURCES DE CONFLIT

L'étude des dossiers

Nos homologues fédéraux gèrent leurs dossiers différemment de nous, et je crois que c'est la plus grande source de désaccords entre nos services.

À l'échelon provincial, nous œuvrons au sein de la direction des poursuites spécialisées et par conséquent, nous suivons les règles de cette direction. Cela veut donc dire que l'agence chargée de l'enquête ne porte pas les accusations, mais qu'elle nous fait des recommandations. En conséquence, des accusations ne seront portées que si nous le décidons. Cependant, de notre côté, l'anticipation est telle qu'à ce moment-là, le dossier est quasiment « prêt à passer au procès ». Cela signifie que le procureur de la Couronne a lu chacune des milliers de pages d'un dossier important à plus d'une reprise, que nous avons produit un rapport de situation détaillant les points forts et les points faibles de l'affaire, et que nous avons fait le résumé des éléments de preuve afin d'étayer une recommandation en vue de porter des accusations. Il s'agit là d'une tâche exigeante en personnel mais, au sein de la direction des poursuites spécialisées, nous avons le luxe et le privilège d'avoir le temps de faire cette étude approfondie.

Pour sa part, bien que techniquement parlant il soit un système d'approbation avant la mise en accusation, le système fédéral ressemble plus au système habituel de gestion des dossiers en vigueur ailleurs dans la province. C'est un système qui s'apparente beaucoup plus au système auquel j'étais habituée lorsque je m'occupais des poursuites criminelles pour le compte du ministère de la justice de l'Alberta. La police porte les accusations sans consulter le procureur de la Couronne, qui n'est pas affecté au dossier tant que la date du procès n'a pas été fixée.

Du côté fédéral, les choses sont un peu différentes en ce sens que la décision d'aller de l'avant ou non est prise par la Couronne, non pas en fonction de l'étude du dossier, mais en fonction du résumé de la preuve préparé par l'enquêteur. Il n'y a pas de place à l'anticipation et par conséquent, le procureur de la Couronne n'a pas le temps de lire le dossier tant que la date du procès n'a pas été établie.

Bien que cette façon de procéder soit efficace dans le cas de poursuites relativement fréquentes et routinières, elle ne fonctionne pas dans le cas d'un méga-dossier car les problèmes relatifs au dossier ne sont décelés qu'une fois la date du procès fixée. Rendus là, non seulement il peut être difficile de trouver des experts, mais sur le plan de la gestion du temps, il arrive que la Couronne ne dispose pas de suffisamment de temps pour se préparer. Dans le cadre de négociations avec l'avocat de la défense, la Couronne fédérale est alors nettement désavantagée, en ce sens qu'elle n'a pas lu le dossier et qu'elle peut se sentir

pressée de transiger avant le jugement, en sachant qu'elle ne dispose pas des ressources nécessaires à affecter à un méga-dossier.

Pour ce qui est de l'enquêteur, même si la préparation d'un résumé de dossier « de type standard » n'a rien de sorcier, je pense qu'il n'est tout de même pas juste de demander à l'enquêteur de résumer non seulement toute la preuve mais aussi de déterminer ce qui est admissible ou pas dans le cadre d'un dossier complexe. Pour citer un exemple, dans le cas du procès CN Wabamun, l'enquêteur fédéral s'est servi de mon rapport de situation pour préparer son résumé de dossier.

Des délais de prescription différents

En vertu de la loi provinciale, le délai prescrit pour porter des accusations est de deux ans à partir de la date de l'infraction ou de sa découverte, tandis qu'en vertu de la loi fédérale, la plupart du temps, il est possible de procéder par voie de mise en accusation.

Cette différence des plus simples est énorme car elle a pour effet de changer l'importance du facteur temps pour les enquêteurs provinciaux et le procureur de la Couronne provinciale. Nous sommes obligés de boucler le dossier en moins de deux ans. À cette pression s'ajoute le fait qu'à l'échelle provinciale, nous avons comme principe de donner au prévenu une dernière chance de présenter des informations supplémentaires avant que la décision de procéder définitive à la poursuite ne soit prise, ce qui a pour effet de repousser la date de la décision finale. Il arrive aussi parfois, dans le cas de dossiers fortement publicisés, que nos chefs politiques annoncent malencontreusement dans les médias que les accusations sont imminentes. Lorsqu'un train de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada a déraillé et déversé des milliers de litres de substances nocives dans le lac Wabamun, je me souviens d'avoir lu dans le journal que des accusations seraient portées d'ici la fin de la semaine, même si le dossier n'était toujours pas entre mes mains à ce moment-là. Effectuer les mises en accusation à la veille du délai prescrit n'est pas bien vu et c'est pourquoi nous subissons beaucoup de pression pour expédier le dossier.

Nos collègues du côté fédéral ne font pas face aux mêmes contraintes de temps. Il ne fait aucun doute que leurs priorités sont différentes, et cela peut conduire à des circonstances déplaisantes. Dans le cas d'un dossier dont je vais taire le nom, les enquêteurs fédéraux et la Couronne fédérale n'étaient pas particulièrement pressés, mais de mon côté, on m'avait fait comprendre que si je n'amenais pas l'affaire devant les tribunaux rapidement, je risquais de « mettre ma carrière en jeu ». Ce genre de menace pourrait être déconcertant pour un procureur de la Couronne qui fait ses premières armes et qui est, par conséquent, plus vulnérable. L'ami qui sait que notre avenir est en jeu risque de

travailler plus fort pour éviter la menace. C'est pourquoi il est important d'avoir des amis du côté fédéral.

Kienapple

Lorsque beaucoup de travail et de ressources sont investis dans un dossier, il est très difficile au bout du compte de savoir qu'une série de chefs d'accusation peut être suspendue en raison de la règle de l'arrêt *Kienapple* interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Voici un exemple concret : si le règle de l'arrêt *Kienapple* dans l'affaire *Syncrude* avait réussi, les enquêteurs et la Couronne des côtés provincial et fédéral s'étaient entendus pour dire que l'accusation au fédéral était la plus grave parce qu'il y avait une possibilité de procédure mixte, de peine carcérale et d'amendes plus substantielles en fonction du nombre d'oiseaux. Cela dit, l'entente a été prise au début du dossier et non pas à la fin.

L'article 725(2) du *Code criminel*

Bien que la Couronne fédérale ne puisse pas directement retirer des accusations portées au provincial, et vice-versa, le Code criminel renferme une disposition épineuse qui, *de facto*, permet justement cela. Dans la détermination de la peine, à moins que le tribunal n'en décide autrement, la Couronne et le prévenu peuvent s'entendre pour considérer des faits qui auraient pu venir soutenir d'autres infractions, le résultat étant que : [TRADUCTION] « [a]ucune autre poursuite ne peut être prise relativement à une infraction mentionnée dans ces accusations ou fondée sur ces faits […] ».

En théorie, cela signifie que je pourrais formuler un exposé des faits qui comprend des éléments de preuve nécessaires pour appuyer le constat d'une infraction fédérale, ce qui aurait pour effet d'empêcher que des accusations soient ultérieurement portées par le niveau fédéral. Il s'agirait là d'une manière de mettre fin aux bonnes relations fédérales-provinciales.

DES SOLUTIONS PRATIQUES

Je ne vous présente pas ici de solution toute faite et universelle. Je vous parle plutôt de stratégies qui ont porté fruit au sein d'une juridiction où tout le monde connaît tout le monde. Je vous les présente dans l'espoir que vous n'aurez pas à vivre les mauvaises expériences que j'ai vécues.

Réglez le problème au niveau personnel, et non pas au siège social

La personne qui va bientôt se présenter au tribunal est plus à même de comprendre la nécessité de régler les problèmes rapidement que n'importe quel gestionnaire de siège social. Je n'en dirais pas plus.

Les seules personnes qui ont le droit de prendre des décisions à l'égard d'un dossier sont les personnes qui ont lu le dossier

De manière générale, le prévenu visé dans un dossier environnemental est bien différent du criminel habituel. Il s'agit en fait d'entreprises valant plusieurs millions, voire plusieurs milliards de dollars, qui sont, en d'autres circonstances, des entreprises responsables. Les infractions commises ne sont pas volontaires, elles découlent plutôt du fait qu'elles accordent une faible priorité à la protection de l'environnement. Les stratégies et les méthodes de mise en accusation, de négociation et de détermination de la peine qui fonctionnent pour le voleur de banque ne fonctionnent pas ici. Par conséquent, à moins que le responsable des poursuites criminelles n'ait lu le dossier, ses suggestions ne sont pas utiles ou ne sont pas les bienvenues.

La qualité du dossier doit être la considération première, et non pas la rivalité de clocher

Lorsqu'il y a conflit pour déterminer de qui relève le dossier, les nerfs peuvent être à vif. Des choses aussi simples que déterminer qui sera l'avocat principal peuvent engendrer des frictions. Mais il convient de garder à l'esprit que le dossier doit passer en premier. Exprimer mes frustrations à l'égard de l'enquêteur fédéral ou de la Couronne fédérale n'est pas un luxe que je peux me permettre si cela empêche le dossier de progresser.

Entretenez de bonnes relations

Dans tout entreprise commune, il y a de moins bonnes journées ou des conflits, et c'est pire lorsqu'un dossier est fortement publicisé. Il est donc important d'entretenir à l'avance de bonnes relations avec l'autre bureau. Parfois, il suffit de sortir manger ensemble le midi pour se tenir au courant des dossiers d'intérêt commun. Parfois encore, cela implique d'aider à faire de la recherche ou de déléguer mutuellement du personnel à des conférences. Les relations fédérales-provinciales étaient à leur meilleur lorsque nous avons envoyé un procureur de la Couronne fédérale à l'une de nos conférences en Californie.

Établissez les règles AVANT que d'importants dossiers ne surgissent

Au tout début de l'enquête dans l'affaire *Syncrude*, la Couronne et les enquêteurs des côtés provincial et fédéral avaient convenu d'avance que, peu importe ce que seraient les chefs d'accusation, l'entraide serait de mise. Nous avons donc divisé les tâches relatives au dossier et nous avons convenu de suivre les règles de la direction des poursuites spécialisées pour recommander les chefs d'accusation.

Mettez la répartition des tâches par écrit

Ceci est quelque chose que je n'ai jamais fait mais que j'ai lu dans la jurisprudence consultée pour préparer ce chapitre. Lorsqu'il est difficile de déterminer qui sera la Couronne, on peut facilement régler la situation en mettant par écrit qui sera le représentant de l'autre partie. J'ai déjà géré une affaire où cela aurait été bien utile d'indiquer par écrit qu'il s'agissait de poursuites conjointes. L'avocat de la défense m'avait mentionné que son client répondrait à l'accusation provinciale pourvu que, pour reprendre ses propos, je « retire mes services d'aide professionnelle » dans le cadre de la poursuite fédérale. Même si cela ne s'est pas produit, j'en suis venue à me demander si l'avocat de la défense aurait pu faire une demande de bref de prohibition pour me retirer du dossier.

Faites en sorte que les enquêteurs se connaissent

Il ne s'agit pas seulement de déterminer si l'enquête se fait au fédéral ou au provincial, mais plutôt d'assurer la formation de toutes les agences responsables d'enquêtes au gouvernement. Aucune de ces agences ne dispose de toutes les ressources nécessaires lorsqu'il s'agit d'un méga-dossier. Je fais ici allusion à l'explosion de Hub Oil à Calgary, au déversement du CN à Wabamun, à l'affaire *Syncrude* ou à n'importe quelle rupture importante de pipeline. Lorsque le dossier est important, il y aura des enquêteurs provenant d'agences diverses à l'œuvre et ce ne sera pas une fois rendus sur place qu'il sera le temps de faire les présentations.

Depuis 2006, nous organisons une conférence annuelle d'une semaine pour les enquêteurs relevant de diverses agences du gouvernement fédéral et provincial. Nos conférenciers viennent de la GRC, des forces policières municipales, du ministère des pêcheries et de la faune, bref de quelqu'agence qui possède l'expertise requise. Nous avons aussi préconisé que le système de gestion d'affaires importantes soit le système de gestion de toutes les enquêtes de sorte qu'en cas de coentreprise, les enquêteurs sauraient comment communiquer et travailler ensemble.

CONCLUSION

Dans le domaine des infractions environnementales, nous sommes à la merci des prévenus en ce qui a trait aux ressources, au pouvoir et à l'expertise qu'ils sont susceptibles de déployer. L'entraide est donc de mise.

Chapitre 18

Qui devrait intenter les poursuites : les aspects intragouvernementaux

Martin Z.P. Olszynski[1]

Premier scénario (« huile de poisson mexicaine ») : Par une fin d'après-midi, l'équipage d'un appareil de surveillance de Transports Canada, un Dash 8, fait sa patrouille aérienne habituelle au-dessus des couloirs de navigation au large de la côte Ouest de l'île de Vancouver. Les membres d'équipage aperçoivent alors une nappe huileuse à la surface de l'océan. L'aéronef survole l'un des navires qui se trouve dans les environs à maintes reprises, le M/T « Champion », et constate qu'à bâbord, un tuyau souple branché à l'une des rampes du navire pend au-dessus de la surface de l'eau et laisse s'échapper une substance huileuse de couleur brunâtre, créant ainsi une nappe d'environ 35 milles de longueur[2].

Deuxième scénario (« le festival de la boue ») : Un agent de protection de la faune aperçoit une course hors route impliquant de gros camions. Deux heures plus tard, il constate que des sédiments se déversent dans la rivière située tout près, ce qui fait changer la couleur de l'eau, qui passe de transparente à opaque. Le limon pénètre dans la rivière à partir d'un égout pluvial raccordé à un fossé. En arrivant sur la propriété, l'agent de protection de la faune enregistre une vidéo de l'un des camions qui est en train d'être lavé avec une lance à incendie. Il semble que les sédiments qui se détachent du véhicule s'écoulent de

1. Avocat, ministère de la justice et services juridiques de pêches et océans Canada. Les opinions et les points de vue exprimés dans le présent chapitre sont strictement ceux de l'auteur.
2. Ce scénario est inspiré des faits d'une poursuite qui a eu lieu en Colombie-Britannique – *R* c *Champion Shipping A/S*, dossier de la Cour nº 157673-1 (2013).

la propriété vers le fossé, puis se déversent dans l'égout pluvial et dans la rivière. Cette rivière est une voie de migration pour les poissons, en plus d'être un habitat de frai et un lieu de pêche[3].

Ce chapitre donne un aperçu du régime environnemental fédéral et traite plus particulièrement de la poursuite des infractions environnementales de ressort fédéral. Dans un premier temps, il présente en termes généraux certaines des infractions environnementales de ressort fédéral que les juges et les juristes sont le plus susceptibles de rencontrer, après quoi il décrit le rôle de divers intervenants, des fonctionnaires aux procureurs en passant par les avocats du service juridique, dans les poursuites. Dans un deuxième temps, il fait état de certaines des considérations qui ont une influence sur les chefs d'accusation qui seront portés, s'il y a lieu. Bien que ces considérations fassent généralement partie de l'un des deux groupes suivants : la suffisance de la preuve et l'intérêt public de la poursuite, leur contenu est influencé par les diverses perspectives apportées par chacun des intervenants impliqués.

INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES COURANTES RELEVANT DE LA JURIDICTION FÉDÉRALE

Bien qu'il existe maintenant au Canada une jurisprudence relativement importante en matière d'infractions réglementaires en général[4], et d'infractions environnementales en particulier[5], il est bon de se rappeler que contrairement à d'autres juridictions qui se sont dotées de tribunaux spécialisés en environnement[6], au Canada, la plupart sinon toutes les infractions d'ordre environnemental sont instruites par les cours provinciales généralistes, où elles ne représentent qu'une fraction du nombre des affaires en instance[7]. Par conséquent, en plus d'éclairer la discussion qui va suivre, la présente partie a pour but d'énoncer les fondements du régime environnemental fédéral.

---

3. Ce scénario est fondé sur l'affaire *R* c *Jackson*, (2002) 48 CELR (NS) 259 (CA Ont).
4. L'affaire *R* c *Sault Ste Marie*, [1978] 2 RCS 1299 fait autorité en la matière, elle détermine que les infractions réglementaires, également appelées infractions contre le bien-être public, ne sont pas des « crimes véritables » en ce sens qu'elles relèvent généralement de la catégorie des infractions de « responsabilité stricte ».
5. En effet, des ouvrages sont maintenant rédigés à ce sujet, notamment celui de Stanley Berger, *The Prosecution and Defense of Environmental Offences* (Toronto : Canada Law Book, 2012).
6. À propos de ces tribunaux spécialisés, voir Brian J Preston (juge en chef), « Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law : The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study » (2011-12) 29 *Pace Envtl L Rev* 396.
7. Des recherches sur le site Web de diverses cours (Ontario et Colombie-Britannique, par exemple) n'ont pas permis de trouver de statistiques sur le nombre d'infractions environnementales faisant l'objet de procès chaque année. Cependant, selon Statistiques Canada, en 2011, il y a eu un total de 2 277 258 infractions, dont la grande majorité relevait du *Code criminel*. Pour ce qui est du reste des infractions de ressort fédéral, 99 % avaient trait à la drogue (113 164). Voir : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/85-002-x/2012001/article/11692-fra.pdf?st=oiutLwMP>.

Même s'il existe plus d'une trentaine de lois fédérales qui présentent un caractère environnemental[8], la plupart des poursuites environnementales engagées au niveau fédéral ont trait à des infractions qui relèvent de l'une des quatre lois suivantes : la *Loi sur les pêches*[9], la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (*LCPE (1999)*)[10], la *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs* (*LCOM*)[11] et la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*[12]. Les trois premières de ces lois sont décrites ci-dessous.

La *Loi sur les pêches* : protection de l'habitat et prévention de la pollution

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions sur la protection de l'habitat en 1976, la *Loi sur les pêches* est largement considérée comme l'une des lois canadiennes les plus importantes en matière d'environnement. Pour notre propos, les dispositions les plus pertinentes sont celles relevant des paragraphes 35(1) et 36(3) de la loi. Actuellement, le paragraphe 35(1) interdit la réalisation de travaux ou d'activités qui peuvent engendrer la destruction, la détérioration ou la perturbation (DDP) de l'habitat du poisson que la loi définit comme une frayère et d'autres aires (aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation, et routes migratoires) dont dépend la survie des poissons[13]. Dans l'affaire *R* c *Posselt*, la Cour a soutenu que l'infraction est établie si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a porté atteinte à l'habitat du poisson, si bien que la valeur ou l'utilité de l'habitat pour une ou plusieurs des raisons énoncées dans la définition de l'« habitat du poisson » a été perturbée[14].

Pour sa part, le paragraphe 36(3) interdit le déversement de « substances nocives », telles que définies à l'article 34, dans les eaux où se trouvent des poissons ou dans n'importe quel autre endroit où cette substance, ou une autre substance nocive qui en découle, est susceptible de pénétrer dans l'eau. Contrairement à d'autres régimes – y compris l'interdiction en matière de DDP – la jurisprudence est claire en ce sens que l'accent est mis sur la substance déversée et si oui ou non elle est nocive pour les poissons, pas sur l'environnement qui la

8. À lui seul, Environnement Canada (EC) « doit administrer, en totalité ou en partie, plus d'une douzaine de lois du Parlement » et aider à administrer de nombreuses autres lois. EC, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/organisation/transparence/lois-reglements/lois-administrees.html>.
9. LRC 1985, c F-14.
10. LC 1999, c 33 [*LCPE (1999)*].
11. LC 1994, c 22 [*LCOM*].
12. LC 2001, c 26.
13. En date du 25 novembre 2013, l'art 35(1) interdisait les « dommages graves » aux pêcheries commerciales, récréatives et autochtones. Les dommages graves sont définis comme la mort du poisson et l'altération ou la destruction permanente de son habitat.
14. *R* c *Posselt*, [1999] BCJ nº 1141 (CS), par 23.

reçoit. Ce qui est examiné, c'est la substance qui est ajoutée à l'eau et non pas l'eau après l'ajout de la substance[15].

La violation des paragraphes 35(1) et 36(3) constitue une infraction conformément aux paragraphes 40(1) et (2) de la loi. Fait important, ni l'une ni l'autre des interdictions n'est absolue. Des travaux, des entreprises et des activités engendrant des DDP peuvent être autorisés par le ministre ou par des règlements pris en vertu des alinéas 35(2)(a)-(c) de la loi. Le déversement d'une substance nocive peut également être autorisé, mais uniquement par le biais de règlements pris en vertu du paragraphe 36(5). Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (*REMM*)[16] – le principal règlement fédéral au sujet de l'élimination des effluents et des résidus miniers – constitue un exemple de règlement[17].

La *LCPE (1999)* : substances dangereuses et immersion en mer

La *LCPE (1999)* est souvent considérée comme la loi canadienne la plus importante en matière d'environnement. Son objet principal est de « contribuer au développement durable au moyen de la prévention de la pollution[18] ». Cette loi multifacette comprend douze parties distinctes et plus de 340 articles, et porte sur des questions telles que le signalement de la pollution (partie 3), la prévention de la pollution (partie 4), le contrôle des substances toxiques (dont les substances biotechnologiques animées – parties 5 et 6), ainsi que le contrôle de la pollution et la gestion des déchets, ce qui comprend la pollution des eaux et de l'air (partie 7). Ici, nous nous concentrerons sur les parties 5 et 7.

Bien qu'il ne soit pas possible de présenter une analyse détaillée de la partie 5 dans ce chapitre[19], il est à noter que l'objectif de base du régime consiste à évaluer, à caractériser et à gérer (au besoin) les quelques 23 000 substances qui sont déjà utilisées au Canada de même que les nouvelles substances (qu'elles soient fabriquées au Canada ou importées). Après évaluation, s'il est déterminé qu'une substance est « toxique[20] », son nom est ajouté à la *Liste des substances*

---

15. *R* c *Kingston*, (2004) 240 DLR (4e) 734, par 64, citant avec approbation la décision du juge Seaton dans l'affaire *R* c *MacMillan Bloedel*, (1979) 47 CCC (2d) 118 (CA CB).
16. DORS/2002-222 [*REMM*].
17. Voir *R* c *Williams Operating Corporation*, 2008 CanLII 48148 (CS Ont) pour obtenir une interprétation relativement récente du mécanisme du *REMM*.
18. *LCPE (1999)*, *supra* note 10, « Déclaration ».
19. Voir chapitre 13 de Jamie Benidickson, *Environmental Law*, 3e éd (Toronto : Irwin Law, 2009), pour obtenir un aperçu du régime des substances toxiques et à Meinhard Doelle, *Canadian Environmental Protection Act and Commentary*, édition de 2008 (Markham : LexisNexis Canada, 2008), pour en connaître tous les détails.
20. *LCPE (1999)*, *supra* note 10, art 64 : « […] est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou concentration ou dans des conditions de nature à : a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement ou sur la diversité biologique ; b) mettre en danger l'environnement essentiel pour la vie ; c) constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaines. »

toxiques[21] et elle peut alors être assujettie à la réglementation du gouverneur en conseil (GC) qui traite de diverses questions, dont la fabrication, la transformation, la vente, l'importation, l'exportation et la diffusion de telles substances. Actuellement, il existe plus de 25 règlements (près de la moitié de tous les règlements en vertu de la *LCPE (1999)*) qui régissent des produits chimiques comme les BPC, les substances appauvrissant la couche d'ozone, le benzène et le mercure.

En ce qui a trait à la pollution des eaux, ces dispositions sont ni plus ni moins celles prises en compte dans l'affaire *R* c *Crown Zellerbach* qui revêt une importance constitutionnelle[22], et elles mettent en œuvre certains des engagements du Canada en vertu de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets* de 1972 et de son *Protocole de 1996*. La section 3 de la Partie 7 de la loi fait état du régime des immersions en mer. L'alinéa 125(1)(a) interdit l'immersion d'une substance en mer, autre que les substances émanant ou dérivant de l'exploitation normale d'un navire, à moins que cela ne se fasse en vertu d'un permis du Canada.

Les infractions à la *LCPE (1999)* sont énoncées aux articles 272 à 274, et les régimes de peines diffèrent d'une infraction à l'autre (les peines minimales et maximales varient). Les violations en vertu de l'alinéa 125(1)(a) (immersion en mer) constituent des infractions en vertu des alinéas 272(1)(a) (pour les personnes et les entreprises) et 272.4(1) (pour les navires). Par ailleurs, les violations des règlements lesquels, tel qu'indiqué ci-dessus, jouent un rôle important dans le régime des substances toxiques, constituent des infractions en vertu de divers articles, dépendant des dispositions réglementaires dont il est spécifiquement question. Conformément à l'alinéa 272(1)(*h*), la violation de toute disposition règlementaire « désignée par les règlements pris en vertu de l'article 286.1 » constitue une infraction. Selon le *Résumé d'*étude d*'impact de la réglementation* (*REIR*) qui a accompagné ces règlements, l'objectif consiste à assurer l'imposition du nouveau régime de peines[23] – plus importantes – « pour des infractions qui causent ou qui risquent de causer des dommages directs à l'environnement, ou qui constituent une entrave à l'exercice d'un pouvoir[24] ». À la lumière de ces critères, Environnement Canada (EC) a identifié plus de 80 dispositions provenant de 25 règlements différents issus de la *LCPE (1999)*,

21. Soit l'annexe I de la *LCPE (1999)*, *supra* note 10.
22. [1988] 1 RCS 401.
23. Ce nouveau régime de peines plus importantes a été intégré à la *LCPE (1999)* ainsi qu'à huit autres lois fédérales sur l'environnement administrées par EC – dont la *LCOM* – au moyen de la *Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales de 2009*, LC 2009, c 14 [*LCALE*]. Pour de plus amples renseignements au sujet de la *LCALE*, consulter [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=A72F150D-1>.
24. *Règlement sur les dispositions réglementaires désignées aux fins de contrôle d'application* (*LCPE (1999)*) (DORS/2012-134).

dont la grande majorité régit les substances toxiques[25]. Conformément à l'article 272.1, la violation des autres dispositions réglementaires constitue une infraction, mais ne se voit pas appliquer le régime des peines plus élevés.

La Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs : protection des oiseaux migrateurs

La *LCOM* met en œuvre les obligations internationales du Canada en vertu de la *Convention concernant les oiseaux migrateurs*[26]. Comme la Cour l'a fait remarquer dans l'affaire *R* c *Carriere*[27], le préambule de la Convention initiale de 1916 reconnaissait que les oiseaux migrateurs ont « une valeur importante au point de vue alimentaire, ou au point de vue de la destruction des insectes qui nuisent aux forêts et aux plantes fourragères sur les terres publiques[28] ». Dans le cadre des modifications apportées à la Convention en 1995, les parties ont réitéré leur engagement

> […] à assurer la conservation à long terme de certaines espèces d'oiseaux migrateurs partagés entre les deux pays, en raison de leur valeur alimentaire, sociale, culturelle, spirituelle, écologique, économique et esthétique, et à y arriver à l'aide d'un cadre international plus global fondé sur la collaboration visant à gérer conjointement les populations d'oiseaux, à réglementer les prises, à protéger les terres et les eaux dont ils dépendent et à échanger les données provenant de la recherche et des relevés[29].

Parmi les infractions courantes en vertu de la *LCOM* notons les activités de chasse illégale[30] de même que la violation des articles 5 et 5.1. L'article 5 interdit la possession illicite d'oiseaux migrateurs ou de nids, notamment à des fins commerciales. Les paragraphes 5.1(1) et (2) ressemblent au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*, en ce sens qu'ils interdisent à toute personne ou tout navire de rejeter ou de permettre le rejet d'une substance nocive pour les oiseaux migrateurs dans les eaux ou les lieux fréquentés par des oiseaux migrateurs ou encore, dans un endroit où une telle substance peut pénétrer dans ces eaux ou dans ces lieux. Récemment, la violation du paragraphe 5.1(1) a été expliquée dans le cadre d'une poursuite relativement médiatisée intentée contre

---

25. Parmi les exemples, notons le *Règlement sur les PBC*, le *Règlement sur le 2-butoxyéthanol*, le *Règlement sur les substances appauvrissant la couche d'ozone, 1998*, le *Règlement sur le benzène dans l'essence*, le *Règlement sur les dioxines et les furannes chlorés dans les effluents des fabriques de pâtes et papiers* et le *Règlement sur le rejet de mercure par les fabriques de chlore*.
26. Voir l'Annexe (article 2) de la *LCOM, supra* note 11.
27. *R* c *Carriere*, (2005) 272 Sask R 13 [*Carriere*].
28. *Supra* note 26, préambule, par 2.
29. *Ibid.*, *Protocole entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique visant à modifier la convention de 1916 conclue entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique pour la protection des oiseaux migrateurs au Canada et aux États-Unis*, préambule, par 3.
30. Voir *Carriere* par exemple, *supra* note 27.

une société canadienne d'exploitation des sables bitumineux, à la suite de la mort d'environ 1 500 oiseaux après que ceux-ci aient atterri sur un de ses bassins de résidus au printemps 2008[31].

Et enfin, puisque la *LCOM* s'applique non seulement aux personnes, mais également aux navires, l'alinéa 5(3)(a) exempte spécifiquement les immersions ou rejets autorisés par la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*.

LES INTERVENANTS

Le personnel de mise en application

Sauf dans les cas de poursuites privées, le personnel chargé de la mise en application de la loi (et désigné de diverses manières) est généralement le premier averti d'une possibilité d'infraction, soit dans le cadre d'une inspection, soit suite à la fourniture d'un rapport[32].

Par exemple, en vertu de la *Loi sur les pêches*, le personnel qui applique la loi est désigné par le ministre soit sous le nom d'« agent des pêches » ou de « garde-pêche » selon l'article 5, soit sous le nom d'« inspecteur des pêches » selon l'article 38. Les agents des pêches et les gardes-pêche ont le pouvoir d'assurer la mise en application de toutes les dispositions de la *Loi sur les pêches*[33], tandis que la tâche des inspecteurs se limite aux questions se rapportant à la protection de l'habitat et à la prévention de la pollution :

> L'inspecteur peut, à toute fin liée à la vérification du respect de la présente loi, entrer dans tout lieu – y compris un véhicule ou navire –, à l'exclusion d'un local d'habitation privé et d'une partie d'un lieu – y compris un véhicule ou navire – utilisée comme local d'habitation privé permanent ou temporaire –, s'il a des motifs raisonnables de croire :
>
> (a) qu'il s'y trouve toute chose dommageable pour l'habitat du poisson ;
>
> (b) qu'il y a été, y est ou y sera vraisemblablement exploité un ouvrage ou une entreprise ou exercé une activité qui entraîne ou entraînera vraisemblablement :
>
> (i) soit la mort du poisson,
>
> (i.1) soit la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson,

31. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229, par 87-94.
32. La plupart des lois sur l'environnement renferment des dispositions selon lesquelles la collectivité réglementée est obligée de signaler les déversements, les immersions ou les décharges, ainsi que de prendre des mesures correctives à ces égards. Voir, par exemple, art 38(5) et (6) de la *Loi sur les pêches*, alinéas 95(1)(a) à (c) de la *LCPE, 1999*; art 13 et 15 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, LRO 1990, c E.19.
33. Voir *Loi sur les pêches*, *supra* note 9, art 49-54 pour connaître l'ensemble des pouvoirs des agents des pêches et des gardes-pêche.

(ii) soit l'immersion ou le rejet d'une substance dans des eaux où vivent des poissons […][34].

De manière générale, le personnel responsable de la mise en application des lois est guidé par des politiques de conformité et d'application qui sont souvent accessibles au public. En ce qui a trait à la *Loi sur les pêches*, les agents des pêches ou les gardes-pêche sont guidés par la *Politique de conformité et d'application des dispositions de la Loi sur les pêches pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution* de 2001[35], une initiative conjointe du ministère des pêches et des océans (MPO) et Environnement Canada (EC) afin de favoriser la cohérence dans leurs activités de conformité et d'application, tout en tenant compte de la distinction, depuis 1978, de la responsabilité à l'égard des dispositions environnementales de la Loi, distinction selon laquelle l'article 35 incombe toujours au MPO et le paragraphe 36(3) est administré par EC[36].

Habituellement, les politiques de conformité et d'application font état d'une gamme d'activités potentielles de mise en application (comme les inspections, les enquêtes, la délivrance d'avertissements et les poursuites), puis énoncent les critères dont il faut tenir compte pour répondre à des violations présumées. Par exemple, la *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches* dont il est question ci-dessus énonce les critères suivants :

– nature de l'infraction présumée[37] ;
– efficacité à obtenir le résultat souhaité auprès du présumé contrevenant[38] ;
– cohérence[39] ;

34. *Ibid.*, art 38(3). Les pouvoirs de l'agent d'application et de l'inspecteur en vertu de la *LCPE (1999)* figurent aux art 217-241. Dans le cas de la *LCOM*, les pouvoirs sont stipulés aux art 6-9.
35. EC, [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=D6B74D58-1> [*Politique de conformité et d'application des dispositions de la Loi sur les pêches*].
36. La *Politique d'application de la LCPE (1999),* [en ligne] <https://www.ec.gc.ca/lcpe-cepa/default.asp?lang=Fr&n=5082BFBE-1>.
37. Ici, les facteurs à considérer comprennent « la gravité des dommages actuels ou éventuels à l'habitat du poisson, aux ressources halieutiques ou les risques associés à l'utilisation du poisson par l'homme ; l'intention du présumé contrevenant ; le fait qu'il s'agit d'une récidive ; le fait que le présumé contrevenant a tenté de dissimuler de l'information ou de contourner de quelque autre façon les objectifs et les prescriptions des dispositions de la *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches*, *supra* note 35.
38. Les facteurs à considérer comprennent « les antécédents du présumé contrevenant en matière de conformité aux dispositions de la Loi pour la protection de l'habitat du poisson ou la prévention de la pollution ; la volonté du présumé contrevenant de collaborer avec le personnel chargé d'appliquer la loi ; les preuves et l'ampleur des mesures correctives déjà prises ; l'existence de mesures d'application de la loi prises par d'autres autorités fédérales, provinciales ou territoriales » : *Ibid.*
39. La *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches* stipule : « [l]e personnel chargé d'appliquer la loi cherche à faire preuve de cohérence dans ses interventions en cas de contraventions

D'après cette même politique, des poursuites seront toujours intentées lorsque la preuve établit que :

- la contravention présumée était délibérée ;
- le présumé contrevenant a sciemment fourni une information fausse ou trompeuse au personnel chargé d'appliquer la loi ;
- le présumé contrevenant a nui au travail du personnel chargé d'appliquer la loi dans l'exercice de ses attributions ou a fait obstacle à toute saisie effectuée en vertu de la loi ;
- le présumé contrevenant a dissimulé ou tenté de dissimuler ou de détruire de l'information ou des preuves à la suite de l'infraction présumée ; ou
- le présumé contrevenant a omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour se conformer à une directive donnée ou à une ordonnance rendue en vertu de la loi.

Bien que le personnel chargé de la mise en application à l'échelon fédéral puisse, dans certaines juridictions (comme en Ontario), porter des accusations pour des violations présumées sans consulter au préalable le procureur général du Canada (PGC), la décision ultime de savoir si des poursuites seront intentées ou non incombe à ce dernier, tel que représenté par le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) (dont il est question dans la section qui suit).

Une note finale sur ce sujet : un développement relativement récent à ce propos concerne l'adoption quasi généralisée d'approches « fondées sur le risque » en matière de conformité et d'application dans le domaine réglementaire, y compris dans le contexte environnemental. Du point de vue pratique, même s'il revient au procureur de décider définitivement de poursuivre ou non, les violations présumées doivent d'abord être déterminées. Dans ce contexte, la réglementation fondée sur les risques est décrite comme suit :

> [TRADUCTION] [L]e ciblage de ressources d'inspection et d'application basé sur *une évaluation des risques qu'une personne ou une entité réglementée fait courir aux objectifs de l'organisme de réglementation*. Les principales composantes de l'approche sont les évaluations du risque de non-conformité et les calculs relatifs à l'impact que la non-conformité aura sur l'aptitude de l'organisme de réglementation à atteindre ses objectifs. Par conséquent, la réglementation fondée sur les risques présente un moyen de cibler l'utilisation des ressources basé sur des preuves. Elle diffère des approches « pyramidales » car l'accent est mis sur l'analyse et le ciblage au lieu d'un processus d'escalade réactif[40].

présumées. Par conséquent, il tiendra compte de ce qu'on fait ou de ce qu'on a déjà fait dans des situations semblables au Canada avant de décider des mesures d'application de la loi à prendre. »

40. Robert Baldwin et Julia Black, « Really Responsive Regulation » (2008) 71 : 1 *Mod L Rév* 59, p. 17 [nos italiques].

Bien que la *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches* dont il est question ci-dessus présente des caractéristiques fondées sur les risques, les facteurs liés à la nature de la violation présumée[41], les deuxième et troisième critères, ainsi que la liste des faits qui favorisent le déclenchement des poursuites, reflètent davantage l'approche pyramidale : [TRADUCTION] « une gamme de sanctions d'application allant, à la base, de la persuasion jusqu'aux sanctions pénales, en passant par l'avertissement et les sanctions civiles[42] ».

Un exemple plus clair de réglementation fondée sur les risques se trouve dans la *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches* de 1999[43]. Selon cette politique d'application, l'horaire des inspections sera déterminé par le risque que présente la substance ou l'activité pour l'environnement ou la santé humaine, ainsi que par le dossier de conformité de la personne, de l'entreprise ou de l'organisme gouvernemental[44].

Le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC)

Anciennement connu sous le nom de Service fédéral des poursuites (SFP), une direction du ministère de la justice, le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC), est désormais un organisme indépendant qui rend des comptes au Parlement par l'intermédiaire du PGC. Les procureurs de la Couronne disposent, dans une assez large mesure, du plus grand pouvoir décisionnel quand vient le temps de déterminer si des poursuites seront officiellement intentées ou non. Dans certaines juridictions (comme en Colombie-Britannique), l'approbation de ces poursuites est nécessaire avant que des accusations ne soient portées. Et même dans les juridictions où les poursuites ne doivent pas être préalablement approuvées, les procureurs gardent le pouvoir de suspendre une poursuite si les circonstances ne satisfont pas aux critères suivants (qui s'appliquent tant aux approbations préalables qu'aux suspensions), qui sont mis à la disposition du grand public par le biais du *Guide du SFP* :

1. La preuve est-elle suffisante pour justifier d'intenter ou de continuer les poursuites ?
   (a) La simple *apparence de culpabilité* ne suffit pas : l'évaluation de la preuve doit mener à la conclusion qu'il existe une *probabilité raisonnable de condamnation*.
2. Dans l'affirmative, l'intérêt public exige-t-il d'intenter des poursuites ?
   (a) Les facteurs dont il faut tenir compte pour en arriver à la conclusion qu'il est nécessaire dans l'intérêt public d'intenter des poursuites varient d'un cas à

41. *Supra* note 35.
42. Baldwin et Black, *supra* note 40.
43. *Supra* note 35.
44. *Ibid.*

> l'autre. En général, plus l'infraction est grave, plus l'intérêt public exigera que son auteur soit poursuivi[45].

En ce qui a trait au deuxième critère, le *Guide du SFP* établit clairement – et la pratique actuelle l'atteste – que les procureurs doivent consulter les organismes d'enquête pertinents :

> Cet aspect peut prendre une importance particulière dans les cas de poursuites aux termes de certaines lois, notamment la […] *Loi sur les pêches* […] ou la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont les dispositions pénales répondent à des objectifs réglementaires importants. L'examen de l'intérêt public doit nécessairement entraîner l'examen de la façon de mieux atteindre l'objectif réglementaire de la loi. Par exemple, si l'organisme de réglementation visé possède un mécanisme applicable à l'auteur présumé du manquement, par exemple un programme visant à promouvoir l'observation de la loi, la Couronne peut déterminer si tel mécanisme servirait mieux l'intérêt public que les poursuites[46].

Les Services juridiques ministériels

Et enfin, la plupart des ministères et des organismes fédéraux ont leur propre unité des services juridiques (USJ), souvent composée d'avocats du ministère de la Justice. Dans le contexte des poursuites, le rôle de l'avocat des services juridiques varie en fonction des circonstances. Par le passé, l'avocat a servi de représentant de la Couronne dans le cadre de poursuites impliquant le client ministériel. Cependant, dans la plupart des cas, cet avocat joue un rôle de soutien, tout d'abord en aidant le personnel chargé de l'application d'une loi à évaluer la présumée violation et ensuite, lorsque des accusations sont portées, il aide le procureur de la Couronne à comprendre les dispositions pertinentes (si besoin est) de même que les objectifs du client ministériel relativement aux poursuites intentées. Cela est particulièrement le cas en appel, lorsque la préoccupation première ne se rapporte pas nécessairement directement à la violation en cause, mais plutôt à une question de droit importante, comme la juste interprétation d'une disposition importante ou d'un système de réglementation complexe.

---

45. Ces critères, ainsi que d'autres informations utiles sur le rôle du SPPC au sein du système judiciaire canadien, sont accessibles [en ligne] <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/index.html> [*Guide du SFP*].
46. *Ibid.*

L'APPLICATION

Qu'est-ce qui convient le mieux ?

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'un des principaux facteurs à considérer lorsque vient le temps de déterminer s'il y a lieu ou non d'intenter des poursuites consiste à déterminer si la preuve démontre une perspective raisonnable de condamnation[47]. Cependant, comme l'indiquent clairement les deux scénarios énoncés au début de ce chapitre, il arrive parfois que de multiples violations soient en jeu.

En ce qui a trait au scénario de l'huile de poisson mexicaine, et compte tenu de l'analyse effectuée dans la deuxième partie, les possibilités d'infraction comprennent une violation de la *LCPE (1999)* (art. 125(1)(a) – immersion illicite en mer) et de la *LCOM* (art. 5.1(1) – rejet d'une substance nocive pour les oiseaux migrateurs), toutes deux étant administrées par EC. En ce qui a trait au deuxième scénario sur le festival de la boue, l'article 35(1) interdisant la DDP (administré par le MPO) et l'article 36(3) interdisant le rejet de substance nocive (administré par EC) sont applicables de prime abord.

Dans de tels cas, les procureurs peuvent être influencés, à juste titre, par des considérations stratégiques. Dans le cas du scénario du festival de la boue par exemple, un procureur chevronné saurait que pour aboutir à une condamnation pour DDP, la preuve doit démontrer – hors de tout doute raisonnable – qu'un habitat identifiable a effectivement été détruit, détérioré ou perturbé. Bien que cela ne soit pas impossible, il est souvent difficile de prouver de tels dommages, spécifiquement à site donné et, généralement, il faut faire appel à une preuve d'expert[48]. Afin d'obtenir une condamnation pour infraction au paragraphe 36(3), par contre, la preuve doit tout simplement établir que la substance immergée est nocive pour les poissons lorsqu'elle est immergée dans n'importe quelle source d'eau. Le choix peut être simplifié davantage lorsque les juges, dans des affaires antérieures, connaissent déjà certains des éléments de l'infraction, par exemple qu'une substance particulière est nocive, comme cela a été le cas du limon[49].

---

47. *Ibid.*
48. Pour une affaire à ce sujet, voir *R* c *Northwest Territories Power Corp*, 2011 NWTTC 3, par 89 : [TRADUCTION] « [l]a difficulté de prouver un préjudice identifiable et quantifiable est présente dans la plupart des affaires environnementales […] ».
49. *R c Jourdain*, [1999] BCJ 1186 : [TRADUCTION] « [i]l est maintenant bien établi que le limon et le sable peuvent représenter des substances délétères pour l'habitat du poisson ».

Les politiques et les priorités ministérielles

Dans le contexte réglementaire – et dans le contexte environnemental en particulier – déterminer si une poursuite est dans l'intérêt du public se résume à un exercice d'analyse coûts-bénéfices (CBA). En termes simples, la collecte des éléments de preuve et leur présentation au tribunal, ce qui comprend la préparation des témoins, peut être une entreprise coûteuse. Un ministère ou un organisme gouvernemental peut ne pas se sentir autorisé à engager de tels coûts lorsque la violation n'est pas considérée comme un risque considérable (selon l'approche fondée sur les risques) même lorsque la preuve laisse entrevoir des possibilités de condamnation raisonnables. Dans le scénario de l'huile de poisson mexicaine, par exemple, il vaut la peine de rappeler que l'incident avait d'abord été aperçu par l'équipage d'un vol de Transports Canada (TC). Or, TC était mandaté pour lutter contre la pollution par les navires en vertu de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*. Pourtant, les chefs d'accusation ont été portés en vertu de la *LCPE (1999)*. Une explication possible est que TC n'a pas considéré que des poursuites en vertu de sa propre législation s'avéraient nécessaires ou utiles pour mener son mandat à bien dans ce contexte. Bien qu'un tel point de vue ne lie pas le procureur, il est difficile d'aller de l'avant avec une telle poursuite si la preuve nécessaire à l'accusation n'a pas été recueillie à ce moment-là.

Cela dit, la plupart des ministères fédéraux dotés d'un mandat de protection de l'environnement ont conclu des ententes de partage d'informations avec d'autres ministères, comme le Programme national de surveillance aérienne (PNSA) dirigé par TC, dans le cadre duquel l'incident de l'huile de poisson mexicaine a pu être détecté. Dans ce cas-là, l'équipage du PNSA a mis EC au courant de l'incident, qui a ensuite fait son propre suivi et déterminé que l'accusé avait vraisemblablement violé les dispositions de la *LCPE (1999)* sur l'immersion de substances en mer. Le *Règlement sur les avis de rejet ou d'immersion irréguliers*[50] en vertu de la *Loi sur les pêches* constitue un autre exemple. Dans le cadre de ce règlement, des représentants provinciaux et fédéraux sont désignés pour émettre des avis en cas de déversement. Ce système assure la diffusion des connaissances au sujet des incidents de pollution, tant au niveau des représentants provinciaux que des représentants fédéraux. Cela a pour effet d'accroître les chances qu'au moins un organisme considérera qu'une poursuite va dans l'intérêt du public.

50. DORS/2011-91.

Chapitre 19

La science et la défense des droits

Heather McLeod-Kilmurray[1]

Que doit savoir le défenseur de l'environnement au sujet de la science ? De quoi a-t-il besoin pour aider les juges à comprendre la science ? L'analyse des interrelations qui existent entre la science et le droit est poussée, et elle évolue constamment[2]. Ce chapitre porte sur un aspect beaucoup plus limité de ce débat, soit le rôle que joue la science dans la défense des droits dans les poursuites relatives à l'environnement.

Le premier point évident, qui revêt tout de même de l'importance, est que la majorité des avocats et des juges devant lesquels les défenseurs de l'environnement comparaissent ne sont pas des scientifiques. Par conséquent, il est crucial pour eux de savoir à quel moment la science s'avère nécessaire, à quel type de science il faut recourir, dans quelle mesure il faut y recourir ou encore, qu'il s'agisse de prouver l'infraction environnementale ou de démontrer une défense de diligence raisonnable. Il est important de faire en sorte que les divers objectifs soient clairs et de présenter les normes de preuve en droit ainsi qu'en

1. Heather McLeod-Kilmurray est membre à temps partiel du Tribunal de l'environnement de l'Ontario. Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l'auteure et ne représentent pas nécessairement celles du Tribunal de l'environnement.
2. Sidney N Lederman, « Judges as Gatekeepers : The Admissibility of Scientific Evidence Based on Novel Theories » dans Joost Blom et Hélène Dumont, éditeurs, *Science, vérité et justice* (Institut canadien d'administration de la justice, Themis, 2000) 218-242, [en ligne] <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/import/2000/Lederman-2000.pdf?id=1317&ts=1564513566> ; Juge Ian Binnie, « Science in the Courtroom : The Mouse that Roared » (2007) 56 *UNBLJ* 307 ; Susan Haack, « Of Truth, in Science and in Law » (2008) 73 :3 *Brook L Rév* 985-1008 ; John M Eisenberg, « What Does Evidence Mean ? Can the Law and Medicine be Reconciled ? » (2001) 26 :2 *J Health Pol* 369-381 ; Michelle M Mello et Troyen A Brennan, « Demystifying the Law/Science Disconnect » (2001) 26 :2 *J Health Pol* 429-438.

science. Et enfin, dans le cas d'affaires environnementales, la question de l'incertitude scientifique est pertinente et doit être considérée par les défenseurs.

OBJETS ET NORMES EN MATIÈRE DE SCIENCE ET DE POURSUITES RELATIVES À L'ENVIRONNEMENT

Dans le cadre d'une affaire judiciaire, décider dans quelles circonstances la science s'avère nécessaire, le type de science auquel on doit recourir et dans quelle mesure il faut y recourir dépend de l'objet du litige en question. Quel est l'objet de la science et quel rôle joue-t-elle dans le droit ? L'on soutient parfois que tant la science que le droit sont à la recherche de « la vérité », mais dans l'affaire *Daubert*, la Cour suprême des États-Unis a relevé certaines différences entre les deux :

> [s]cientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment – often of great consequence – about a particular set of events in the past[3].

Bien que les objectifs de la science et du droit semblent varier les uns des autres, les objectifs du droit varient également d'un domaine juridique à un autre. Ainsi, dans le domaine du droit de la responsabilité délictuelle, l'objectif principal consiste en une justice corrective entre les parties et par conséquent, la prépondérance des probabilités est le critère à apprécier. Dans le domaine du droit administratif, l'objectif consiste à déterminer si les mesures administratives étaient justes, efficaces et légitimes, par conséquent, la norme d'appréciation est généralement la raisonnabilité[4]. Et en matière d'affaires criminelles, les objectifs sont encore une fois différents, et ils sont encore plus spécifiques dans le cadre des poursuites relatives à l'environnement. Que faut-il prouver dans ces cas ?

Le *Code criminel*[5] lui-même peut s'attaquer à certains dommages causés à l'environnement[6], auquel cas la norme de preuve standard du droit criminel,

---

3. *Daubert* c *Merrell Dow Pharmaceuticals,* 509 United States Reports 579 (USA SC, 1993), p. 596-597 [*Daubert*].
4. H McLeod-Kilmurray « Placing and Displacing Science : Science and the Gates of Judicial Power in Environmental Cases » (2009) 6 *U Ott Law & Tech J* 25.
5. LRC 1985, c C-46.
6. Par exemple, en matière de négligence criminelle, de nuisance générale, de substances dangereuses (explosives) et de substances volatiles nocives – voir « Bringing a Private Prosecution » *(East Coast Environmental Law Summary*, vol. 11, été 2009), p. 1, [en ligne] <https://www.ecelaw.ca/media/k2/attachments/Summary_Series_3.pdf>.

hors de tout doute raisonnable, s'applique à la preuve à la fois du crime et des moyens de défense invoqués. Souvent, la peine imposée en cas d'infraction au Code est l'emprisonnement, sans compter que le fait d'être accusée d'un crime constitue un stigmate social considérable pour toute personne, même si le verdict final détermine qu'elle n'est pas coupable. Par conséquent, les tribunaux ont tendance à être fortement influencés par la nécessité d'éviter les condamnations injustifiées.

Pourtant, la majorité des dommages à l'environnement relève de lois spécifiques sur l'environnement, qui créent des interdictions ou définissent des violations sanctionnées généralement par des amendes (bien que, dans de rares cas, l'emprisonnement soit ordonné, surtout dans le cas de récidives ou de non-conformité aux ordonnances judiciaires). Jamie Benidickson nous donne plusieurs exemples de telles dispositions, y compris l'article 30 de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[7] et le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*[8] du gouvernement fédéral, faisant ainsi remarquer que [TRADUCTION] « dans le contexte de l'environnement, les infractions sont généralement décrites en tant qu'infractions environnementales ou qu'infractions contre le bien-être public […] ce qui peut être sous-divisé en trois autres catégories, soit les infractions *mens rea*, les infractions de responsabilité stricte et les infractions de responsabilité absolue […] les infractions environnementales tombent essentiellement dans la catégorie de la responsabilité stricte […][9] ».

Les objectifs de chacune de ces catégories d'infractions diffèrent de manière importante. Une *mens rea* complète signifie que le fardeau de la preuve relève entièrement du Code criminel, et que les peines sévères, telles que l'emprisonnement, nécessitent une norme de preuve plus élevée et une intention coupable de la part du défendeur. Les infractions de responsabilité absolue représentent une décision sociale considérablement différente – que la prévention et la sanction de certains types de conduite sont plus importantes que l'équité envers l'accusé.

Les infractions de responsabilité stricte, qui concernent la plupart des infractions environnementales, constituent ni plus ni moins un terrain d'entente. Ces infractions exigent du poursuivant qu'il prouve l'*actus reus* en fonction de la norme criminelle, c.-à-d. hors de tout doute raisonnable, mais ensuite, il incombe au défendeur de prouver qu'il a fait preuve de diligence raisonnable, suivant la norme civile de la prépondérance des probabilités. Tel qu'indiqué dans l'affaire *Wholesale Travel*, cela est attribuable au fait que « [l]es lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public […] contre

7. LRO 1990, c O-40.
8. LRC 1985, c F-14.
9. Jamie Benidickson, *Environmental Law*, 3e ed (Irwin, 2009), p. 159-160.

les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. […] Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle[10] ». Toujours selon cette affaire, « [a]lors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence[11] ».

Cela fait ressortir plusieurs aspects importants des infractions de responsabilité stricte. Ils visent à protéger le public contre les risques potentiellement néfastes, ce qui laisse entendre qu'un plus grand accent est mis sur la prévention des risques dans ces affaires que dans celles relevant du droit criminel, ainsi que sur la prévention des dommages futurs plutôt que sur l'imposition de peines pour les fautes passées, ce qui diverge énormément de l'objectif des infractions au *Code criminel* et nécessite, par conséquent, une norme de preuve différente. Cela est important lorsque vient le temps de choisir le type de science auquel on va recourir, la manière dont elle sera interprétée au tribunal et le degré de certitude requis.

INCERTITUDE, NORMES DE PREUVE ET DOMAINES SCIENTIFIQUES

Souvent, les affaires environnementales font non seulement appel à la science, mais sont également caractérisées par l'incertitude scientifique. À l'instar des normes de preuve, l'incertitude prend diverses formes avec différentes causes. Par exemple, il existe des incertitudes scientifiques évitables[12] qui découlent d'un manque de recherche, mais les incertitudes peuvent subsister même lorsque le plus haut degré d'investigation scientifique a été atteint, tout simplement parce que l'état actuel des connaissances scientifiques ne permet pas de répondre avec certitude à la question de savoir si tel contaminant a causé tel effet spécifique sur l'environnement ou sur la santé. Par ailleurs, il existe une différence importante entre la conscience de l'incertitude, dans laquelle nous pouvons prévoir et articuler, avec un certain degré de précision, au moins le niveau de risque potentiel, et les situations où nous ne savons pas que nous ne savons pas et dans lesquelles par conséquent nous procédons comme si nous avions la certitude lorsqu'en réalité nous ne l'avons pas.

---

10. *R* c *Wholesale Travel*, [1991] 3 RCS 154, p. 219.
11. *Ibid.*
12. W Wagner, « Choosing Ignorance in the Manufacture of Toxic Products » (1997) 82 *Cornell L Rev* 733, p. 780-782.

L'incertitude scientifique est plus susceptible de se manifester dans le cadre de poursuites pour violation de normes qualitatives plutôt que quantitatives. Considérons, par exemple, le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*, qui a fait l'objet de nombreuses poursuites relatives à l'environnement, tel qu'indiqué ci-dessous :

> […] 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.

À l'article 34 de la Loi, « substance nocive » signifie « [t]oute 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 ». La question de savoir si une substance est nocive est une question qualitative. Ce type d'infractions est plus sujet à interprétation que celles visant des normes quantitatives, qui reposent sur des limites numériques et mesurables à l'égard de substances ou d'émissions. Or, les affaires qui soulèvent des incertitudes scientifiques peuvent présenter d'importants risques pour l'environnement ou la santé et par conséquent, il est donc essentiel d'adopter une méthode efficace pour gérer l'incertitude scientifique de manière juste et efficace.

Divers outils ont été proposés pour faire face aux différents types et degrés d'incertitude scientifique à l'interface entre le droit et la science. Charles Weiss a mis au point une échelle subjective d'incertitude scientifique, qui est un outil permettant d'améliorer la précision et la rationalité du discours dans les controverses dans le cadre desquelles des généralistes non formés en sciences de la nature doivent juger du bien-fondé d'arguments contradictoires d'experts scientifiques et ce, afin de clarifier les probabilités de risques[13]. Selon Charles Weiss, cette échelle ressemble à l'échelle quantitative d'incertitude scientifique utilisée par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat. Cette échelle permet de mettre en lumière la probabilité numérique que les conclusions sur la science du changement climatique soient exactes[14]. Cependant, l'échelle de Weiss est subjective en ce sens qu'elle permet aux experts scientifiques d'exprimer leur degré d'incertitude subjective au sujet de

---

13. Charles Weiss « Expressing Scientific Uncertainty » (2003) 2 *Law, Probability and Risk* 25, p. 25.
14. Le rapport du GIEC de 2001 souligne que : « [l]es termes suivants ont été utilisés dans le texte du *Rapport de synthèse* […] : *pratiquement certain* (plus de 99 % de probabilité qu'un résultat soit vrai) ; *très probable* (90 à 99 % de probabilité) ; *probable* (66 à 90 % de probabilité) ; *moyennement probable* (33 à 66 % de probabilité) ; *peu probable* (10 à 33 % de probabilité) ; *très peu probable* (1 à 10 % de probabilité) ; et *extrêmement peu probable* (moins de 1 % de probabilité). Une fourchette d'incertitude explicite (±) est une fourchette probable ». *Changements climatiques 2001, Rapport de synthèse et résumé à l'intention des décideurs* (Box SPM-1), p. 5, [en ligne] <http://ise.unige.ch/isdd/IMG/pdf/Rapport_GIEC_2001.pdf>.

leur opinion. D'après lui, cette échelle peut aider à éviter le problème selon lequel les questions d'incertitude scientifique deviennent inextricablement imbriquées avec les différences de politique et de philosophie[15].

Charles Weiss essaie de faire en sorte que les avocats et les scientifiques puissent communiquer entre eux en alignant l'incertitude scientifique avec les normes de preuve standards. Par exemple, il fait correspondre le principe « hors de tout doute raisonnable » avec le degré de certitude scientifique « rigoureusement prouvé, selon lequel une ou plusieurs expériences critiques donnent un résultat non ambigu et exclut d'autres explications », puis il donne l'exemple suivant : « le SIDA est causé par le VIH ». La norme civile moins stricte de la prépondérance des probabilités s'apparente à l'approche scientifique du « plus probable qu'improbable. Si j'ai à faire un choix, cela semble plus vrai que faux », et l'exemple correspondant est [TRADUCTION] « il y a eu de l'eau liquide à la surface de la planète Mars à un moment donné au cours des 100 millions dernières années[16] ».

Une défense efficace de l'environnement dans le cadre de poursuites s'assurera que l'incertitude rattachée aux témoignages d'experts sera prise en compte et clarifiée. Dans le cas d'infractions réglementaires, on pourrait soutenir que puisque les objectifs diffèrent quelque peu de ceux de « vrais » crimes et que l'objectif consiste à protéger l'environnement et la santé de l'être humain, de même qu'à prévenir les risques de dommages, l'approche de précaution devrait être appliquée et l'incertitude devrait être résolue d'une manière qui pénalise la création de risques et qui les prévienne.

En plus de l'incertitude, un autre enjeu en matière de science et de droit a trait aux nombreux domaines de la science pouvant être concernés par les poursuites relatives à l'environnement. Les juristes doivent être au courant des différentes démarches utilisées dans ces domaines scientifiques, et ils doivent connaître les avantages et les inconvénients de leur utilisation dans le cadre d'affaires environnementales. Par exemple, dans des situations environnementales, la preuve scientifique peut notamment faire appel à des domaines scientifiques aussi variés que la médecine, l'épidémiologie, la santé publique, la salubrité de l'environnement, l'hydrogéologie, la géologie, le génie de l'environnement, le génie chimique de l'environnement, la toxicologie, l'hématologie et l'oncologie.

Par ailleurs, il est important de comprendre que certains de ces domaines scientifiques ont des objectifs, des normes et des échéanciers différents les uns des autres, à l'instar des divers domaines du droit. Par exemple, les épidémiologistes

15. Weiss, *supra* note 13, p. 26.
16. *Ibid.*, tableau 2.

peuvent attendre des générations avant d'aboutir à des résultats, et ils ont tendance à préférer les erreurs de type I aux erreurs de type II[17]. Ils attendent d'avoir une certitude quasi complète avant de formuler une opinion. Pour leur part, les médecins cliniciens doivent traiter le patient sur le champ, en fonction de la preuve dont ils disposent, aussi limitée soit-elle. Ils se fient davantage à ce qui ressemble le plus à la prépondérance des probabilités parce que leur échéancier est court et qu'ils doivent prendre une décision immédiate pour régler un problème immédiat. Par conséquent, ce domaine de la médecine s'apparente beaucoup plus aux rôles et aux réalités auxquels les avocats et les juges sont confrontés[18]. Cette compréhension peut également permettre d'éclairer le choix des types de preuve scientifique que les défenseurs peuvent vouloir présenter à la Cour dans le cadre d'une affaire environnementale.

TÉMOIGNAGE D'EXPERT, NOUVELLES DÉCOUVERTES SCIENTIFIQUES ET RECEVABILITÉ

Non seulement les plaideurs doivent choisir le type de preuve scientifique convenable et satisfaire à la norme de preuve appropriée, mais ils doivent également franchir le seuil de la recevabilité. Cette question a fait l'objet de nombreux débats aux États-Unis depuis la décision rendue en 1993 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daubert*, une affaire relevant de la responsabilité civile délictuelle au sujet d'un médicament présumé défectueux, qui traitait de la nouveauté scientifique et reconnaissait aux juges un plus grand rôle de « protecteur du public ». La Cour avait établi la norme de détermination de la recevabilité de la nouvelle preuve scientifique au procès[19], en développant une méthode en quatre parties qui mettait davantage l'accent sur l'évaluation par les pairs et l'« acceptation générale » par la communauté scientifique que la méthode précédente. La Cour avait souligné que la méthodologie et non les résultats était au centre des préoccupations. Il est intéressant de remarquer que la Cour a admis que la science ne présente aucune certitude et qu'elle a exigé que le taux d'erreur connu ou potentiel, ainsi que l'existence et le maintien de normes régissant le fonctionnement de la technique soient clarifiés. Dans l'affaire *Daubert*, la Cour a reconnu les risques inhérents à cette approche plus stricte de la recevabilité :

17. Les erreurs de type I reviennent à dire qu'une substance n'est pas dangereuse alors qu'on apprend plus tard qu'elle l'est. Les erreurs de type II affirment qu'une substance est dangereuse alors qu'en réalité, elle ne l'est pas. – Voir *Reference Manual on Scientific Evidence*, États-Unis, 3e éd (Federal Judicial Centre, National Research Council : 2011), p. 176.
18. Voir Eisenberg *supra* note 2, tel que résumé dans Mello et Brennan, *supra* note 2, p. 430.
19. *Ibid.*

> We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding but for the particularized resolution of legal disputes[20].

Pour leur part, les tribunaux canadiens ont tendance à être moins stricts en matière de recevabilité. Dans l'affaire pénale *R* c *Mohan*[21], la Cour suprême du Canada a énoncé quatre critères en vue de la recevabilité d'un témoignage d'expert au Canada :

(a) la pertinence ;

(b) la nécessité d'aider le juge des faits ;

(c) l'absence de toute règle d'exclusion ; et

(d) un expert dûment qualifié[22].

La pertinence signifie que le témoignage doit être logiquement pertinent et implique d'évaluer « si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si son effet sur le juge des faits est disproportionné par rapport à sa fiabilité », ce qui est appelé « le facteur fiabilité-effet[23] ». Un autre élément consiste à se demander si le jury peut être dérouté par « la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science » en raison de sa complexité et du statut des experts[24]. Puis, la Cour a ajouté qu'« une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert[25] ».

Dans le cadre d'une autre affaire à propos d'un appareil médical, la Cour s'est également penchée sur le poids à donner à la preuve scientifique en déclarant que le message sous-jacent tiré de l'affaire *J.-L. J.*, dont il est question dans le *Rapport Goudge*, c'est qu'en attribuant un poids à des éléments individuels de preuve scientifique, la Cour doit porter attention à leur objectif et à leur méthodologie sous-jacente et doit être guidée par les méthodes et les

---

20. *Daubert*, *supra* note 3, p. 596-597.
21. [1994] 2 RCS 9. Cette affaire cherchait à déterminer dans quelles circonstances la preuve d'expert est recevable pour démontrer que les caractéristiques d'un accusé ne correspondent pas au profil psychologique de l'auteur présumé des infractions reprochées (par 1).
22. *Ibid.*, par 17.
23. *Ibid.*, par 18.
24. *Ibid.*, par 19.
25. *Ibid.*, par 28.

principes généralement acceptés et appliqués au sein des communautés scientifiques pertinentes.

Il est important de remarquer qu'au Canada, les affaires les plus importantes en matière de recevabilité, soit *Mohan*, *Trochym* et *J-LJ*, sont des affaires criminelles. Dans l'affaire *Trochym*, la Cour a mis l'accent sur « la nécessité d'analyser soigneusement la fiabilité et l'effet préjudiciable de la preuve présentée contre un accusé et de préserver l'équité fondamentale du processus pénal[26] » pour éviter une éventuelle condamnation erronée, « particulièrement […] lorsque, comme dans le présent pourvoi, la liberté de l'accusé est en jeu[27] ». Les tribunaux canadiens ont tendance à être moins stricts en ce qui concerne la recevabilité, mais cela dit, les plaideurs doivent tout de même considérer l'importance de ce potentiel obstacle à la preuve scientifique. Encore une fois, il est important de souligner que, dans le contexte des infractions réglementaires environnementales, il existe un argument encore plus grand en faveur de l'adoption d'approches moins strictes en matière de recevabilité.

EXEMPLES

Un bref aperçu de certains exemples de poursuites relatives à l'environnement permettra de comprendre comment la science fait son apparition, et quels sont les types de science présentés, dans le cadre de poursuites relatives à l'environnement.

Plusieurs affaires ont porté sur le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* et sur la question des substances nocives. Dans *R* c *Williams*[28], le ministère des pêches et des océans a poursuivi en justice la société minière défenderesse pour avoir rejeté des substances nocives dans le lac Moose, dont de l'arsenic, du cyanure et du cuivre. Ce rejet découlait du débordement de 3 000 gallons d'eaux d'exhaure et d'eaux pluviales provenant d'un bassin de sédimentation et qui se sont écoulées dans le lac en raison de la crépine bloquée d'une pompe du bassin. La question était de savoir si, en vertu de cette loi, le terme « nocive » se rapporte à la nature même de la substance où à ses effets sur l'eau dans laquelle elle se déverse. Cette question litigieuse a été souvent examinée, notamment dans les affaires *R* c *Kingston*[29] et *R* c *MacMillan Bloedel (Alberni) Ltd*[30], pour lesquelles les Cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont statué que ce qui est défini en l'espèce, c'est la substance qui est ajoutée à l'eau,

26. 2007 CSC 6, par 1.
27. *Ibid.*, par 33.
28. 2007 ONCJ 163.
29. (2004), 70 OR (3d) 577 (CA Ont) [*Kingston*].
30. (1979), 47 CCC (2d) 118 (CA CB).

et non pas l'eau après l'ajout de la substance. Le tribunal a également abondé dans ce sens dans l'affaire *Williams Operating*[31].

En fait, l'affaire *R* c *Kingston* est un exemple typique d'une affaire qui a commencé en tant que poursuite privée, lancée lorsque Janet Fletcher a intenté des poursuites contre la Ville (après quoi le ministère de l'environnement de l'Ontario (MEO) a entamé sa propre poursuite). Cette affaire portait sur une fuite de lixiviat provenant d'un site d'enfouissement municipal. D'un point de vue scientifique, Mme Fletcher avait fait prélever des échantillons pour elle-même à quatre reprises, et plus tard, le MEO a obtenu ses propres échantillons. Tous ces échantillons, et les résultats de leurs tests, ont servi de preuves dans le cadre de cette affaire, preuves sur la base desquelles la Ville a été condamnée, la municipalité n'ayant fourni aucune preuve de diligence raisonnable. Le procès a duré 25 jours et, encore une fois, s'est basé sur une preuve scientifique considérable concernant notamment des tests de nocivité et de létalité aiguë. Le juge d'instance a déclaré qu'il s'agissait d'une affaire épineuse et a mentionné que de nombreux témoins s'étaient avérés nécessaires pour établir la légalité d'une série de preuve en ce qui a trait aux échantillons, à l'analyse, aux dossiers et aux pièces à conviction, deux cent vingt-sept éléments en tout[32].

Bien que l'enjeu principal de toutes ces affaires se rapportait, au bout du compte, à l'interprétation législative du paragraphe 36(3), la science a tout de même joué un rôle important. En effet, dans le cadre de l'appel dans l'affaire *Kingston*, une des questions soulevées consistait à déterminer si le juge de première instance avait omis de prendre en compte des éléments de preuve pertinents. La Cour d'appel a confirmé la décision et a déclaré que même si les motifs énoncés par le juge de première instance ne sont pas exhaustifs, ils démontrent néanmoins une compréhension complète des enjeux complexes de la preuve scientifique qui lui a été présentée et que, par conséquent, la Cour conclut que le jugement ne révèle pas de manque de considération de preuves pertinentes[33].

Une autre poursuite qui a retenu l'attention du public concerne l'affaire *R* c *Syncrude Canada Ltd*[34], dans laquelle la société défenderesse était accusée de ne pas avoir entreposé une substance dangereuse de manière à ce qu'elle n'entre pas en contact avec les animaux, en violation de l'article 155 de l'*Environmental Protection and Enhancement Act de l'Alberta* [35], et d'avoir déposé une substance nocive pour les oiseaux migrateurs dans une aire fréquentée par de

31. *R* c *Williams Operating Corp,* 2008 ONSC 5646, par 85 et 87.
32. *Kingston*, *supra* note 29, par 93.
33. *Ibid.,* par 95.
34. 2010 ABPC 229.
35. RSA 2000, c E-12.

tels oiseaux, en violation du paragraphe 5.1(1) de la *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs du Canada*[36]. Plus d'un millier d'oiseaux sont morts après avoir été piégés dans le bitume d'un bassin de résidus. Plusieurs experts ont présenté des éléments de preuve, dont un expert en comportement animal et en recherche spécialisée en dissuasion aviaire qui a expliqué à la Cour les caractéristiques d'un système minimal et raisonnable de dissuasion des oiseaux. Une grande partie des informations scientifiques présentées avait pour but de prouver le bien-fondé de la défense de diligence raisonnable. La Cour a dû évaluer les enjeux scientifiques liés, entre autres, à l'exploitation de bassins de résidus et à la composition des substances qui s'y trouvent, à la technologie des systèmes de dissuasion des oiseaux, de même qu'aux trajectoires de vol et aux habitudes migratoires des oiseaux. Tous ces éléments ont été présentés par des témoins-experts de même que par des employés chevronnés des défendeurs. La diversité et la complexité de la science étaient remarquables.

Et enfin, une autre poursuite privée, qui a eu gain de cause, est celle de *Podolsky* c *Cadillac Fairview Corp*, au sujet d'infractions à la *Loi sur la protection de l'environnement* (LPE) de l'Ontario et à la *Loi sur les espèces en péril* du fédéral, infractions qui se sont soldées encore une fois par la mort d'oiseaux, mais cette fois en raison de collisions avec des immeubles de bureaux[37]. Le procureur privé, qui était en l'occurrence le groupe de défense des droits environnementaux Ecojustice et non un particulier, a réussi à prouver les infractions, mais la défense de la diligence raisonnable a été acceptée. Des éléments de preuve scientifique ont été présentés, dont un témoignage d'un expert en ornithologie, des connaissances sur la physique du rayonnement lumineux, ainsi que le fait que la société soit de plus en plus sensibilisée à la problématique des collisions d'oiseaux. Encore une fois, une grande partie de la preuve se rapportait à l'analyse de la diligence raisonnable, et pourtant, l'opinion de l'expert sur la physique de la lumière a joué un grand rôle pour que la Cour accepte le nouvel argument de la poursuite, selon lequel le rejet d'un contaminant en vertu de l'article 14 de la LPE pourrait inclure l'émission d'un rayonnement lumineux[38].

---

36. LC 1994, c 22.
37. Dans l'affaire *Podolsky* c *Cadillac Fairview Corp*, 2013 ONCJ 65, par 3, l'infraction est établie comme le fait de: « causing or permitting the discharge of a contaminant, namely radiation (light), from reflective glass, including windows, that caused or was likely to cause an adverse effect, namely death or injury to birds, contrary to subs. 14(1) of the *Environmental Protection Act*, RSO 1990, c E.19 » et « killing, harming, or taking individuals of a wildlife species, namely Canada Warblers or Olive-sided flycatchers, that are listed as a 'threatened' species, by having or using highly reflective glass, including windows, contrary to the Species at Risk Act, s 32(1) ».
38. *Ibid.*, par 15-18 et 68-71.

CONCLUSION

La science constitue un élément essentiel des poursuites judiciaires relatives à l'environnement. Les défenseurs de l'environnement et les juges doivent comprendre quel type de preuve scientifique s'avère nécessaire, de même que les objectifs, les méthodologies et les normes de chacun des domaines scientifiques, puis ils doivent les appliquer de manière appropriée aux normes de preuve judiciaire pertinentes. Ils doivent également être conscients des divers types d'incertitude scientifique, et se familiariser avec des outils tels que l'échelle d'incertitude de Weiss afin que les défenseurs de l'environnement et les scientifiques puissent communiquer, si ce n'est pas dans le même langage, du moins de manière à se comprendre.

Chapitre 20

Retour sur les poursuites privées : l'importance toujours actuelle des poursuites privées pour protéger l'environnement

John Swaigen, Albert Koehl et Charles Hatt

Bien que le droit canadien confère au poursuivant privé des pouvoirs étendus pour conduire lui-même sa cause, en pratique ces pouvoirs sont très rarement utilisés. À notre avis, cependant, la faible fréquence d'utilisation de ces pouvoirs n'est pas en rapport avec leur valeur […][1].

Lorsqu'un contact formel et constructif entre le citoyen et le système judiciaire se traduit par un contrôle plus rigoureux sur les pouvoirs discrétionnaires de l'Administration, c'est la société dans son ensemble qui en profite[2].

Commission de réforme du droit du Canada, 1986

---

1. Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites privées*, Document de travail 52 (Ottawa : Commission de réforme du droit du Canada, 1986), p. 33. La Commission a fait remarquer que ces pouvoirs sont plus grands dans le cadre des affaires de déclaration de culpabilité par procédure sommaire. La Commission a recommandé que les anomalies qui imposent des restrictions aux droits d'un poursuivant privé en matière d'infractions punissables par mise en accusation soient retirées.
2. *Ibid.*, p. 34. Dans le même paragraphe, la Commission poursuit ainsi :

   […] le type de rétribution qui s'exerce lorsque le citoyen procède par les voies légales est certainement préférable aux autres formes non réglementées de vengeance auquel celui-ci pourrait éventuellement recourir. En outre, la charge de travail croissante à laquelle le ministère public fait face régulièrement pourrait, ne serait-ce que dans une faible mesure, être allégée par un système qui fournirait une voie subsidiaire au citoyen lorsque celui-ci s'estime mal servi par le système des poursuites publiques. Enfin, nous sommes convaincus que cette forme de participation du citoyen et de la victime aurait pour effet de

Vers la fin des années 1960 et le début des années 1970, lorsque les canadiens ont pris conscience de la réalité d'une crise environnementale grandissante, les avocats, les groupes environnementalistes et les citoyens inquiets se sont rapidement mis à la recherche de recours judiciaires efficaces. Les actions civiles et les contrôles juridictionnels n'étaient pas souvent disponibles parce qu'il n'existait pas de droits environnementaux officiels et en raison du pouvoir discrétionnaire dont jouissait le gouvernement de par la loi, de la menace d'attribution de dépens en cas de décision défavorable, des exigences en matière d'intérêt à agir et d'autres obstacles à la justice environnementale. L'un des premiers outils vers lequel ils se sont tournés était la poursuite pénale privée. Quarante ans plus tard, l'urgence de la nécessité de protéger l'environnement persiste, et les poursuites privées demeurent parfois l'outil judiciaire le plus efficace à la disposition des particuliers et des organisations non gouvernementales de l'environnement (ONGE) pour lutter contre les infractions aux lois environnementales. La pertinence et l'importance continues des poursuites environnementales privées sont démontrées par le succès récent des poursuites privées dans les affaires *Syncrude* et *Cadillac Fairview*, dont il est question plus loin.

LES DEMANDES D'ENQUÊTE (AVANT LA POURSUITE PRIVÉE)

Dans le meilleur des mondes, les poursuites privées ne seraient pas nécessaires. Si un citoyen faisait part d'inquiétudes au sujet de violations de la loi à la police ou à un organisme de réglementation, les violations feraient l'objet d'une enquête. En présence de preuves, la loi serait mise en application par des procureurs de la Couronne ou des avocats chevronnés et objectifs, employés par les organismes de réglementation dans le but de mettre la loi en application. Toutefois, ce monde idéal n'existe pas. Dans la vraie vie, les organismes d'application de la loi manquent souvent de personnel ou de ressources, ou encore, ils sont dotés de personnel inexpérimenté et réticent à intenter des poursuites ou à recourir à d'autres outils de mise en application, comme les ordonnances, particulièrement lorsque le présumé auteur de l'infraction est un autre organisme gouvernemental, voire leur propre ministère.

À la lumière de ces défis évidents, peu de personnes envisageant la poursuite privée d'une infraction réglementaire se lanceront dans une telle aventure sans commencer par considérer ou épuiser les autres options. La première option consiste toujours à signaler l'infraction à l'organisme gouvernemental compétent, comme la direction des inspections ou des enquêtes du

---

promouvoir les valeurs démocratiques fondamentales, tout en […] rehaussant l'image générale du système d'administration de la justice au sein de l'État canadien.

ministère de l'environnement. Lorsque cette démarche ne porte pas fruits, il est possible de faire une demande d'enquête plus officielle (conformément à des outils de participation citoyenne). Malheureusement, puisque, par le passé, l'issue des demandes de ce genre était plutôt décourageante[3], la personne concernée voudra considérer avec soin les retards probables – et l'incidence sur la preuve ou les délais de prescription – pour avoir une attente réaliste vis-à-vis de l'implication du gouvernement.

Plusieurs lois fédérales confèrent également des droits de faire une demande d'enquête. Par exemple, l'article 17 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* permet à un citoyen de faire une demande d'enquête officielle moyennant le respect d'un échéancier particulier. L'article 93 de la *Loi sur les espèces en péril* prévoit un processus semblable. En vertu du paragraphe 22(1) de la *Loi sur le vérificateur général*, les particuliers peuvent présenter des pétitions à un ministère du gouvernement fédéral. La pétition peut comprendre une demande officielle d'enquête au sujet d'une violation particulière[4]. En pratique cependant, ces demandes mènent plus souvent à des frustrations qu'à des poursuites judiciaires à l'égard des présumées violations.

Sur le plan de la politique publique, il n'est pas nécessaire que le gouvernement ait le monopole en matière de mise en application de la loi. Les poursuites privées sont essentielles à la promotion des objectifs sociaux d'accès à la justice, de transparence et de responsabilité du gouvernement. Cela est d'autant plus vrai pour les régimes de protection de l'environnement. Comme l'a fait remarquer la Commission de réforme du droit du Canada en 1986 :

> D'autre part, certains types d'infractions peuvent être plus susceptibles de donner lieu à l'engagement de poursuites privées par des citoyens ou des groupes. Parmi ces types d'infractions, les premières qui viennent à l'esprit sont les infractions liées à la qualité de l'environnement et à la protection du consommateur […]. Des groupes importants s'emploient à promouvoir les valeurs qui sous-tendent la

3. Par exemple, l'art 74 de la *Charte des droits environnementaux de l'Ontario, 1993*, LO 1993, c 28, permet à deux citoyens de signer une demande d'enquête à l'attention de certains ministères et en vertu de lois prescrites, dont la *Loi sur la protection de l'environnement*, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et d'autres lois à caractère environnemental. Le commissaire à l'environnement de l'Ontario (CEO) signale qu'au cours des dix premières années suivant l'entrée en vigueur de cette disposition, environ 36 pour cent des demandes d'enquête ont fait l'objet d'une enquête (source : CEO, présentation Powerpoint, 17 juin 2008, David McRobert, avocat, à l'atelier EBR de l'ONGE). Cependant, même lorsque les demandes mènent à une « enquête », cela ne se traduit souvent que par un exercice de bureaucrate ne faisant pas appel à des enquêteurs, mais plutôt à une décision fondée sur des considérations politiques visant à oublier les accusations de non-conformité. Il arrive très peu souvent que les enquêtes se traduisent par des accusations.

4. Ces pétitions sont acheminées aux ministères pertinents, après quoi les échéanciers et les réponses sont examinés par le commissaire à l'environnement et au développement durable (CEDD), poste qui a été créé en vertu de la loi. (Cependant, le CEDD n'a aucunement le pouvoir de forcer un ministre à agir – et il existe peu de recours lorsque les représentants du gouvernement ne respectent pas les délais prévus par la loi.)

législation dans ces domaines. Or, pour des raisons que nous verrons plus loin, ce type de quasicrime ou d'infraction à caractère réglementaire semble plus susceptible d'avoir un rang peu élevé dans l'ordre de priorité du ministère public ou du procureur de la Couronne[5].

LE RÔLE DU POURSUIVANT PRIVÉ EN VERTU DE LA *COMMON LAW* ET DES LOIS CANADIENNES

Historiquement, un citoyen en Grande-Bretagne disposait d'un droit de *common law*, généralement absolu, d'intenter des poursuites contre toute infraction à la loi. C'est ce que l'on appelle un droit « fondamental », qui est toujours en vigueur de nos jours[6]. En vertu du *Code criminel*, le Canada a adopté le droit criminel de l'Angleterre, sauf lorsque celui-ci a été modifié par le Code ou par toute autre loi fédérale. Puisque le Code et les autres lois fédérales n'empêchent pas les poursuites privées (sauf dans quelques situations où une loi prévoit, par exemple que la poursuite nécessite le consentement du procureur général ou du ministre d'un organisme de mise en application), le citoyen canadien dispose du même droit d'intenter des poursuites contre des infractions criminelles ou d'autres infractions d'ordre fédéral que dans le cadre de la *common law*, tout au moins en ce qui a trait aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité[7].

Il en est de même des infractions d'ordre provincial, qu'elles soient poursuivies en vertu des procédures sommaires de déclaration de culpabilité du *Code criminel* ou en vertu des lois provinciales. Par exemple, en Ontario, les poursuites en cas de violations des lois provinciales et des règlements municipaux se font en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* (LIP) et non pas en vertu des dispositions sur les procédures sommaires du *Code criminel*. La LIP prévoit explicitement une poursuite privée lorsque le poursuivant dépose devant un juge une dénonciation[8].

---

5. Commission de réforme du droit du Canada, *supra* note 1, p. 3.
6. Richard Jackson, *The Machinery of Justice in England*, 5e éd (Cambridge : Cambridge University Press, 1967), p. 129-301.
7. L'art 504 du *Code criminel* prévoit que « quiconque » a des motifs raisonnables de croire qu'une autre personne a commis une infraction punissable peut déposer une dénonciation devant un juge de paix. « Quiconque » réfère clairement à un poursuivant privé. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 504.
8. *Loi sur les infractions provinciales*, RSO 1990, c P.33, art 23 [*LIP*] ; l'art 3 de la loi albertaine intitulée *Provincial Offences Procedure Act*, RSA 2000, c P-34 [*POPA*], prévoit que les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent à toutes les questions visées par la *POPA*. Par conséquent, cette loi n'empêche pas les poursuites privées au titre des infractions aux lois albertaines et aux lois municipales.

LE RÔLE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DANS LES POURSUITES PRIVÉES

Même si le droit d'intenter des poursuites privées est bien établi, il est loin d'être sans entrave. Les procureurs généraux des provinces ont le droit d'intervenir dans le cadre d'une poursuite privée. Ils peuvent retirer, suspendre ou aller de l'avant avec les accusations. Advenant que le procureur général retire ou suspend une accusation, il peut alors y substituer sa propre accusation et aller de l'avant ou encore, il peut simplement empêcher la poursuite d'aller de l'avant. L'une des rares restrictions imposées à ce pouvoir discrétionnaire est que, lorsqu'une dénonciation a été présentée à un juge, le procureur général ne peut pas retirer les accusations tant que le juge n'a pas décidé s'il y a lieu de poursuivre ou non[9]. Cela dit, cette restriction n'empêche pas le procureur général de surseoir aux accusations en tout temps après le dépôt de la dénonciation[10]. Il a été décidé que le devoir constitutionnel de la Couronne de consulter les Premières Nations avant de prendre des décisions touchant à leurs droits ne comprend pas un devoir de la part du Procureur général de consulter un dénonciateur appartenant à une Première Nation avant de décider de surseoir à sa poursuite[11].

LE RÔLE DES TRIBUNAUX EN MATIÈRE DE SUPERVISION DES POURSUITES PRIVÉES

Bien que le procureur général dispose d'un pouvoir quasi absolu de surseoir à une poursuite privée ou d'en prendre le contrôle, les tribunaux ont des pouvoirs beaucoup plus limités en étant restreints à la prévention des poursuites abusives. Fondamentalement, les tribunaux ont le même pouvoir de contrôler l'intégrité de la procédure tant dans le cadre de poursuites privées que dans le cadre de poursuites publiques. À ce sujet, un tribunal de l'Ontario a déclaré que le fait d'intenter une poursuite privée en vertu de la LIP est un droit, conféré par la loi, que les tribunaux devraient se montrer réticents à altérer[12].

---

9. *Dowson* c *La Reine*, [1983] 2 RCS 144. Voir également *Buchbinder* c *La Reine*, [1983] 2 RCS 159.
10. *R* c *McHale*, 2010 CAO 361.
11. *Labrador Métis Nation* c *Canada (Procureur général)*, 2005 CF 939. Incidemment, il s'agissait d'une poursuite relative à l'environnement : une accusation contre la province de Terre-Neuve-et-Labrador en raison de la destruction présumée de l'habitat du poisson, ce qui allait à l'encontre de l'article 35 de la *Loi sur les pêches*. Accueillie, 2006 CAF 393.
12. *Ontario Realty Corp* c *Sanford,* 2003 CanLII 44477 (CS Ont).

RECOMMANDATIONS EN VUE DE LA RÉFORME DE LA POURSUITE PRIVÉE

L'examen du système britannique ou canadien de droit pénal permet de déterminer que les poursuites privées portent tellement peu à controverse qu'elles méritent peu ou pas d'attention (par exemple, le rapport du comité Martin)[13] ou encore, que les auteurs ont recommandé que les poursuites privées soient maintenues[14]. Lorsque l'Ontario a adopté sa LIP en 1979, le législateur a reconnu à toute personne le droit d'entamer une poursuite privée en déposant une dénonciation, et ce, en se fondant sur l'obligation d'un poursuivant privé de convaincre le juge de paix qu'il existe des motifs probables et raisonnables de croire que l'infraction a été commise, et, pour ce faire, de faire une déclaration sous serment afin d'offrir une protection adéquate contre les poursuites abusives[15].

Les raisons principales du maintien des poursuites privées (à part le fait qu'il y en a très peu) sont les suivantes : les poursuites privées donnent accès à la justice (une valeur consacrée par la Charte) et responsabilisent davantage le gouvernement. Un commentateur est allé jusqu'à suggérer qu'il relève non seulement du privilège, mais aussi du devoir d'un particulier de préserver la Paix du roi et de traduire les contrevenants en justice[16].

Une autre raison à l'appui des poursuites privées, c'est que celles-ci aident l'État à mettre ses lois en application lorsqu'il ne dispose pas de ressources suffisantes pour une mise en application rigoureuse. Même si elle est peu souvent reconnue de nos jours, la nécessité d'une telle aide a déjà été considérée comme tellement importante que des lois ont été adoptées pour encourager les poursuites privées, en prévoyant que les amendes imposées par les tribunaux puissent être partagées avec le procureur. Au moins une de ces dispositions a

---

13. G Arthur Martin, président, éd, *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (Toronto : Queen's Printer for Ontario, 1993) [rapport du comité Martin] ; Criminal Justice Review Committee, *Report of the Criminal Justice Review Committee* (Toronto : Queen's Printer for Ontario, 1999) ; Commission du droit de l'Ontario, *Modernization of the Provincial Offences Act : Final Report* (Toronto : Commission du droit de l'Ontario, août 2011), [en ligne] <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2011/10/POA-Final-Report.pdf>.
14. *Supra* note 1 ; Justice (Society) Criminal Justice Committee, *The Prosecution Process in England and Wales* (London, UK : Justice Educational and Research Trust, 1970) ; Peter Burns, « Private Prosecutions in Canada : The Law and a Proposal for Change » (1975) *21 McGill LJ* 269 ; Commission de réforme du droit du Canada.
15. Juge D Drinkwalter et juge D Ewart, *Ontario Provincial Offences Procedure* (Toronto : Carswell, 1980), p. 79. Les juges Drinkwalter et Ewart font remarquer à la p. 48 que bien que les poursuites privées puissent continuer en vertu de la partie III de la *LIP*, qui a trait aux poursuites entamées à la lumière d'une dénonciation traditionnelle, les poursuites privées ne sont pas disponibles en vertu de la partie I, qui prévoit la méthode plus rationalisée de délivrance d'« amendes » en raison des conséquences par défaut et du fait que la Loi assure la responsabilisation du ministère vis-à-vis de la délivrance d'avis d'amendes ou d'une sommation en vertu de la partie I.
16. Voir BM Dickens, « Control of Prosecutions in the United Kingdom », (1973) *Int'l & Comp LQ* 1, p. 2, cité dans Burns, *supra* note 14.

survécu pendant des siècles et figure toujours dans nos textes de loi à ce jour[17]. L'idée que les représentants du gouvernement n'auraient plus besoin d'aide du privé pour mener à bien leurs fonctions de mise en application est remise en question par les compressions du personnel chargé de la mise application des lois et de budgets ministériels, telles que signalées dans les récents débats du Hansard et dans les médias[18].

LES AVANTAGES DE LA POURSUITE PRIVÉE EN TANT QU'OUTIL À LA DISPOSITION DES CITOYENS : LES DÉPENS ET LES OBSTACLES PERMANENTS

Tel que mentionné précédemment, les poursuites présentent un certain nombre d'avantages par rapport aux actions civiles et aux demandes de contrôle juridictionnel comme méthode d'application des lois sur l'environnement. Plus important encore, il n'existe pas d'obstacles « permanents » puisque le poursuivant n'est pas obligé de subir un préjudice ou une perte découlant de l'infraction pour avoir le droit de poursuivre le contrevenant en justice. Par ailleurs, même si le poursuivant n'est pas en mesure de récupérer les dépens auprès du défendeur s'il gagne sa cause, aucun dépens ne peuvent être imputés au poursuivant qui ne réussit pas à obtenir une condamnation, sauf dans des circonstances exceptionnelles[19]. De plus, cette immunité contre les dépens s'applique aussi, dans une grande mesure, à un appel en cas de déclaration de non-culpabilité.

---

17. Le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art 62, en vertu de la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, prévoit que la moitié de toute amende découlant d'une poursuite privée doit être remise au dénonciateur privé.

18. Voir, par exemple, Paul McLeod, « Ottawa axes fisheries staff, offices » *The Chronicle Herald* (27 juin 2012) ; Pêches et Océans Canada, « Rapport financier trimestriel pour le trimestre terminé le 30 juin 2012 », [en ligne] <http://www.dfo-mpo.gc.ca/qfr-rft/2012-13/Q1-eng.htm> ; Mark Hume, « Austerity Measures threaten to sink salmon biologist jobs », *The Globe and Mail* (26 octobre 2012), [en ligne] <https://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/austerity-measures-threaten-to-sink-salmon-biologist-jobs/article4677593/> ; Rob Ferguson, « Ministry of Natural Resources job cuts, office closures coming, province says », *The Toronto Star* (28 juin 2012), [en ligne] <https://www.thestar.com/news/canada/2012/06/28/ministry_of_natural_resources_job_cuts_office_closures_coming_province_says.html>.

19. Dans le cadre de l'une des toutes premières poursuites privées de l'Ontario, la Cour a reconnu le défendeur coupable d'avoir exploité une usine de charbon sans avoir eu l'approbation requise en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement*. Cependant, puisque le juge estimait que la poursuite n'était pas nécessaire, car il considérait que le ministère de l'environnement avait bien pris l'affaire en mains, il a mis les dépens à la charge du poursuivant qui a remporté l'affaire. L'attribution des dépens a toutefois été renversée au moment de l'appel. Voir *R* c *Adventure Charcoal Enterprises Ltd*, (1972) 9 CCC (2d) 81. Voir également « Charcoal plant fined $500 in first private prosecution under Ontario *Environmental Protection Act* », *Canadian Environmental Law News* (avril 1972), p. 1.

LES DÉSAVANTAGES DES POURSUITES PRIVÉES : LA DIFFICULTÉ À RÉUNIR LA PREUVE (ET À LA DIVULGUER)

Qu'elle soit privée ou publique, la réussite d'une poursuite n'est pas chose facile parce que le poursuivant doit parvenir à satisfaire au fardeau de la preuve en matière criminelle en prouvant l'infraction hors de tout doute raisonnable, contrairement au fardeau de la preuve en matière civile qui obéit à la prépondérance des probabilités. Une des raisons pour lesquelles il n'y aura jamais trop de poursuites privées, c'est parce qu'il est difficile d'obtenir une preuve suffisante pour satisfaire à ce fardeau ou pour réfuter une défense basée sur la diligence raisonnable. Bien que le poursuivant ne soit pas obligé de prouver l'absence de diligence raisonnable en respectant le standard criminel, il peut être difficile pour lui d'obtenir une preuve suffisante de l'absence de diligence raisonnable pour réfuter la preuve de diligence raisonnable invoquée par le défendeur. Il est particulièrement difficile pour un poursuivant privé d'obtenir la preuve d'un manque de diligence raisonnable. Bien qu'il n'ait aucune obligation juridique de prouver ce manque ou cette absence de diligence raisonnable, il est difficile de réussir sans, à tout le moins, une certaine preuve qui abonde dans ce sens. Comme le juge en chef du Canada Dickson l'a fait remarquer dans l'affaire *Sault Ste Marie*, il est juste que l'obligation d'établir la diligence raisonnable incombe au défendeur, parce que le défendeur dispose habituellement de toutes les informations existantes concernant les mesures qui ont été prises pour empêcher que l'infraction ne se produise[20]. Malgré cela, la prudence dicte généralement à un organisme public d'application de la loi ou un poursuivant privé qu'il possède, à tout le moins, certains éléments de preuve justifiant l'absence de diligence raisonnable au lieu de s'en remettre entièrement au fardeau de la preuve pesant sur le défendeur.

Les problèmes d'ordre pratique les plus graves auxquels le poursuivant privé fait face, surtout en ce qui a trait aux lois environnementales, se rapportent à l'obtention de la preuve nécessaire pour prouver l'accusation[21]. L'organisme gouvernemental de mise en application des lois est doté d'inspecteurs et d'enquêteurs. Les inspecteurs sont habilités à pénétrer sur les lieux pour y faire des inspections, et la loi exige souvent d'une entreprise réglementée qu'elle collabore avec les inspecteurs. Le poursuivant privé, pour sa part, ne dispose pas de tels outils. Lorsque l'inspection se transforme en enquête et en collecte de

---

20. *R* c *Sault Ste Marie*, [1978] 2 RCS 1299 [*Sault Ste Marie*], selon le juge Dickson qui a déclaré, que dans le cas d'une affaire normale, seul l'accusé sait ce qu'il a fait pour éviter l'infraction et il n'est pas inapproprié de s'attendre à ce qu'il présente une preuve de diligence raisonnable.
21. Voir, par exemple, SH Berner, *Private Prosecution & Environmental Control Legislation : A Study Commissioned by the Department of the Environment* (Vancouver : Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, septembre 1972), p. 22-26.

preuves en vue d'une poursuite éventuelle, un mandat de perquisition peut s'avérer nécessaire[22]. Le *Code criminel* et les lois provinciales régissant les infractions ne semblent pas empêcher un juge de délivrer un mandat de perquisition à un particulier, mais les auteurs de ce chapitre ne sont pas au courant du fait qu'un poursuivant privé ait jamais réussi à obtenir un tel mandat, sans compter qu'une telle demande serait susceptible d'être accueillie avec beaucoup de scepticisme. Les lois sur l'accès à l'information prévoient l'accès sur demande à certains renseignements de nature gouvernementale, mais cela dit, elles sont assujetties à de vastes exceptions et impliquent de longs délais qui risquent de dépasser les délais prescrits pour la mise en accusation.

Il peut arriver que les représentants du gouvernement décident volontairement de partager la preuve avec un poursuivant privé sans qu'une demande officielle ne soit faite en vertu des lois sur l'accès à l'information, mais comme l'a fait remarquer S.H. Berner dans une étude sur les poursuites privées[23], le gouvernement peut aussi faire preuve d'indifférence en ce sens qu'il n'aidera pas le poursuivant privé mais ne nuira pas à ses efforts, ou encore, le gouvernement peut être antipathique et être prêt à bloquer tous les efforts du poursuivant privé, s'il le peut.

Par ailleurs, le poursuivant privé peut persuader le juge de délivrer une assignation à comparaître aux représentants du gouvernement, les obligeant à se présenter au tribunal avec la preuve pertinente. Toutefois, il s'agit là d'une chance à prendre parce que le représentant du gouvernement n'a aucune obligation de communiquer ou de présenter les documents au poursuivant tant qu'il n'a pas été appelé à la barre des témoins. De plus, une assignation à comparaître ne peut être émise qu'une fois que le bref a été délivré, et le poursuivant doit obtenir une preuve suffisante afin d'être en mesure d'affirmer qu'il a des motifs raisonnables de porter des accusations (et, dans le cas de poursuites découlant d'infractions d'ordre fédéral, de satisfaire aux exigences de la pré-enquête) avant que le tribunal ne délivre le bref.

Aussi, puisque les obligations en matière de divulgation s'appliquent presque aussi bien au poursuivant privé que public, le poursuivant privé doit à la fois anticiper l'obligation de recueillir la preuve documentaire et autres preuves, ainsi que faire preuve de diligence en ce qui a trait à la divulgation de cette preuve.

---

22. Une inspection devient une enquête et nécessite un mandat de perquisition, lorsque l'objet prépondérant de la requête est la détermination de la responsabilité pénale d'une personne. Voir *R* c *Jarvis*, 2002 CSC 73 ; *R* c *Ling*, 2002 CSC 74.
23. Berner, *supra* note 21, p. 23.

LES PRATIQUES DES DIFFÉRENTES JURIDICTIONS EN CE QUI A TRAIT À L'AUTORISATION DES POURSUITES PRIVÉES

L'autorisation ou non d'intenter des poursuites dépend de l'endroit où habite la personne qui désire poursuivre. En Colombie-Britannique et en Alberta, les poursuites privées sont généralement suspendues. En Alberta, [TRADUCTION] « il y a une politique globale selon laquelle le procureur général mène toutes les poursuites criminelles de l'Alberta (autres que celles incombant au Procureur général fédéral) et selon laquelle lesdites poursuites reposent sur une enquête menée par l'organisme gouvernemental approprié[24] ». Cependant, ces dernières années, l'Alberta a, à au moins une reprise, porté ses propres accusations et intenté des poursuites. Après qu'un poursuivant privé ait porté des accusations contre Syncrude en vertu de la Alberta's *Environmental Protection and Enhancement Act* en raison de la mort, en avril 2008, de 1 600 canards qui ont atterri dans un bassin de résidus de Syncrude, l'Alberta a substitué ses propres accusations à celles du poursuivant privé et a intenté des poursuites à la lumière de ces accusations. En juin 2010, l'entreprise a été reconnue coupable de l'infraction, a reçu une amende de 800 000 $ et a accepté de faire un don de plus de 2 200 000 $ à divers projets environnementaux.

Pour sa part, le gouvernement fédéral a également suspendu des poursuites environnementales privées. Par exemple, en 2004, le procureur général du Canada a suspendu des poursuites privées contre la province de Terre-Neuve-et-Labrador pour avoir permis la destruction de l'habitat du poisson, ce qui allait à l'encontre de la *Loi sur les pêches* du gouvernement fédéral. Cela dit, le gouvernement fédéral n'a pas comme politique de suspendre toutes les poursuites. Le *Guide du Service fédéral des poursuites pénales* du ministère de la justice, qui donne des consignes aux procureurs fédéraux à l'égard du pouvoir discrétionnaire de poursuite, renferme un chapitre sur les poursuites privées qui reconnaît le rôle important que jouent le grand public dans l'application de la loi. La politique du gouvernement fédéral quant à savoir s'il y a lieu d'intervenir ou non dans les poursuites privées exige du procureur de la Couronne qu'il considère, entre autres :

1. la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit d'un citoyen d'intenter et de mener une poursuite en tant que mesure de sauvegarde dans le système de justice, la responsabilité du procureur général du Canada de voir à la bonne administration de la justice ;
2. la gravité relative de l'infraction […] ;

24. Shaun Fluker, « Remembering Martha Kostuch : The Private Prosecution and the Oldman River Dam » (29 septembre 2008) ablawg.ca, [en ligne] <https://ablawg.ca/2008/09/29/remembering-martha-kostuch-the-private-prosecution-and-the-oldman-river-dam/>.

3. des questions détaillées ou complexes relative à la communication doivent être réglées ;
4. la poursuite nécessite la divulgation de documents de nature très délicate ou la conduite de la poursuite comporte des demandes de mesures spéciales ou d'anonymat des témoins ;
5. il existe un motif raisonnable de croire que le poursuivant privé n'a pas la capacité ou les fonds nécessaires pour mener à bien l'affaire ;
6. il existe des motifs raisonnables de croire que la décision d'intenter la poursuite a été prise en tenant compte de motifs personnels déplacés […] ;
7. compte tenu de la nature de l'infraction reprochée ou des questions qui doivent être tranchées lors du procès, il est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice que la poursuite demeure entre les mains d'un poursuivant privé[25].

Dans au moins deux cas, le gouvernement fédéral a porté ses propres accusations à la suite d'une poursuite privée. Dans le cadre de l'affaire *Syncrude* dont il est question plus haut, en plus des accusations portées par le gouvernement de l'Alberta en vertu de la loi provinciale sur l'environnement, le gouvernement fédéral a porté ses propres accusations relativement aux torts causés aux canards, en violation de la *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*. En Colombie-Britannique, la poursuite privée intentée par Alexandra Morton contre une ferme piscicole de saumon qui avait tué des saumons sauvages a été suspendue, mais le Service des poursuites pénales du gouvernement du Canada a ensuite porté quatre de ses propres chefs d'accusation à propos des mêmes faits[26].

Pour sa part, la province de l'Ontario permet aux poursuites privées d'aller de l'avant ou elle les prend en charge, ce qui fait qu'elle peut procéder à l'instruction au lieu de suspendre ou de retirer les poursuites. L'Ontario a obtenu des condamnations dans le cadre d'affaires pour lesquelles elle est intervenue, comme l'affaire *Snow* dont il sera question plus loin. En 2001, le procureur général de l'Ontario a pris en charge une poursuite privée contre le ministère de l'environnement de l'Ontario à la lumière de violations présumées de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, alléguant le rejet continu de métaux lourds dans la rivière Moira à partir de l'ancien site minier Deloro.

---

25. Service des poursuites pénales du Canada, *Guide du Service fédéral des poursuites*, Chapitre 5.9, section 7, Poursuites privées.
26. Mark Hume, « Ottawa takes over prosecution of salmon farm », *The Globe and Mail* (21 avril 2010), [en ligne] <https://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/ottawa-takes-over-prosecution-of-salmon-farm/article4315761/>.

Ce fut le plus long procès environnemental de l'histoire du Canada. À la fin, la Cour a déclaré que le ministère avait commis l'acte matériel, mais elle l'a acquitté parce que, selon elle, le ministère avait fait preuve de diligence raisonnable[27].

La question de savoir s'il est sain pour l'intégrité de l'administration de la justice que certaines provinces autorisent les poursuites privées valables tandis que d'autres provinces ont une politique globale consistant à suspendre la totalité ou une grande partie des poursuites privées, mérite d'être considérée sérieusement.

LE CONSENTEMENT DE LA COURONNE, L'AVIS À LA COURONNE ET LA PRÉ-ENQUÊTE

Dans un certain nombre de juridictions de par le monde, une poursuite privée doit préalablement obtenir le consentement de la Couronne. De manière générale, cette exigence n'a pas cours au Canada en raison de l'acceptation générale de l'importance de telles poursuites. Cependant, il existe des dispositions particulières dans certains textes de loi, comme le *Code criminel*, qui exigent spécifiquement le consentement du procureur général. Au Canada, diverses lois fédérales et provinciales exigent qu'une certaine forme d'avis de poursuite privée soit adressé à la Couronne. Lorsque la procédure pénale fédérale s'applique, l'avis sert également à permettre à la Couronne fédérale de participer à l'audience de pré-enquête.

La pré-enquête est une mesure d'évaluation supplémentaire qui permet d'empêcher les poursuites privées inappropriées en vertu du *Code criminel* et d'autres lois fédérales de nature réglementaire, telles que la *Loi sur les pêches* ou la *Loi sur les espèces en péril*. Le juge qui reçoit une dénonciation de la part d'un poursuivant privé et qui détermine qu'elle est conforme aux exigences d'une dénonciation valide doit choisir une date à laquelle l'audience (la pré-enquête) sera effectuée dans le but de déterminer s'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat à la personne visée par la dénonciation. Le juge doit alors entendre et considérer les allégations du dénonciateur et les dépositions des témoins. L'article 507.1 (Renvoi en cas de poursuites privées) du *Code criminel* exige que le procureur général reçoive une copie de la dénonciation et de l'avis d'audience, pour qu'il ait l'occasion d'assister et de participer à l'audience en appelant des témoins ou en les contre-interrogeant. Ce faisant, le procureur général n'est pas considéré comme étant intervenu dans l'affaire, ce qui permet au poursuivant privé de continuer à s'occuper de l'affaire.

---

27. *R* c *Ontario (Ministère de l'Environnement)* (27 juin 2001) (OCJ), juge Dorval.

L'objectif de la pré-enquête consiste également à empêcher les poursuites frivoles ou vexatoires de se rendre jusque devant les tribunaux[28]. Dans l'affaire *R* c *Vasarhelyi*, la Cour d'appel de l'Ontario a mis l'accent sur la fonction de contrôle de la pré-enquête, soutenant qu'elle « serves as an important control over invocation of the criminal process to further the fevered imaginings of a private informant[29] ».

L'accusé n'a pas besoin d'être avisé de la pré-enquête et n'a pas le droit d'y participer. La pré-enquête se déroule généralement ex parte et à huis clos.

Le régime actuel des poursuites privées, ce qui comprend la procédure de pré-enquête, est entré en vigueur le 23 juillet 2002. Cependant, la prise des témoignages lors de la pré-enquête est régie par les dispositions relatives à la preuve lors des enquêtes préliminaires, lesquelles ont été ajoutées par amendement en 2004[30]. Contrairement à la pré-audience relative à une dénonciation faite par un agent de la paix, pour laquelle la preuve ne doit être présentée que si le juge qui préside la pré-audience l'exige, le paragraphe 507.1(3)(a) du *Code criminel* exige qu'un dénonciateur privé fournisse les dépositions des témoins à la pré-enquête[31]. Cette preuve doit montrer ou avoir tendance à montrer qu'une infraction a été commise[32]. Par contre, la preuve qui se résume à un amalgame de croyances inébranlables, de spéculations débridées, et qui laisse en suspens un grand nombre d'éléments essentiels des infractions alléguées dans la dénonciation ne respecte pas la norme énoncée à l'article 507.1[33].

En vertu du paragraphe 579(1) du *Code criminel*, le procureur général peut, en tout temps après le commencement du procès et avant sa conclusion, intervenir pour suspendre les accusations ou prendre en charge la poursuite. De plus, en vertu de l'article 579.01, il a le droit de présenter des éléments de preuve au procès et de contre-interroger les témoins sans pour autant intervenir dans l'affaire.

---

28. *McHale* c *Ontario (Procureur général)*, 2010 CAO 361, par 65, conformément à Watt JA.
29. *R* c *Vasarhelyi*, 2011 CAO 397, par 39 [*Vasarhelyi*].
30. Les paragraphes 540(7)-(9) du *Code criminel* régissent la preuve qui peut être soumise à la pré-enquête. Ces dispositions sont en vigueur depuis 1955. Pour arriver à ce résultat, il faut faire le lien entre une série de dispositions connexes : le paragraphe 507.1(8) incorpore, à titre de référence, les paragraphes 507(2) à (8), qui comprennent également le paragraphe 507(3)(b). Ce paragraphe « fait recueillir les dépositions en conformité avec l'article 540, dans la mesure où cet article est susceptible d'application ». Par conséquent, les paragraphes 540(7) à (9) établissent la norme pour ce *que* le juge peut recevoir comme preuve au moment de la pré-enquête. Pour une discussion complète à ce sujet, voir *Vasarhelyi*, *Ibid.*, par 39-48, conformément à Watt JA.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*, par 56.
33. *Ibid.*, ar 63.

LES ACCUSATIONS PROVINCIALES

Selon la LIP de l'Ontario, la Couronne n'est pas tenue d'être informée d'une poursuite privée. Cela dit, puisque la *Loi sur les procureurs de la Couronne* donne à la Couronne le droit de superviser les poursuites privées et d'intervenir[34], il existe des avantages évidents à aviser la Couronne dès que possible afin d'éviter une intervention tardive au cours du procès. Il en va de même de diverses lois comparables de la Colombie-Britannique, notamment l'*Offence Act* et la *Crown Counsel Act*.

En vertu de la LIP de l'Ontario, l'exigence selon laquelle un dénonciateur doit prêter serment que sa dénonciation est fondée sur des motifs raisonnables et probables, l'aptitude du juge de paix à refuser de délivrer un acte de procédure, de même que le pouvoir du procureur général d'intervenir sont des mesures contre les poursuites privées abusives.

LE POUVOIR D'ALLER EN APPEL

En vertu de la *common law*, le poursuivant privé a le droit d'engager des poursuites. Cependant, la *common law* émanant du droit britannique ne prévoit aucun droit pour le poursuivant, qu'il soit public ou privé, de faire appel en cas de déclaration de non-culpabilité. Par conséquent, en cas de déclaration de non-culpabilité, le poursuivant privé, tout comme le procureur public, ne peut faire appel que si ce pouvoir lui a été conféré par la loi. Les appels des déclarations de non-culpabilité par procédure sommaire en vertu du *Code criminel* peuvent être pris en charge par un poursuivant privé, tel que le prévoit le paragraphe 748(b) du *Code criminel*. De par la loi, il n'existe aucun pouvoir similaire d'interjeter appel en matière de poursuites criminelles et par conséquent, un tel pouvoir n'existe pas. En pratique, cela a peu de conséquences puisque les poursuites environnementales se déroulent presque toujours par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

En vertu de la LIP de l'Ontario, le « poursuivant » défini comme la personne qui fait la dénonciation ou comme son représentant ou sa représentante, a le même droit de faire appel d'une déclaration de non-culpabilité que le procureur général[35].

34. RSO 1990, c C.49, art 11(1).
35. *LIP*, *supra* note 8, par 1 et 116(1).

LES DÉPENS

Comme nous l'avons indiqué plus haut, contrairement au procès civil, le poursuivant privé ou public n'a pas à craindre l'attribution défavorable de dépens advenant que le procès se solde par une déclaration de non-culpabilité. De même, le poursuivant privé ne tire pas d'avantage pécuniaire en cas de déclaration de culpabilité. Advenant qu'une amende soit imposée dans le cas d'une poursuite privée réussie, le montant de l'amende est alors versé dans les coffres du gouvernement. Cela dit, il existe une exception notable en vertu de la *Loi sur les pêches*, qui stipule que le poursuivant privé recevra la moitié de l'amende imposée[36]. Cette disposition de partage de l'amende permet au poursuivant privé de recouvrer certains des coûts importants qui ont pu être engagés dans le cadre de l'affaire[37]. Cela pourrait, en fait, avoir pour effet d'encourager les poursuites privées[38].

Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'infractions d'ordre provincial ou d'affaires criminelles, la philosophie sous-jacente veut que les dépens ne soient ni recherchés ni payés par la Couronne parce que, contrairement à la situation des poursuites civiles, la Couronne instruit ses affaires dans l'intérêt du public. Cela s'applique également aux poursuites privées. Le fait que les dépens ne soient pas attribués à la partie qui a obtenu gain de cause pourrait également avoir pour effet de dissuader les poursuites privées, compte tenu des dépenses considérables en jeu. Cela est particulièrement vrai en ce qui a trait aux affaires

---

36. L'art 62(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, *supra* note 17, dispose que : « [l]orsqu'une dénonciation concernant une infraction à la Loi est déposée par une personne dans des circonstances autres que celles mentionnées aux articles 60 [poursuivant fédéral] et 61[poursuivant provincial], le produit de toute amende imposée à la suite d'une condamnation est versé à parts égales aux personnes suivantes :
    a) la personne qui a déposé la dénonciation ;
    b) le ministre ou, si toutes les dépenses relatives à la poursuite sont assumées par un gouvernement provincial, à ce gouvernement provincial ».
37. La disposition sur le partage des amendes de la *Loi sur les pêches* a été contestée par les défendeurs d'une poursuite privée relativement au déversement de lixiviat dans un site d'enfouissement touchant la ville de Kingston parce que ladite disposition semblait aller à l'encontre de la *common law* en matière d'entretien et de champartie. Au bout du compte, l'affaire a été tranchée en fonction d'autres motifs : *Fletcher c Kingston (City)* (2004), 70 OR (3d) 577 (CA Ont) variant en partie dans *Fletcher c Kingston (City)* (7 juin 2012) (CS Ont) ; renversement des condamnations du dénonciateur privé *Fletcher c. Kingston (City)* (1998), 28 CELR (NS) 229 (CJ Ont).
38. Dans sa préface à Linda Duncan, *Enforcing Environmental Law : A Guide to Private Prosecution* (Edmonton : Environmental Law Centre, 1990), John Swaigen fait remarquer ce qui suit :
    [TRADUCTION] Peut-être est-ce en raison de la possibilité que les poursuites privées révèlent l'inaptitude si dramatique des gouvernements que ceux-ci sont si hostiles aux poursuites privées et tentent d'établir un monopole en ce qui a trait aux poursuites à l'égard de lois sur l'environnement. Cela n'a pas toujours été le cas. Il fut un temps où les gouvernements voyaient d'un bon œil l'aide d'un poursuivant privé. Au cours des années 1800, les organismes gouvernementaux et les tribunaux reconnaissaient explicitement la nécessité d'une telle aide du grand public et encourageaient les poursuites privées en prévoyant que la moitié des amendes imposées par la Cour soit payable à la personne qui avait porté l'accusation. La *Loi sur les municipalités* de l'Ontario renfermait une disposition de ce genre jusqu'aux années 1960 […].

de nature réglementaire et relatifs au bien-être public, et plus encore lorsque la poursuite est entamée dans le but de servir de « cause type[39] ».

Au stade du procès, bien que la loi ne confère aucun droit aux dépens en cas de déclaration de non-culpabilité, en vertu de la LIP[40], un défendeur peut avoir un droit aux dépens conféré par la Charte si le poursuivant a démontré un écart marqué et inacceptable par rapport aux normes auxquelles on peut habituellement s'attendre de la Couronne, pendant le procès[41]. Cette norme est très élevée et rarement atteinte.

Au-delà de ce droit conféré par la Charte, l'article 809 du *Code criminel* permet l'attribution des dépens dans le cadre des déclarations de culpabilité par procédure sommaire, mais ces dépens se limitent aux montants nominaux stipulés à l'annexe (art. 840) du Code pour des catégories de frais bien définies, comme la participation d'un témoin (4 $).

Au stade de l'appel, l'attribution des dépens[42] est un peu plus propbable, bien que toujours rare, qu'il s'agisse d'un poursuivant privé ou d'un procureur public. La jurisprudence ne révèle que de rares cas pour lesquels l'attribution des dépens a été obtenue, et le critère utilisé est le même que pour le droit aux dépens conféré par la Charte en cas de déclaration de non-culpabilité, c'est-à-dire un écart marqué et inacceptable par rapport à la norme de conduite appropriée[43].

Dans l'affaire *R* c *Goodfellow*, les dépens ont été attribués en appel parce que, lors du procès, le procureur a fait preuve d'une méconnaissance fondamentale de la loi, il n'a pas divulgué les dépositions de témoins essentiels et il a omis de souligner au juge de paix qui présidait le procès certaines erreurs de droit, alors qu'il était objectivement clair que son manque de patience et son sarcasme mordant avaient créé une iniquité dans le déroulement de la procédure[44].

Pour le poursuivant privé, le plus grand obstacle est tout simplement les coûts de la constitution du dossier de la poursuite. Les frais d'échantillonnage, d'analyse et d'experts, s'ils doivent être payés en entier, constitueront un défi

---

39. *R* c *Garcia*, (2005) 194 CCC (3d) 361 (CA Ont).
40. *R* c *Roberts*, [2001] OJ nº 4645 (CP Ont).
41. *Ontario* c *974649 Ontario Inc*, [2001] SCJ nº 79, 159 CCC (3d) 321 [*Dunedin Construction*].
42. Le paragraphe 129(1) de la *LIP* de l'Ontario se lit ainsi : « [si un appel est entendu et décidé […] le tribunal peut rendre, relativement aux dépens, une ordonnance qu'il estime juste et raisonnable ».
43. *R* c *Hallstone Products Ltd* (1999), 140 CCC (3d) 145. De plus, il n'y a pas de juridiction à la Cour d'appel de l'Ontario en vue de l'attribution des dépens en vertu d'une demande d'autorisation : *R* c *Laundry* (1996), 93 OAC 100 (CA Ont) ; *R* c *Rankin*, 2007 CAO 426. Il y a une « réticence » à demander l'attribution des dépens en fonction d'un bref de prérogative ainsi qu'en fonction des appels : *R* c *1353837 Ont Inc* (2005), 74 OR (3d) 401 (CAO) ; *R* c *Felderhoff* (2004), 180 CCC (3d) 498 (CA Ont).
44. 2009 CJO 543, par 24-34, conformément au juge Bishop.

important. De plus, le temps et les ressources qui doivent être consacrés aux obligations de divulgation sont tout aussi onéreux, sinon plus.

Un poursuivant (privé ou public) peut aussi faire face à une action civile pour poursuite malveillante. Cependant, le fardeau imposé au demandeur pour prouver ce préjudice est tellement lourd que l'éventualité d'une telle poursuite ne doit pas inquiéter le poursuivant qui procède de bonne foi.

DES EXEMPLES DE POURSUITES PRIVÉES RÉUSSIES OU AYANT UNE INFLUENCE

Généralement, les poursuites privées sont intentées en dernier recours, lorsque les nombreuses demandes de mise en application de la loi, adressées aux représentants du gouvernement, ont échoué. Une poursuivante privée en matière environnementale a fait remarquer qu'habituellement, elle n'engage une poursuite privée qu'après que les organismes gouvernementaux aient essayé, pendant longtemps et en vain, de négocier la conformité aux règles, sans toutefois vouloir engager une poursuite[45]. Comme l'un des auteurs de ce chapitre l'a fait remarquer ailleurs, la poursuite permet souvent à amener rapidement les contrevenants à dépenser de l'argent en mesures correctives, lorsque de longs efforts pour les persuader de respecter leurs obligations n'ont rien donné[46]. Cela s'applique tant aux poursuites du gouvernement qu'aux poursuites privées.

Historiquement, les poursuites environnementales privées ont joué un grand rôle dans l'établissement d'une jurisprudence positive, exerçant ainsi une influence sur la politique du gouvernement, publicisant de graves enjeux environnementaux et incitant fortement les industries (et les contrevenants gouvernementaux) à prendre davantage de mesures pour éviter que les infractions à leurs obligations légales ne se poursuivent. Même de nos jours, ces poursuites continuent de permettre d'atteindre ces objectifs.

Même lorsque les poursuites privées se soldent par un échec devant les tribunaux, elles permettent d'atteindre certains de ces objectifs. Par exemple, les accusations portées au privé en 1976 contre une fabrique bruyante de sommiers à Toronto ont été annulées en raison d'une erreur de rédaction dans la dénonciation. Cependant, les accusations ont incité le ministère de l'environnement à délivrer une ordonnance de contrôle. Au bout du compte, à la lumière des accusations et de l'ordonnance de contrôle, l'entreprise a décidé de s'installer

---

45. Marilyn Kansky, « Private Prosecutions from the Public's Perspective » dans Linda Duncan, ed, *Environmental Enforcement : Proceedings of the National Conference on the Enforcement of Environmental Law* (Edmonton : Environmental Law Centre, 1985).
46. John Swaigen, « A Case for Strict Enforcement of Environmental Statutes » dans Duncan, *supra* note 38.

dans un endroit plus isolé. De plus, en raison de la publicité qu'a engendrée la poursuite, le ministère a annoncé qu'il annulait sa politique consistant à ne pas poursuivre les violations en matière de bruit en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* (LPE). Par ailleurs, le ministère avait élaboré un règlement, mais a fini par l'abandonner au profit d'un modèle de règlement municipal sur le contrôle du bruit, à adopter par les municipalités. Pendant ces deux périodes qui, ensemble, ont duré plusieurs années, le ministère a refusé de mettre en application l'article 14 de la LPE, selon lequel le fait d'émettre un bruit susceptible d'entraver la jouissance d'un bien par son propriétaire constitue une infraction[47].

Voici d'autres affaires réussies ou dont les résultats exercent une influence.

- *Podolsky* c *Cadillac Fairview Corporation Limited* (2013) (CJO)[48]

La ville de Toronto se trouve sur le trajet d'une importante voie migratoire pour les oiseaux. Dans le cadre de leur migration, les oiseaux sont attirés dans les villes en raison de leurs lumières. Ils aiment aussi y refaire le plein d'énergie. Le jour, le ciel et les arbres qui se reflètent dans les fenêtres dupent souvent les oiseaux, ce qui entraîne des collisions mortelles. Un organisme sans but lucratif de Toronto ramasse régulièrement les oiseaux tués ou blessés après avoir foncé dans ces fenêtres. Cela fait plus d'une dizaine d'années que cet organisme demande aux propriétaires et aux gérants d'immeubles de prendre des mesures pour éviter cela, mais en vain[49]. Chaque année à Toronto, il est estimé que plus d'un million d'oiseaux meurent en raison de telles collisions, et ce, même s'il existe sur le marché des solutions comme l'application de marqueurs visuels sur les fenêtres des étages inférieurs d'un bâtiment.

Dans un jugement rendu en février 2013, le juge de l'Ontario, Melvyn Green, a déterminé que le poursuivant avait prouvé hors de tout doute

---

47. En février 1973, le ministère a déclaré qu'il s'attendait à annoncer l'adoption d'un règlement relatif au bruit dans un avenir rapproché. Voir « Noise regulations expected soon », *Canadian Environmental Law News* (avril 1974), p. 47. En février 1974, ce règlement n'avait toujours pas été officialisé, et le ministère continuait toujours de refuser d'entamer des poursuites au titre des infractions en matière de bruit en vertu de l'article 14 de la *LPE* lorsqu'un poursuivant privé a réussi à obtenir une telle condamnation. (Voir « Noisy neighbour's air conditioner », *infra* note 61). Au début de 1976, l'ACDE a intenté une poursuite privée contre une fabrique bruyante de sommiers après que des négociations ayant duré environ deux ans n'ont rien donné. Voir « CELA action leads to second Ontario Noise Control Order » (avril 1976), bulletin de l'ACDE. À la lumière de ces accusations, le ministère a décidé de délivrer sa deuxième ordonnance de contrôle en rapport avec le bruit. Tel qu'indiqué dans l'article, au moment où l'ACDE a porté ses accusations, cela faisait quatre ans que la *LPE* était en vigueur. Pendant ce temps, le ministère n'avait jamais entamé de poursuites au titre du bruit et il n'avait délivré qu'une seule ordonnance de contrôle contre des pollueurs par le bruit au début de 1976.
48. *Podolsky* c *Cadillac Fairview Corp.*, 2013 ONCJ 65, pour obtenir une brève analyse de cette affaire, voir Dianne Saxe, « Canada : It Is Now An Environmental Offence To Kill Birds With Buildings », *Mondaq* (4 mars 2013) [en ligne] <https://www.mondaq.com/canada/environmental-law/224868/it-is-now-an-environmental-offence-to-kill-birds-with-buildings>.
49. *Fatal Light Awareness Program* (FLAP), [en ligne] <http://www.flap.org/>.

raisonnable que Cadillac Fairview avait tué ou blessé des centaines d'oiseaux, dont plusieurs oiseaux faisant partie d'espèces « menacées », en raison de collisions sur les fenêtres de son complexe de bureaux de Toronto. Pour en arriver à cette conclusion, le juge Green a interprété l'article 14 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario et l'article 32 de la *Loi sur les espèces en péril* du Canada comme couvrant la mort ou les blessures non intentionnelles d'oiseaux entrant en collision avec les fenêtres.

Au final, l'entreprise n'a pas été reconnue coupable, car elle a réussi à prouver qu'elle avait agi de manière raisonnable en essayant de trouver des solutions novatrices pour empêcher les collisions. Cependant, en raison de cette décision, tous les propriétaires et les gérants d'immeubles (de même que les administrateurs et les dirigeants d'entreprises) sont désormais tenus d'adopter des mesures correctives lorsque des oiseaux se font tuer ou blesser quand ils entrent en collision avec les fenêtres de leurs immeubles.

- *Schultz* c *Menkes Developments et al* (2012) (CJ Ont)

Cette affaire a précédé l'affaire *Cadillac Fairview* dont il est question plus tôt et concernait des faits semblables. Le juge de paix avait fini par rejeter les accusations portées contre des entreprises pour la mort ou les blessures infligées à des centaines d'oiseaux migrateurs entrés en collision avec les fenêtres du complexe de bureaux des défendeurs. La Cour avait conclu que les reflets lumineux ne pouvaient pas être considérés comme un polluant en vertu de la LPE. Dans le jugement subséquent de *Cadillac Fairview*, le juge Green avait fait remarquer que l'analyse juridique réalisée par le juge de paix pour en arriver à sa décision n'était étayée par aucune référence à la jurisprudence à ce sujet. La déclaration de non-culpabilité a été renversée en appel. Avant le début du procès, des films pour fenêtres ont été ajoutés à toutes les fenêtres du complexe dans le but de réduire le nombre de collisions, ce qui en a fait la première structure commerciale du genre[50].

- *R* c *Syncrude Canada Ltd* (2010) (Cour prov Alb)[51]

En janvier 2009, après que le gouvernement fédéral et le gouvernement de l'Alberta aient fait fi de demandes de poursuite contre Syncrude pour la mort de plus de 1 600 canards qui avaient atterri dans le bassin de résidus de sables bitumineux de l'entreprise, Ecojustice a porté plainte contre Syncrude en vertu de la *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs* (LCOM). Avant la pré-enquête, la Couronne fédérale et la Couronne

50. CBC Metro Morning, entrevue audio avec le nouveau propriétaire du bâtiment (13 février 2013), [en ligne] <http://www.cbc.ca/metromorning/episodes/2013/02/13/bird-safe-buildings/>.
51. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229, juge Tjosvold ; CBC News, « Syncrude to pay $3M penalty for duck deaths » (22 octobre 2010), [en ligne] <https://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/syncrude-to-pay-3m-penalty-for-duck-deaths-1.906420>.

provinciale s'étaient engagées à porter des accusations en vertu de l'*Environmental Protection and Enhancement Act* de l'Alberta et de la LCOM en échange du retrait de l'accusation portée au privé. Les poursuites gouvernementales ont abouti à l'imposition d'amendes de l'ordre de 800 000 $, en plus de sanctions supplémentaires totalisant trois millions de dollars, soit l'un des montants les plus élevés à avoir jamais été imposés pour une infraction environnementale.

- *Lukasik* c *City of Hamilton* (1999) (CJ – div prov Ont)[52]

En 1999, le Sierra Legal Defence Fund (aujourd'hui Ecojustice) a engagé une poursuite privée contre la ville de Hamilton, en Ontario, en raison de la violation de la *Loi sur les pêches* pour avoir rejeté du lixiviat toxique dans le ruisseau Red Hill. Le ministère de l'environnement de l'Ontario avait, pour sa part, également porté des accusations semblables pour la même affaire en vertu de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*. La ville de Hamilton avait plaidé coupable à l'égard des deux chefs d'accusation, ce qui lui avait valu une amende de 480 000 $. Cette amende était assujettie à la disposition sur le partage des amendes prévue par la *Loi sur les pêches*. Par conséquent, la somme de 150 000 $ provenant de l'amende a servi à mettre sur pied l'ONGE Environment Hamilton[53].

- *Fletcher* c *Kingston (City)* (1998) (CJ – div prov Ont)[54]

En 1999, un poursuivant privé représenté par des avocats du Sierra Legal Defence Fund a obtenu une condamnation contre la ville de Kingston en vertu de la Loi sur les pêches et le paiement d'une amende de 120 000 $, l'une des amendes les plus élevées à avoir jamais été imposées à une municipalité pour des infractions environnementales, et ce, en raison du rejet d'effluents toxiques provenant d'une ancienne décharge dans la rivière Cataraqui. Dès que les accusations ont été portées, la ville a installé des pompes et un réseau de collecte afin que le lixiviat ne pollue plus la rivière. Cependant, l'affaire est allée en appel

---

52. Environmental Bureau of Investigation, « Hamilton Environmentalist Succeeds in Private Prosecution – City of Hamilton fined $450,000 for toxic waste dump » (18 septembre 2000), [en ligne] <https://ebi.probeinternational.org/prosecutions/city-of-hamilton/news-releases/september-18-2000/>. Voir aussi « Hamilton bleeding PCBs » (décembre 1999) *Sierra Legal Defence Fund Newsletter*, p. 4 ; « City of Hamilton fined a record $450,000 for toxic dumping » (octobre 2000) *Sierra Legal Defence Fund Newsletter*, p. 1.
53. Environment Hamilton, [en ligne] <https://www.environmenthamilton.org/>.
54. Au procès, le défendeur a été reconnu coupable d'une accusation ministérielle et reconnu non coupable de l'autre accusation ministérielle. Par ailleurs, il a été reconnu coupable de tous les chefs d'accusation au privé, *Fletcher* c *Kingston (City)*, (1998) 28 CELR (NS) 229 (CP Ont) ; appel à la CSJO permis en partie (un nouveau procès a été ordonné pour les deux accusations ministérielles, et un nouveau procès a été ordonné pour tous les chefs d'accusation au privé), (7 juin 2012) (CS Ont) juge McWilliam ; autorisation d'appel à la CAO dans le cas des accusations ministérielles ; appel autorisé en partie (restitution de la condamnation originale et de l'acquittement à l'égard des accusations ministérielles), 70 OR (3d) 577 (CA Ont) ; autorisation d'appel à la CSC refusée, [2004] CSCA n° 347. Voir aussi « Prosecutions prompt quick clean-ups » (décembre 1999), *Sierra Legal Defence Fund Newsletter*, p. 5.

et la déclaration de culpabilité à l'égard des chefs d'accusation ayant fait l'objet de la dénonciation privée a été renversée.

- *R* c *Suncor Inc* (1982), *R* c *Suncor Inc* (1983) et *R* c *Suncor Inc* (1985)[55]

En 1982, cinq dénonciations ont été déposées par le chef de la bande indienne de Fort McKay en vertu de la *Loi sur les pêches* en raison du rejet d'effluents provenant des sites d'exploitation de sables bitumineux de l'accusé, en amont de la rivière Athabasca. Par la suite, le bureau du procureur général de l'Alberta a déposé des accusations supplémentaires en vertu de la *Loi sur les pêches* et de la *Clean Water Act* de l'Alberta, puis il a assumé la conduite des poursuites. Les multiples accusations ont fait l'objet de procès différents. Dans le cadre du premier procès, Suncor a été acquittée de tous les chefs d'accusation sauf un (le défaut d'aviser), mais les procès ultérieurs se sont conclus par des condamnations et des amendes totalisant 38 000 $. Il s'agissait des premières poursuites environnementales de l'Alberta. Elles ont incité à la mise en œuvre d'importantes réformes du régime d'application des lois environnementales de la province, au coût de plusieurs millions de dollars[56].

- *R* c *Snow* (1981) (Cour prov Ont)[57]

En 1981, une poursuite privée pour violation de la *Loi sur les évaluations environnementales* (LEE) de l'Ontario a été prise en charge par le Procureur général de la province. Un ministre et un sous-ministre de l'Ontario avaient plaidé coupables à des infractions à la LEE et se sont vus imposer d'importantes amendes. Ils avaient autorisé la construction d'une route sans que l'évaluation environnementale exigée par la LEE n'ait été effectuée. La Cour avait fait remarquer qu'elle imposait une sanction sévère afin de faire comprendre l'importance de respecter la loi.

- *R* c *Cherokee Disposals and Construction Ltd* (1973) (Cour prov – div crim Ont) et *R* c *Sault Ste Marie* (1978) (CSC)[58]

Dans les deux cas, les dénonciations ont été faites par Mark Caswell, propriétaire de terres longeant les cours d'eau pollués par une entreprise

---

55. *R* c *Suncor Inc*, (1983) 3 FPR 264 (CP Alb) ; *R* c *Suncor Inc*, [1983] AWLD 881, 3 FPR 270 (CP Alb) ; *R* c *Suncor Inc*, (1985) 4 FPR 409 (CP Alb).
56. Pour un résumé détaillé des affaires de *R* c *Suncor Inc*, voir Kernaghan Webb, « Taking Matters in to Their Own Hands : The Role of Citizens in Canadian Pollution Control Enforcement » (1991) 36 *McGill LJ* 770, p. 809-814.
57. *R* c *Snow*, (1981) 11 CELR 13 (CP Ont).
58. *R* c *Cherokee Disposals and Construction Ltd*, [1973] 3 OR 599, juge Greco ; *Sault Ste Marie*, *supra* note 20. Voir également Jamie Benidickson, « Water Supply and Sewage Infrastructure in Ontario, 1880-1990s : Legal and Institutional Aspects of Public Health and Environmental History », Issue Paper for the Walkerton Inquiry (Toronto : 2002), p. 109-112, [en ligne] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2273818>. Voir aussi « Private prosecutions can succeed », *Canadian Environmental Law News* (décembre 1973), p. 158-161.

d'élimination de déchets sous contrat avec la ville de *Sault Ste Marie*. La Couronne avait fini par prendre en charge les deux poursuites et, a porté la deuxième affaire jusqu'à la Cour suprême du Canada. Ce procès a donné lieu à un jugement historique établissant les infractions de responsabilité stricte endroit canadien.

- *R ex rel Tyson* c *Hale* (1976) (Cour prov – div crim Ont)[59]

En 1976, l'Association canadienne du droit de l'environnement (ACDE) a mené à bien la toute première poursuite à l'égard de la violation des normes d'élimination des déchets, en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. La poursuite en question avait été initiée après deux ans de vains efforts pour convaincre le ministère de mettre ces normes en application.

- *R ex rel Strathy* c *Konvey Construction Company Limited* (1975) (Cour prov – div crim Ont)[60]

En 1975, une entreprise de construction a été reconnue coupable d'avoir endommagé un érable pendant des travaux de construction effectués sur le site d'une école primaire, et ce, en vertu de la *Loi sur les arbres* de l'Ontario, rarement invoquée. Cette condamnation a fait les manchettes du *Toronto Star* et du *Globe and Mail*, en plus de faire l'objet d'un article publié dans le monde entier par le *Reader's Digest*, ce qui a eu pour effet de donner beaucoup de publicité à la souffrance des arbres en milieu urbain. Par la suite, l'action de la dénonciatrice, Shirley Strathy, lui a valu un prix de l'Ontario Association of Landscape Architects.

- *R ex rel Johnston* c *Lieberman* (1974) (Cour prov – div crim Ont)[61]

Après l'adoption de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario en 1971, les premières poursuites pour violation de la Loi n'ont pas été intentées par le ministère de l'environnement mais par l'ACDE. Parmi ces premières poursuites, notons celle contre une propriétaire de maison, madame Lieberman, qui a été reconnue coupable de l'utilisaion d'un climatiseur excessivement bruyant, ainsi que la poursuite contre l'entreprise Adventure Charcoal parce

59. *R ex rel Tyson* c *Hale* (30 novembre 1976) (CP (div crim) Ont) Juge Baxter. Voir aussi « CELA wins first case under EPA garbage regulations », *Canadian Environmental Law News* (décembre 1976). Plusieurs, années plus tard, le ministère s'est fondé sur cette condamnation pour appuyer sa propre demande d'injonction afin d'empêcher que ce lieu d'élimination des déchets continue d'être exploité.
60. *R ex rel Strathy* c *Konvey Construction Company Limited* (27 février 1975) (CP (div crim) Ont) Juge Newall. Voir également « CELA obtains conviction for damage to maple tree », *Canadian Environmental Law News* (avril-mai 1975), p. 36 ; « CELA plaintiff honoured », *Canadian Environmental Law News* (juin 1975), p. 105.
61. *R ex rel Johnston* c *Lieberman* (28 février 1984), (CP (div crim) Ont) Juge Pearce. Voir « Noisy neighbour's air conditioner leads to first noise conviction under Ontario *Environmental Protection Act* », *Canadian Environmental Law News* (avril 1974), p. 47.

qu'elle exploitait une source de pollution de l'air sans avoir obtenu le permis nécessaire.

- *R ex rel Mackinnon* c *International Nickel Company of Canada* (1974) (Cour prov – div crim Ont)[62]

Dans les années 1970, l'International Nickel Company of Canada Ltd. (INCO) avait la réputation d'être l'un des pires pollueurs du Canada. La première poursuite contre INCO en ce qui a trait à la pollution de l'air a été intentée en juillet 1973, non pas par le ministère de l'environnement mais par un groupe d'étudiants de la Sudbury Environmental Law Association. INCO a été inculpée de deux chefs d'accusation concernant l'émission de fumée noire, ce qui allait à l'encontre du règlement sur la « densité de fumée » en vertu de la LPE, et d'un chef d'accusation pour avoir omis de mettre le ministère au courant de l'émission de fumée. INCO a été reconnue coupable d'un des chefs d'accusation d'émission de fumée noire, et a été acquittée à l'égard du deuxième ainsi que du chef d'accusation sur l'omission d'aviser le ministère.

EN QUEL NOM LA POURSUITE PRIVÉE EST-ELLE INTRODUITE : CELUI DU DÉNONCIATEUR OU CELUI DE LA COURONNE ?

Au regard de la section précédente, il apparaît clairement que la citation des noms d'affaires n'est pas uniformisée. Ainsi, par le passé, il importait peu qu'une poursuite soit intentée au nom de la Couronne ou au nom du poursuivant. Il y a eu un certain désaccord à ce sujet entre les auteurs, mais peut-être que la seule chose qui a suscité cela résidait dans la question de savoir si le jugement de la Cour s'inscrirait comme suit : '*R c Défendeur*', '*X* c *Défendeur*', '*R sur la relation de (ex rel) X* c *Défendeur*' ou '*R sur la dénonciation de X* c *Défendeur*', où 'X' se rapporte au dénonciateur ou au poursuivant privé. Toutefois, après l'adoption de la *Charte des droits et libertés*, le fait qu'une poursuite privée soit effectuée au nom de la Couronne ou au nom du dénonciateur pouvait avoir des incidences sur des questions importantes comme celles de savoir, notamment, si une divulgation s'avérait nécessaire ou non, ou si le poursuivant ou les personnes qui l'assistent, qui obtiennent la preuve et procèdent à une fouille ou une perquisition sont conformes à l'article 8 de la Charte.

---

62. *R ex rel Mackinnon* c *International Nickel Company of Canada* (4 mai 1974, prononcé de la sentence le 11 juin 1974) (CP (div crim) Ont) Juge Michel. Voir « Private citizens succeed in first air pollution charge in northern Ontario as INCO fined for polluting Sudbury Air », *Canadian Environmental Law News* (juin 1974), p. 75 ; Brian Chang, *The Canadian Environmental Law Association : Selected highlights from the first decades of CELA's work* (2010), p. 27-28, [en ligne] <https://cela.ca/wp-content/uploads/2019/07/789CELA40years.pdf>.

Il s'agit désormais d'un potentiel enjeu parce que la Charte ne s'applique qu'à l'action du gouvernement, c'est-à-dire à l'action des représentants du gouvernement et de leurs agents. Par exemple, advenant qu'un poursuivant ne soit pas considéré comme la Couronne ou un de ses représentants, en théorie il n'est pas nécessairement assujetti à l'obligation de divulgation imposée par la Charte. La solution la plus simple à ce dilemme pourrait consister à reconnaître que, alors que la dénonciation est effectuée sous serment, au nom du poursuivant, le bref est délivré au nom de la Couronne et, par conséquent, les exigences de la Charte en matière de divulgation, de fouille et de perquisition raisonnables s'appliquent, tout comme elles s'appliquent à la Couronne.

Nous avons été incapables de trouver une jurisprudence déterminant si le poursuivant privé a une obligation de divulgation. Cependant, il y a peu de raisons de douter que l'obligation de divulgation de la Couronne s'applique aussi au poursuivant privé, car une décision contraire se traduirait par une injustice manifeste et inacceptable vis-à-vis du défendeur. Dans l'affaire *Cadillac Fairview* dont il est question plus haut, Ecojustice a fait une divulgation d'envergure, ce qui a suscité des commentaires favorables de la part du juge de l'instance.

CONCLUSION

Les poursuites privées continuent d'être un important outil juridique à la disposition des particuliers et des groupes communautaires qui risquent, autrement, d'être frustrés par le manque d'action des fonctionnaires à l'égard d'une infraction environnementale grave ou continue. Cependant, les défis inhérents au lancement d'une poursuite privée, notamment les problèmes relatifs à la preuve, les obligations de divulgation, la pré-enquête et le risque que le gouvernement intervienne pour suspendre les chefs d'accusation font en sorte que les poursuites privées continueront à être peu souvent utilisées. Néanmoins, l'historique de la réussite et de l'influence des poursuites privées au cours des dernières décennies témoigne du fait qu'il y a lieu de continuer à protéger et à respecter cet outil.

Chapitre 21

La diligence raisonnable dans le cadre des infractions environnementales

Ronda M. Vanderhoek

La société actuelle accorde de plus en plus d'importance à l'environnement. Qu'il s'agisse de la personne qui s'interroge sur quel détergent liquide nuira le moins à la nappe phréatique ou de celle qui se demande s'il est approprié de mettre du diluant à peinture souillé dans l'évier de la maison, il est clair que les gens se préoccupent de plus en plus des incidences de leurs gestes sur l'environnement. De même, les entreprises font de plus en plus d'efforts pour s'assurer qu'elles sont également perçues comme respectant l'environnement dans la production et la prestation des services. Dans cette optique, les avocats visent plus que jamais les programmes de formation juridique qui leur permettent d'aider leurs clients à éviter les poursuites à caractère réglementaire. Toutes les personnes qui sont mêlées à des poursuites à caractère réglementaire prennent soin de faire preuve d'une diligence manifeste dans leurs actions dans l'éventualité peu enviable d'une poursuite.

Lorsqu'une poursuite pénale est engagée, la défense que l'on entend le plus souvent est celle de la diligence raisonnable. Mais qu'est-ce que c'est au juste que la diligence raisonnable et comment l'utilise-t-on devant les tribunaux ? Ce chapitre présente des notions élémentaires sur la défense de la diligence raisonnable du point de vue d'une personne qui connaît bien la défense découlant de poursuites réglementaires fédérales, telles que celles en vertu de la *Loi sur les pêches*. Même si, bien des affaires visées par ce chapitre se rapportent

aux provinces atlantiques, il n'en reste pas moins que les principes sont d'application générale pour des poursuites ayant cours n'importe où dans le pays.

En règle générale, la défense est soulevée dans le cadre de poursuites se rapportant aux infractions environnementales. Selon la région où se trouve le tribunal, il n'est pas inhabituel que le juge d'une cour provinciale n'ait pas beaucoup d'expérience avec cette défense. C'est pourquoi la jurisprudence regorge d'exemples de jugements rendus par des cours inférieures qui ont été infirmés en cour d'appel parce que la défense de la diligence raisonnable n'avait pas été bien appliquée. Cela dit, que cela se produise souvent ou non, il est nécessaire de bien se préparer pour évaluer la défense lorsqu'elle est soulevée dans le cadre d'un procès.

LA RESPONSABILITÉ STRICTE

Avant de se pencher sur la défense, il faut commencer par considérer la nature des infractions pour lesquelles la défense doit intervenir : l'infraction réglementaire. La plupart du temps, les infractions réglementaires sont des infractions de responsabilité stricte. Les infractions de responsabilité sont relativement nouvelles, telles qu'établies dans l'arrêt faisant autorité *R* c *Sault Ste Marie*[1]. Dans *Sault Ste Marie*, des accusations en vertu de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[2] avaient été portées contre un entrepreneur de la ville qui avait déversé des polluants dans un cours d'eau. Cette affaire avait alors donné à la Cour suprême du Canada l'opportunité d'établir un compromis entre les infractions de *mens rea* proprement dites et les infractions de responsabilité absolue. Par conséquent, le procureur de la Couronne était tenu de prouver l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable, mais l'accusé pouvait éviter une condamnation en établissant, en fonction de la prépondérance des probabilités, qu'il avait pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de commettre l'infraction. La Cour a déclaré ce qui suit :

> Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea* ; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte[3].

1. [1978] RCS 1299 [*Sault Ste Marie*].
2. LRO 1970, c 332.
3. *Sault Ste Marie*, *supra* note 1, p. 1326.

Les aspects de la défense ont évolué depuis 1978, et la jurisprudence a permis de répondre à des questions telles que : qui est la « personne raisonnable » et qu'entend-on par « précautions raisonnables » au juste. L'analyse jurisprudentielle de certaines affaires représentatives aide à considérer ces questions ainsi que d'autres, ainsi qu'à déterminer quels faits pourraient étayer une déclaration de diligence raisonnable.

L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DE LA DILIGENCE RAISONNABLE INCOMBE AU DÉFENDEUR

Dans le cadre d'un procès à caractère réglementaire, un problème fréquent se rapporte au fait que bien des personnes ne comprennent pas que le fardeau de la preuve incombe nettement au défendeur. Le procureur de la Couronne n'a nullement l'obligation d'établir que le défendeur n'a pas été diligent. Cependant, il n'est pas rare que l'avocat de la défense essaie de déplacer le fardeau de la preuve ou tente de créer de nouveaux fardeaux pour le procureur de la Couronne. De même, certains avocats ignorent complètement le fardeau de la preuve et essaient simplement de persuader le tribunal, que le défendeur a fait preuve de diligence, au moment de leurs conclusions finales. D'autres arguments pourraient également suggérer que la loi a imposé un trop gros fardeau au défendeur pour que celui-ci évite de commettre l'infraction ou encore, affirmer qu'il « n'avait vraiment pas le choix[4] ». Cela dit, la règle de droit est claire, car c'est à la défense qu'il incombe de prouver la diligence raisonnable.

Fait tout aussi important, le défendeur doit faire preuve de diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités dans la mesure où elle se rapporte aux éléments externes de l'infraction dont il est question. Il s'agit là d'un fardeau positif et le défendeur sera reconnu coupable s'il ne le respecte pas[5].

Dans *R* c *Keough*[6], la Cour suprême de Terre-Neuve et du Labrador a abordé tant le fardeau de la preuve que la norme de preuve pour renverser un acquittement. L'affaire a pris une tournure intéressante lorsque le juge du procès a essayé d'appliquer le critère de l'affaire *R* c *S (WD)*[7] à la défense de diligence raisonnable :

> [TRADUCTION] [32] Le juge du procès est parvenu au mauvais résultat en appliquant par erreur le critère W.D. à la preuve de la défense relative à la diligence raisonnable. Cette manière de procéder a en fait dispensé M. Keough de son

4. *R* c *Zellstoff Celgar Limited Partnership*, 2012 BCPC 38.
5. Voir *R* c *Henneberry*, 2009 NSCA 112, par 31 ; *R* c *Gemtec Ltd and Robert Lutes* (2007), 321 NBR (2d) 200 (CA NB) [*Gemtec*] ; *R* c *Petten* (1995), 129 Nfld & PEIR 37, par 53 ; *R* c *Keough* (2006), 260 Nfld & PEIR 278 (CS TNL), par 8.
6. *Keough*, *Ibid.*
7. [1994] 3 RCS 521.

> fardeau de prouver, en fonction de la prépondérance des probabilités, qu'il avait fait preuve de diligence raisonnable afin d'éviter de commettre les infractions. […]
>
> [38] Le juge du procès avait raison de dire que l'application du critère W.D. « […] devient un peu compliqué en matière d'infraction[s] réglementaire[s] […] » Ce qui complique la procédure, c'est le fait de diviser le procès en deux phases, avec des fardeaux de preuve changeants et différents. Le critère W.D. n'était pas du tout pertinent à cette affaire. Il se serait peut-être seulement appliqué à la première phase, mais l'accord du procureur de la Couronne et de la défense en ce qui a trait aux faits essentiels a transformé cette partie du procès en exercice de routine. Si le juge du procès n'avait pas tenu compte du critère W.D. et avait évalué la preuve relative à la diligence raisonnable en fonction de la prépondérance des probabilités, il se serait manifestement rendu compte que M. Keough n'avait pas satisfait au fardeau de la preuve. Par conséquent, le juge du procès en serait arrivé à un autre verdict[8].

Afin de satisfaire au fardeau, un défendeur n'est pas obligé de prouver qu'il a pris toutes les précautions possibles ou imaginables pour éviter de commettre l'infraction. Par ailleurs, il n'est pas tenu de faire preuve d'une norme de perfection surhumaine. Cependant, il doit prouver qu'il a mis en place un « système adéquat » et qu'il a pris des « précautions raisonnables pour assurer l'exploitation efficace du système ». Par la suite, il sera évalué à la lumière de la norme d'une personne raisonnable dans des circonstances semblables[9].

Puisque les faits de chaque affaire diffèrent, le tribunal doit se demander ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans ces circonstances particulières (il faut tenir compte du métier ou de la profession du défendeur, à savoir s'il est pêcheur, agriculteur, propriétaire d'entreprise, consultant, etc.) pour éviter de commettre l'infraction. L'affaire *R* c *Commander Business Furniture Inc* avait établi une liste de considérations utiles, comme suit :

> [TRADUCTION]
>
> 1) la nature et la gravité de l'effet indésirable ;
> 2) la prévisibilité de l'effet, y compris les sensibilités anormales ;
> 3) les solutions alternatives disponibles ;
> 4) la conformité aux lois et aux règlements ;
> 5) les normes de l'industrie ;

---

8. Voici le critère, en trois parties, énoncé par le juge Cory :
   - Premièrement, si vous croyez l'accusé, vous devez évidemment l'acquitter ;
   - Deuxièmement, si vous n'ajoutez pas foi au témoignage de l'accusé, mais que ce témoignage vous laisse avec un doute raisonnable, vous devez l'acquitter ;
   - En dernier lieu, si le témoignage de l'accusé ne laisse pas de doute raisonnable dans votre esprit, vous devez vous demander si, en raison des éléments de preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.
9. *Levis (City)* c *Tetreault*, [2006] 1 RCS 420, par 15 ; *R* c *Edmonton (City)*, 2006 ABPC 56, par 703 ; *R* c *JD Irving Ltd*, [2008] NBJ nº 371, par 42-43.

6) le caractère du voisinage ;
7) les efforts qui ont été déployés pour régler le problème ;
8) la durée de ces efforts et la rapidité de l'intervention ;
9) les questions indépendantes de la volonté de l'accusé, y compris les limites technologiques ;
10) les niveaux de compétence attendus de l'accusé ;
11) les complexités en jeu ;
12) les systèmes de prévention ;
13) les considérations économiques ;
14) les mesures prises par les autorités[10].

Le tribunal a le droit de prendre en considération le caractère et l'expérience du défendeur. Par ailleurs, il est approprié de faire une distinction entre le fardeau attendu d'une personne ordinaire et celui attendu d'un pêcheur commercial détenteur d'un permis[11]. Dans le cadre des pêches, les tribunaux ont interprété la défense de la diligence raisonnable dans le contexte de ce qu'un pêcheur raisonnable ferait pour prendre toutes les précautions raisonnables afin d'éviter ce type d'infraction[12]. Et pour aller plus loin, la norme de l'homme raisonnable doit aussi comprendre un pêcheur du genre de pêche visée[13]. Par exemple, dans *R* c *Gould*[14], une déclaration de culpabilité a été prononcée pour possession de homards n'atteignant pas la taille minimale. M. Gould, pêcheur de homard chevronné, ne pouvait pas soutenir une défense de diligence raisonnable lorsqu'il avait mesuré les homards à l'aide d'un calibre qui n'avait pas été certifié comme précis en comparaison visuelle avec les calibres employés par le ministère des pêches.

De même, en ce qui a trait au deuxième aspect de la diligence raisonnable, « la défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent[15] ». Le tribunal considérera si le défendeur pouvait raisonnablement croire certains faits. Dans *R* c *Harris*[16], cela s'est avéré être le cas quand le juge du procès a accepté la défense de la diligence raisonnable lorsqu'il en est ressorti que si les membres d'équipage avaient suivi les consignes du capitaine Harris, aucune infraction n'aurait été commise. Dans ce cas-ci, les membres d'équipage

10. (1992), CELR (NS) 185 (CJ Ont), p. 212.
11. *R* c *Jarvis* (1993), 120 NSR (2d) 354 (CS).
12. *R* c *Symmonds* (RP), 138 Nfld & PEIR 109, par 31.
13. Voir *R* c *McIntyre*, [1999] NBR (2d) (suppl.) n° 15, par 15 et à *R* c *Bell*, [1992] BCJ n° 2829 (CS), p. 2 et 4.
14. (1995), 136 Nfld & PEIR 58 (CS TNL).
15. *Sault Ste Marie*, *supra* note 1.
16. (1997), 165 NSR (2d) 73 (CA).

avaient suivi les consignes du capitaine pendant bien plus d'un an et il était raisonnable de croire qu'ils continueraient de le faire.

Toutefois, les actes raisonnables doivent se rapporter à l'infraction en cause et non pas à démontrer de manière générale une conduite responsable ; car dans un tel cas, la défense serait mal fondée[17]. Dans *R* c *Boyd*[18], un pêcheur de crabes avait, en toute négligence, placé ses casiers à crabes très près de la ligne située entre la zone de pêche ouverte et la zone de pêche fermée le 2 mai 2009, si bien que les casiers se sont déplacés jusque dans la zone fermée. Le lendemain, ses casiers ont été aperçus en train de capturer des crabes dans la zone de pêche fermée et le pêcheur a admirablement communiqué avec le ministère des pêches et des océans (MPO) à ce sujet. À propos des chefs d'accusation ayant trait à la pêche dans la zone fermée le 2 mai, le juge du procès a conclu que l'intervention positive et catégorique de la part de l'intimé le lendemain ont établi une diligence raisonnable. En annulant l'acquittement, la Cour d'appel a conclu :

> [TRADUCTION] [35] Tel qu'indiqué dans *R. c. Alexander*, *supra*, la défense de la diligence raisonnable doit « se rapporter aux éléments externes de l'infraction dont il est question ». Dans ce cas-ci, lorsque le juge du procès a considéré l'accusation se rapportant au 2 mai 2009, il avait dûment constaté que l'intimé n'avait pas fait preuve de diligence. L'enquête aurait dû s'arrêter là. Le fait de tenir contre des actes de l'intimé au-delà de la date de l'infraction s'est avéré, tel que l'a déclaré la cour dans l'affaire *R.* c. *Kurtzman, supra*, une considération contraire à la bonne règle de la « plus vaste notion d'un acte raisonnable ».

Nous savons que l'établissement de la diligence raisonnable nécessite la prise en considération de facteurs tels que les normes d'un secteur industriel, l'information qui est à la disposition du défendeur, les politiques de l'organisme de réglementation[19], etc. Dans certains cas, la loi qui régit l'activité en cause servira de guide. Le jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *R* c *Arbuckle* constitue un exemple[20]. Les intimés avaient été accusés d'être en possession de harengs n'atteignant pas la taille minimale, en contravention au paragraphe 41(1) du *Règlement de pêche de l'Atlantique*. Au procès, le procureur de la Couronne a présenté une preuve selon laquelle les agents des pêches affirmaient que les prises de poisson contenaient des petits harengs. Plus précisément, ces agents avaient déclaré avoir échantillonné les prises conformément à la méthode d'échantillonnage décrite au paragraphe 44(3) du

---

17. *R* c *Alexander*, [1997] NJ No 19 (CA TNL), par 17-18.
18. 2010 NSSC 417.
19. Dans *Keough, supra* note 5, par 22 : [TRADUCTION] « Généralement, les pêcheurs sont tenus de communiquer avec le MPO pour demander la permission de récupérer leurs engins de pêche. Parfois, les pêcheurs sont obligés d'avoir des observateurs à bord lorsqu'ils vont chercher leurs engins et normalement, ils n'ont le droit de faire qu'un seul voyage pour y parvenir ».
20. (2013) NSSC 2.

Règlement de pêche de l'Atlantique, ce qui leur a permis de déterminer que les prises contenaient beaucoup plus que les dix pour cent de petits harengs permissibles. La défense n'a présenté aucune preuve de la diligence exercée, décidant plutôt de contester le caractère aléatoire des échantillons prélevés par les agents des pêches.

Le juge du procès a interprété le paragraphe 44(3) comme élément de l'infraction et a conclu que le procureur de la Couronne n'avait pas établi, hors de tout doute raisonnable, que les échantillons recueillis par les agents des pêches avaient été pris conformément au paragraphe 44(3) du *Règlement de pêche de l'Atlantique*. Sans tenir compte de la diligence raisonnable, le juge du procès a déterminé que le procureur de la Couronne n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que les dispositions du paragraphe 44(2) du Règlement ne s'appliquaient pas et il a prononcé un acquittement. À ce stade-ci, il serait bon de jeter un coup d'œil sur le *Règlement de pêche de l'Atlantique* :

> 44. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (4), il est interdit de pêcher, d'acheter, de vendre ou d'avoir en sa possession des harengs dont la longueur est inférieure à 26,5 cm.
>
> (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux harengs d'une longueur inférieure à 26,5 cm
>
> a) qui sont capturés fortuitement au cours de la pêche de harengs plus longs ; et
>
> b) dont le nombre gardé au cours d'une même expédition de pêche n'excède pas 10 pour cent du nombre de harengs plus longs qui sont pris et gardés au cours de cette expédition.
>
> (3) Pour l'application du paragraphe (2), le pourcentage de prise est déterminé sur la base d'au moins quatre échantillons, chaque échantillon contenant un nombre minimal de 50 harengs.

Le procureur de la Couronne a interjeté appel pour demander à la Cour d'appel de clarifier si le paragraphe 44(3) était vraiment une codification de la défense de la diligence raisonnable. En renversant l'acquittement et en prononçant une déclaration de culpabilité, la Cour d'appel a confirmé que la preuve des dispositions des paragraphes 44(2)-(3) ne s'appliquait pas, et qu'il ne s'agissait pas d'un élément essentiel de l'infraction en vertu du paragraphe 44(1). Plutôt, les paragraphes 44(2)-(3) constituent un moyen statutaire de défense de la diligence raisonnable. Puisque la défense n'a pas fait référence à une preuve de diligence raisonnable, une déclaration de culpabilité a été prononcée.

Cette affaire a pour effet de rappeler aux procureurs que l'analyse attentive de la loi peut permettre de démontrer que le législateur avait déjà établi la norme que devaient respecter les défendeurs dans certains cas. Par conséquent, en ce qui a trait à la pêche au hareng, un pêcheur fait preuve de diligence s'il

emploie la méthode d'échantillonnage décrite au paragraphe 44(3) et ce, afin de s'assurer que ses prises ne contiennent pas plus de dix pour cent de harengs de faible longueur, et que si c'est le cas, il doit prendre les mesures nécessaires pour que sa pêche se conforme au règlement[21].

LA PLANIFICATION DE LA DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE

Il est à remarquer que ce ne sont pas toutes les affaires qui sont assorties d'un exemple législatif venant étayer le principe de la diligence. En fait, il arrive souvent que les procureurs doivent recourir aux enquêteurs pour recueillir des éléments de preuves liés à la diligence en même temps qu'ils enquêtent sur une infraction. Et bien qu'il n'incombe pas au procureur de la Couronne d'établir un manque de diligence au procès, il doit être prêt à l'évaluer et, au besoin, à contester les éléments de preuve de la défense. Par conséquent, le procureur de la Couronne doit se familiariser avec les normes du milieu réglementé concerné et trouver de nouvelles avenues pour poursuivre les personnes qui auraient pu éviter leur responsabilité par le passé.

Pendant longtemps, il a été particulièrement difficile de poursuivre avec succès les consultants pour des infractions environnementales découlant de leur travail. C'était le cas jusqu'à ce que l'affaire *R* c *Gemtec Ltd and Robert Lutes*[22] remette en question la diligence raisonnable dans le contexte de l'environnement. Ainsi, pour la première fois, une firme de génie-conseil a été reconnue coupable d'avoir donné des conseils à un client, ce qui a entraîné une infraction au droit fédéral de l'environnement. L'affaire a permis de démontrer que les consultants qui n'intègrent pas la conformité environnementale aux conseils qu'ils donnent à leurs clients peuvent être tenus responsables pour le rôle qu'ils jouent dans une infraction environnementale connexe. Maintenant, les consultants savent qu'ils doivent faire preuve de diligence tant dans les conseils qu'ils donnent à un client que dans la mise en application subséquente de ces conseils.

Cette affaire faisait référence aux déclarations de culpabilité découlant de la participation des appelants aux recommandations et à la mise en œuvre d'un plan consistant à fermer l'ancien site d'enfouissement de la ville de Moncton. En particulier, ils avaient été reconnus coupables de chefs d'accusation relativement au dépôt ou à la permission de déposer du lixiviat de décharge dans la rivière Petitcodiac. Les faits : la ville de Moncton avait retenu les services de Gemtec pour réaliser une étude relativement à la fermeture du site d'enfouissement et à la mise en œuvre du plan de fermeture recommandé par la firme.

---

21. Voir l'affaire *R* c *Neary*, 2010 NSSC 466, concernant une question du même genre, dans le contexte du maquereau.
22. (2007), 321 NBR (2d) 200 (CA NB).

L'objectif du plan consistait à aboutir à un plan de fermeture acceptable sur le plan environnemental, et qui serait compatible avec les objectifs d'utilisation de ces terres à long terme. L'entreprise a donc présenté un plan et a nommé son président, Robert Lutes, chef de projet. Le plan de fermeture recommandait une option selon laquelle le lixiviat nuisible continuerait de se déverser dans l'environnement riverain. Certaines inquiétudes avaient été formulées. Mais malgré cela, la ville a adopté le plan proposé et Gemtec a reçu la permission d'aller de l'avant. Sous l'égide des appelants, une partie du travail consistait à installer des canalisations de 400 mètres de longueur pour recueillir le lixiviat émanant de diverses sources, après quoi le lixiviat allait s'écouler directement dans le ruisseau Jonathan adjacent.

La juge du procès a eu peu de difficultés à conclure que les défendeurs n'ont pas réussi à établir qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable :

> [TRADUCTION] [57] À mon sens, la diligence raisonnable soulevée par les défendeurs n'a pas été prouvée. La preuve présentée au procès a établi que les défendeurs n'étaient pas au courant des exigences de l'article 36(3) de la *Loi sur les pêches*, dans le meilleur des scénarios, ou ont volontairement fermé l'œil à ces exigences, dans le pire des scénarios. Par ailleurs, les défendeurs avaient reçu de la correspondance de la part de M. Louis Lapierre les informant du fait que l'option de fermeture proposée n'était peut-être pas conforme aux exigences de la *Loi sur les pêches*. Aucune preuve n'a permis d'indiquer qu'ils ont consulté Environnement Canada ou encore, le ministère des Pêches et Océans pour déterminer si le plan de fermeture se conformait aux exigences réglementaires du gouvernement fédéral.
>
> [58] De 1995 à 2001, les défendeurs n'ont ni recommandé ni mis en œuvre des précautions raisonnables pour empêcher le lixiviat toxique de s'infiltrer dans le réseau de la rivière Petitcodiac. En fait, pendant cette période, les défendeurs ont recommandé et supervisé l'installation des canalisations du réseau Jonathan, canalisations qui servaient à recueillir et à déposer le lixiviat directement dans le ruisseau Jonathan. Cela comprenait l'installation de canalisations périphériques d'environ 400 mètres en 1998, qui servaient à recueillir le lixiviat de divers emplacements du site, puis à le déverser directement dans le ruisseau Jonathan. […]
>
> [60] À mon sens, la preuve présentée ne vient pas étayer la conclusion selon laquelle les défendeurs avaient recommandé ou mis en œuvre des mesures visant à éviter l'« acte prohibé », soit le dépôt de lixiviat dans le réseau de la rivière Petitcodiac. Aucune disposition n'avait été prise pour gérer ou recueillir le lixiviat de manière adéquate afin de minimiser les dépôts de lixiviat car la démarche des défendeurs consistait à permettre au lixiviat de s'écouler directement dans le réseau riverain, se fiant ainsi sur sa capacité de dilution pour atténuer les dommages à l'environnement.

Les appelants avaient soutenu que leurs actes devaient être considérés comme diligents à la lumière des obligations que leur avait imposées la province.

La Cour d'appel a déterminé que la juge du procès avait rejeté ces arguments à juste titre.

À mon avis, la juge du procès a bien tenu compte de la défense de la diligence raisonnable lorsqu'elle a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] dans le cadre de cette affaire, mon devoir ne consistait pas à évaluer les actes des défendeurs relativement aux exigences environnementales et financières imposées par le ministère de l'Environnement de la province du Nouveau-Brunswick, mais plutôt à déterminer si la preuve venait étayer la conclusion, en fonction de la prépondérance des probabilités, selon laquelle les défendeurs avaient pris des précautions raisonnables pour éviter de commettre des actes interdits par la loi, tels que décrits à l'article 36(3) de la *Loi sur les pêches*[23].

Au bout du compte, une compréhension nuancée de l'industrie, alliée à une bonne compréhension de la loi en matière de diligence raisonnable, s'est traduite par une poursuite réussie.

CONCLUSION

Le présent chapitre a cherché à clarifier la défense de diligence raisonnable qui peut être invoquée dans des poursuites d'ordre réglementaire. Pour ce faire, des exemples de la manière dont les tribunaux de l'Atlantique ont appliqué la défense ont été présentés, ainsi que des exemples intéressants de défense qui ont mal tourné. En fin de compte, lorsque des particuliers et des entreprises décident d'exercer des activités réglementées en se dotant d'un plan solide pour ne pas commettre d'infractions, plan jumelé à la prise de précautions raisonnables dans ce sens, la défense de diligence raisonnable pourrait être recevable. Dans un tel cas, la défense de diligence raisonnable nécessitera l'établissement de faits par la défense en fonction de la prépondérance des probabilités. Lorsque le procureur de la Couronne connaît bien les normes et les défis d'un secteur industriel, le cas échéant, ainsi que le caractère raisonnable des précautions prises, les tribunaux ne devraient pas avoir de difficulté à évaluer la défense et à trouver qu'elle est justifiée dans les circonstances.

---

23. *Gemtec*, *supra* note 5, par 36.

Chapitre 22

De certains moyens de défense en droit pénal de l'environnement

Jean Piette

Le présent chapitre vise à présenter certains moyens de défense utilisés en droit pénal de l'environnement autres que la défense dite de diligence raisonnable énoncée dans l'arrêt *R* c *Sault Ste-Marie*[1] de 1978 et codifiée depuis, de différentes manières dans de nombreuses lois provinciales et fédérales ayant trait à la protection de l'environnement. La majorité de ces moyens de défense sont connus en droit pénal ou criminel. Ils ont été adaptés au droit de l'environnement et ont fait l'objet de plusieurs interprétations et applications par différents tribunaux dans l'ensemble du Canada. Les moyens de défense présentant un intérêt manifeste dans cette perspective et que nous avons retenus sont l'abus de procédure, l'erreur de droit provoquée par l'Administration publique, la défense d'impossibilité, la défense de nécessité et la défense *de minimis non curat lex*[2].

Nous nous proposons donc de décrire ces moyens de défense et d'exposer la façon dont les tribunaux en ont traité compte tenu de la nature et de la finalité particulière du droit de l'environnement. Nos propos n'ont aucune prétention d'être exhaustifs puisqu'il existe d'autres moyens de défense portant sur des questions procédurales ou constitutionnelles ou relevant de

1. *R* c *Sault Ste-Marie*, [1978] 2 RCS 1299.
2. À ce sujet, voir : Paule Halley, *Le droit pénal de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 212 et ss ; Jean Piette et Isabelle Fournier, « Le développement des moyens de défense en droit pénal de l'environnement » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 1994*, Cowansville, Yvon Blais, 291, p. 291.

l'interprétation du droit statutaire qui est créateur des devoirs, obligations et prohibitions propres au droit de l'environnement.

L'ABUS DE PROCÉDURE

L'abus de procédure est un moyen de défense bien connu en droit pénal. Elle permet à l'accusé d'obtenir un arrêt des procédures ou un rejet de l'accusation s'il peut démontrer que les autorités ont agi de façon injuste ou abusive à son égard, compromettant ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Les conditions d'exercice de ce moyen de défense en droit pénal ont été établies par la Cour suprême dans l'arrêt *R* c *Jewitt* de 1985[3]. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Re Abitibi Paper Co Ltd and the Queen*[4], a établi les circonstances et les règles qui permettent à un juge de conclure à un abus de procédure dans un contexte de droit de l'environnement. Ce moyen de défense trouvera application « dans les circonstances les plus exceptionnelles » dans le cas où le comportement du ministère public pourra être qualifié de « vexatoire, injuste et oppressif » pour employer les termes utilisés par le juge Jessup[5]. Il convient de signaler que, à l'instar de la majorité des moyens de défense, l'abus de procédure doit être soutenu par une preuve prépondérante soumise par l'accusé après présentation de la preuve du ministère public démontrant sa culpabilité à l'égard de l'accusation portée contre lui.

Dans *Abitibi Paper*, la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance et décrété un arrêt des procédures parce que les accusations d'infractions à la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario[6] et à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[7] avaient été déposées avant la date d'échéance établie par le ministère de l'environnement pour l'exécution de travaux par l'accusée visant à mettre fin à la pollution de la rivière Abitibi.

Dans une autre affaire intéressante, *PG du Québec* c *Balmet Canada Inc*[8], on a accordé une requête demandant l'arrêt des procédures. La défense soutenait qu'il y avait eu abus de procédure de la part du Procureur général du Québec et que les procédures entreprises contre la prévenue étaient oppressives et vexatoires. Dans cette affaire, le ministère a attendu près de deux ans après la première inspection constatant une faute pour intenter des procédures. Sur ce

---

3. [1985] 2 RCS 128.
4. (1979) 24 OR (2d) 742 (CA), 47 CCC (2d) 487.
5. *Ibid.*, 47 CCC (2d), p. 496.
6. RLRO 1990 c E.19.
7. RLRO 1990 c O.40.
8. *PG du Québec* c *Balmet Canada Inc*, Cour du Québec (chambre pénale), n°s 755-27-000012-908, 755-27-000013-906 et 755-27-000014-904, le 12 mars 1992, J Yvan Mayrand ; rapporté au n° 88 de *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement* (1980-1992), par Duplessis, Hétu et Vézina, Éditions Yvon Blais Inc.

point, le tribunal a tenu à mentionner que même s'il n'approuvait pas la façon d'agir du ministère, la prévenue pouvait s'attendre à des poursuites tant que la prescription n'était pas acquise. Le tribunal a également rappelé le principe à l'effet que l'arrêt des procédures ne peut être ordonné que dans les cas les plus manifestes. Le juge Mayrand a néanmoins accueilli la requête parce que le ministère public cherchait à sanctionner la prévenue pour une infraction commise le 3 mars 1988 alors que le ministère de l'environnement lui avait accordé par écrit un délai jusqu'au 25 mars 1988 pour se conformer à une condition de son certificat d'autorisation.

Le juge écrit à ce sujet :

> Il est inconcevable et répugnant de penser que le ministère puisse intenter des procédures judiciaires pour sanctionner une situation qu'il permet implicitement. Comme on permettait par écrit le 8 février 1988 que cette situation existe jusqu'au 25 mars 1988, la prévenue ne pouvait s'attendre d'être poursuivie pour l'existence de cette contravention le 3 mars 1988.

Dans une affaire de santé et sécurité au travail, l'affaire *R* c *Toddglen Construction Ltd*[9], le tribunal a également prononcé un arrêt des procédures sur la preuve que l'inspecteur du ministère du travail avait pris l'engagement de ne pas poursuivre l'accusée si un représentant de l'entreprise témoignait à l'effet qu'un sous-traitant était responsable d'avoir réalisé une excavation dangereuse.

Une situation semblable s'est présentée dans l'affaire *R* c *Loblaw Properties Inc*[10] où un inspecteur du ministère du travail avait promis qu'aucune accusation ne serait portée contre l'accusée si un représentant de celle-ci donnait une déclaration incriminante. Un arrêt des procédures a également été décrété dans l'affaire *R* c *Northwood Pulp Timber Limited*[11] dans une affaire où l'accusée avait réalisé un projet pilote de traitement des eaux de procédé dans un délai imparti par le ministère de l'environnement sans réussir à diminuer les rejets illégaux.

Dans les affaires de droit de l'environnement, le comportement « vexatoire, injuste et oppressif » sera souvent associé au comportement d'un fonctionnaire du ministère de l'environnement et à son interaction avec le ministère public responsable d'intenter des poursuites pénales.

Pour réussir dans une défense d'abus de procédure en droit de l'environnement, l'accusé doit démontrer que les promesses de ne pas intenter de poursuite ont été faites clairement et constituent même une entente contractuelle entre les parties. C'est ainsi que ce moyen de défense a été rejeté dans

---

9. 1994 CLB 15993 (Cour de l'Ontario, Division provinciale).
10. (2002) OJ No 4324.
11. (1992) 9 CELR (NS) 289 (Cour provinciale de C-B).

l'affaire *R* c *Laidlaw Waste Systems Limited*[12] parce que les engagements du ministère tenaient davantage d'une impression que d'un engagement formel.

La défense d'abus de procédure a également été rejetée dans l'affaire *R* c *Placages Techno-Spec*[13] où la défenderesse soutenait que la méthode d'échantillonnage utilisée par le ministère de l'environnement l'empêchait de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle ne permettait pas de fournir un échantillon par la défenderesse. Ce moyen de défense a aussi été rejeté dans l'affaire *R* c *Syncrude Canada Limited*[14] où l'accusée plaidait qu'elle avait respecté les dispositions du permis obtenu en vertu des loi environnementales de la province de l'Alberta. Il en a été de même dans l'affaire *R* c *Canada (Northwest Territories Commissioner)*[15] où l'argument de la conformité à un permis à l'encontre d'une accusation de non-respect de la loi, a été rejeté en raison du fait que le permis comportait la clause suivante : « Le respect des termes et conditions de ce permis ne libère pas son détenteur du devoir de conformité avec les exigences des autres lois fédérales et territoriales[16] ».

L'ERREUR DE DROIT PROVOQUÉE PAR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Il existe une règle fondamentale dans notre société à l'effet que nul n'est censé ignorer la loi. Les tribunaux ont toujours été réticents à accepter l'erreur de droit comme moyen de défense, ou comme excuse, en matière pénale. Cependant, compte tenu de la multiplication des réglementations dans la vie moderne, les tribunaux reconnaissent maintenant une exception à cette règle lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit provoquée par l'autorité compétente. Une erreur de cette nature pourra donc avoir un effet disculpatoire dans les conditions appropriées[17].

La jurisprudence a énoncé certaines conditions pour que cette défense permette d'excuser l'infraction commise par un accusé. C'est le juge Lamer, dans l'affaire *R* c *Jorgensen*[18], qui a énoncé et actualisé les conditions d'existence de ce moyen de défense qui peut être soulevé par un accusé seulement après que le ministère public ait fait la preuve de tous les éléments de l'infraction[19]. Ces

12. (1995) OJ No 4279 (Cour provinciale).
13. JE 92 1270 (Cour municipale de Montréal).
14. 2010 ABPC 229.
15. *R* c *Canada (Northwest Territories Commissioner)* (1993), 12 CELR (NS) 25 (Cour territoriale des TNO), confirmé en appel 15 CELR NS, par 85.
16. *Ibid.*, p. 103 (traduction de l'auteur).
17. Voir : Paule Halley, *supra* note 2, p. 253 et ss ; Jean Piette et Isabelle Fournier, *supra* note 2, p. 297 ; *Québec (Procureur Général)* c *MJ Robinson Trucking ltée*, CQ Hull, no 550-27-005452-906, 4 décembre 1991, JE 92-1221 (CS) ; *R* c *Macpherson* (1983), 3 FPR 329, p. 331 (CP C-B).
18. [1995] 4 RCS 55, p. 77-84.
19. *Ibid.*, p. 81.

conditions, qui doivent être établies par l'accusé par une preuve prépondérante, sont les suivantes :

1) Il doit y avoir eu une erreur de droit ou une erreur mixte de droit et de fait ;
2) L'accusé doit s'être interrogé sur la légalité de son comportement ;
3) L'accusé doit avoir consulté ou reçu l'avis d'une personne en autorité qui est compétente en la matière, c'est-à-dire une personne raisonnable normalement chargée d'appliquer une loi ou de donner des avis sur la loi en question et à qui on a posé des questions ou reçu un avis visant expressément la situation en cause ;
4) L'avis obtenu doit être un avis raisonnable dans les circonstances ;
5) Le caractère erroné de l'avis reçu (l'accusé n'est cependant pas obligé d'établir ce fait puisque le ministère public aura déjà établi le droit applicable) ;
6) L'accomplissement d'un acte ou l'adoption d'un comportement sur la base de cet avis.

Si le tribunal accueille ce moyen de défense, il prononcera généralement un arrêt des procédures puisque ce moyen de défense est véritablement une excuse et non pas un moyen de défense complet[20]. Cependant, il arrive qu'un tribunal prononce un acquittement sur la base de ce moyen de défense[21].

Même si, en 1995, le juge Lamer a énoncé les conditions d'existence de l'erreur provoquée par une personne en autorité, ce moyen de défense était reconnu depuis plusieurs années : on peut citer à cet égard les affaires *MacDougall* de 1982[22], *Cancoil* de 1986[23] et *Gravel Chevrolet Oldsmobile* de 1991[24].

Ce moyen de défense a souvent été retenu en droit pénal de l'environnement. Ainsi, dans l'affaire *Québec (P G)* c *Allard*[25], les défendeurs avaient creusé une fosse à bateaux au Lac Kénogami en ayant obtenu un permis de la municipalité, mais sans avoir obtenu de certificat d'autorisation de la part du ministère de l'environnement. Les défendeurs croyaient qu'ils avaient tous les permis requis. Compte tenu de toutes les circonstances, y compris un contentieux entre la municipalité et le ministère qu'on ne peut reprocher aux accusés

20. *Ibid.*
21. Par exemple, dans *PG du Québec* c *Allard*, JE 2001-401 (CA).
22. C'est sans doute l'arrêt *R* c *MacDougall*, [1981] 2 RCS 605 qui a officiellement reconnu l'existence de ce moyen de défense.
23. *R* c *Cancoil Thermal Corp* (1986), 27 CCC (3d) 295 (CA Ont).
24. JE 91-1697 (CA).
25. JE 98-2179 (CQ), J Micheline Paradis ; jugement d'appel, *supra* note 21.

d'ignorer, leur erreur a été jugée sincère, c'est-à-dire honnête et de bonne foi. Le moyen de défense a donc été accueilli.

En règle générale, l'absence de poursuite judiciaire, le silence de l'administration[26] ou la tolérance des autorités ne peuvent être à l'origine de l'erreur reconnue par ce moyen de défense[27]. L'accusé qui invoque ce moyen de défense doit être une personne qui s'est enquis des règles de droit qui régissent une activité particulière et qui a reçu un avis à cet égard. L'avis émis par l'autorité compétente sera réputé raisonnable à moins qu'il n'apparaisse déraisonnable à sa face même[28]. Cependant, on a quand même accueilli cette défense lorsque des prévenus ont invoqué que bien que leurs activités étaient illégales, elles s'étaient poursuivies pendant plusieurs années avec l'approbation tacite de l'autorité chargée d'appliquer la loi, le ministère des pêches et des océans[29].

Dans l'affaire *Balmet*[30], dont nous avons déjà traité dans le contexte de la défense d'abus de procédure, le juge énonce que la situation s'apparente aux cas où on peut permettre une défense reposant sur l'erreur induite par l'autorité compétente. Dans cette affaire, la prévenue savait qu'elle contrevenait aux conditions de l'autorisation que lui avait délivrée le ministère, mais elle avait été induite en erreur par une lettre du ministère qui tolérait cette situation jusqu'à une date déterminée.

La Cour supérieure du Québec s'est également prononcée sur ce moyen de défense dans une affaire de droit de l'environnement jugée en 1992[31]. Dans cette affaire, la prévenue a été acquittée sur une défense d'erreur de droit émanant d'un avis de source officielle. L'entreprise invoquait qu'elle travaillait sous la surveillance et la responsabilité du ministère des transports et qu'un surveillant de ce ministère, chargé de veiller à l'application du contrat, du cahier des charges et de la réglementation applicable, avait approuvé le déversement de matériaux dans un lieu non autorisé, infraction qui lui était reprochée.

Dans cette affaire, il s'agissait d'une infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement* et le fonctionnaire qui avait « approuvé » le déversement de matériaux dans un lieu non autorisé était un fonctionnaire du ministère des transports. Or, dans *Jorgensen*, le juge Lamer a écrit que l'erreur, pour être admissible, devait être induite « en général » par un fonctionnaire responsable de l'application de la loi en question[32]. En pratique, les tribunaux semblent démontrer de la flexibilité à cet égard et admettre ce moyen de défense lorsque,

---

26. *Halton Conservation Authority* c *Cristiano* (1992), 10 CELR (NS) 154, 160.
27. G Côté-Harper et A Manganas, *Droit pénal canadien*, 3e éd, Éditions Yvon Blais, p. 532.
28. *Supra* note 18, p. 80.
29. *R* c *Johnson & Wilson* (1988), 2 WCB (2d) 194 (CP N-B).
30. *Supra* note 8, p. 14.
31. *PG du Québec* c *MJ Robinson Trucking Ltd*, *supra* note 17.
32. *Supra* note 18, p. 79.

du point de vue de l'accusé, le fonctionnaire est perçu comme étant un représentant dûment autorisé de l'autorité publique, même s'il n'est pas un fonctionnaire responsable de l'application de la loi qui a été enfreinte. C'est la même situation qui s'est présentée dans l'affaire *Dow Chemical Canada inc*[33] et dans l'affaire *MacPherson*[34].

Lorsqu'un tribunal reconnaît ce moyen de défense, il cherche à comprendre la perception que l'accusé peut avoir de l'administration publique (ou des « autorités »). Ainsi, dans l'affaire *Forest* c *Pointe-Fortune (Municipalité)*[35], un simple citoyen induit en erreur par le maire d'une petite municipalité quant à la nécessité d'un permis municipal, bénéficiera d'un arrêt de procédures grâce à ce moyen de défense. Dans *R* c *Vostis*[36], l'accusé a été moins chanceux sans doute parce qu'il s'agissait d'un homme d'affaires expérimenté qui s'était fié aux déclarations d'une réceptionniste. Dans l'affaire *Maitland Valley Conservation Authority* c *Cranbrook Swine Inc*[37], la bonne foi des défendeurs a cependant été retenue par le tribunal, d'autant plus qu'ils avaient vérifié les lois applicables et que la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*[38] de l'Ontario indiquait que l'approbation obtenue comportait une référence de conformité aux autres lois applicables.

Dans une autre affaire[39], le prévenu était accusé d'avoir fait de fausses déclarations. Il invoquait la défense d'erreur induite par un fonctionnaire puisque les déclarations reprochées avaient été faites en présence d'un agent de conservation de la faune qui était parfaitement au courant de tous les faits pertinents puisqu'il en avait été témoin. La défense a été acceptée pour un des chefs d'accusation.

Parfois, la distinction entre la défense d'erreur induite par un fonctionnaire et la défense de diligence raisonnable paraît plutôt ténue. Ainsi, dans l'affaire *MacPherson* de 1983[40], citée comme exemple d'erreur induite par un fonctionnaire, le moyen de défense semble s'apparenter davantage à une défense de diligence raisonnable. Dans cette affaire, monsieur Macpherson possédait un étang qui, selon les inspecteurs, ne respectait pas les normes en vigueur. Ils lui ont alors demandé de suspendre ses opérations et d'effectuer certains changements. Le prévenu a fait les changements selon ce qu'il avait compris des instructions mais les inspecteurs se sont déclarés insatisfaits et ont engagé

33. (1987) 1 CELR (NS) 169, p. 172-174.
34. *Supra* note 17.
35. (2004) JQ No 7390 (CS).
36. (2006), 21 CELR (3d) 218 (CJ Ont), confirmé 35 CELR (3d) 109 (CJ).
37. (2004) OJ No 5724 (Prov Opp Ct).
38. LO, 1992, c 23.
39. *David* c *PG du Québec*, JE 93-127 (CS).
40. *Supra* note 17.

des poursuites. Monsieur Macpherson a été acquitté parce qu'il avait fait des efforts considérables pour se conformer aux exigences des inspecteurs et qu'il avait cru avoir apporté les correctifs demandés.

Lorsque la défense d'erreur de droit provoquée par un fonctionnaire est rejetée, c'est parce que les critères applicables ne sont pas présents[41]. Il est évident que l'erreur sincère et raisonnable cesse immédiatement lorsqu'un accusé reçoit une lettre ou un avis à l'effet qu'une situation ou un comportement est contraire à la loi[42].

LA DÉFENSE D'IMPOSSIBILITÉ

« À l'impossible nul n'est tenu ». Voilà une vérité à laquelle n'échappe pas le droit de l'environnement. Pour invoquer avec succès la défense d'impossibilité absolue, il faut que l'accusé se soit retrouvé dans une situation où il lui était impossible d'agir en raison d'un évènement fortuit ou d'une force majeure. La situation d'impossibilité ne doit évidemment pas avoir été créée par le prévenu. Au contraire, il doit avoir fait tout ce qui était raisonnablement possible pour éviter de se retrouver en infraction. La cause doit être extérieure, hors de contrôle de l'accusé, imprévisible et inévitable[43].

Dans l'affaire récente *Directeur des poursuites criminelles et pénales* c *Lapointe*[44], on a reproché au défendeur d'avoir permis le rejet d'un contaminant dans un ruisseau, à savoir des eaux d'égout provenant d'un parc de maisons mobiles. La défense a prétendu avoir tout tenté pour trouver une solution au problème de pollution, mais qu'il lui a été impossible de corriger la situation, autrement que par l'intervention de la municipalité. Le tribunal a étudié ce moyen de défense à la lumière de l'ouvrage de Paule Halley[45] sur le droit pénal de l'environnement et a conclu, dans les termes suivants, que ce moyen de défense n'était pas recevable dans les circonstances de cette affaire :

> [44] En ce qui a trait à la défense d'impossibilité, il est clair qu'il s'agit de l'impossibilité relative puisqu'elle ne met pas en cause un événement imprévisible pour lequel le défendeur n'avait aucun contrôle. Il est ressorti de la preuve que la

41. *Marcheland* c *R*, [1991] RJQ 799 (CS) ; *Lalonde* c *Savard*, JE 88-354 (CA) ; *Séguin* c *R*, JE 88-584 (CS) ; *R* c *Gruber* (1982), WCB 65 (CT Y).
42. *PG du Québec* c *Allard*, *supra* notes 21 et 25 ; *Québec (Procureur général)* c *Entreprises A Stabile & Fils*, JE 94-1096 (CQ), p. 22.
43. Voir : Paule Halley, *supra* note 2, p. 213 et s ; Piette et Fournier, *supra* note 2, p. 300-302 ; *Strasser c Roberge*, [1979] 2 RCS 953 étudie le moyen de défense d'impossibilité, mais ne le considère pas. En l'espèce, le défendeur a été inculpé d'avoir participé à une grève illégale. Le chemin qui mène à la mine était bloqué, mais on pouvait y avoir accès par un autre chemin et 40 % des autres employés se sont finalement rendus au travail.
44. 2012 QCCQ 6464, J Julie Dionne.
45. *Supra* note 43.

situation de pollution lui était connue, et ce, bien avant qu'il devienne propriétaire des installations polluantes. Il était aussi au courant des coûts élevés que pouvait impliquer une telle réfection puisque l'ancienne propriétaire n'avait pu les assumer et que la municipalité de Notre-Dame-du-Portage avait refusé de s'impliquer.

Dans l'affaire *Québec (PG)* c *Récupère-Sol inc*[46], la défenderesse exploitait un centre de traitement de sol et d'eau contaminés et faisait face à des constats d'infraction pour ne pas s'être conformée aux conditions du certificat d'autorisation octroyé par le ministre de l'environnement, en recevant et entreposant des morceaux de béton d'une dimension supérieure à ce qu'elle était autorisée à recevoir. Elle plaide l'impossibilité de disposer du béton en question à la suite de la disparition de la seule entreprise susceptible de recevoir ce genre de morceaux de béton au Canada. Or, la preuve avait démontré que la défenderesse a accepté du béton après la disparition de cette entreprise, ce qui était à sa connaissance. Le tribunal écrit : « Dès lors, elle sait ou doit savoir qu'elle ne pourra pas en disposer. Pour la poursuite, nul ne peut invoquer sa propre turpitude[47] ». La défenderesse n'a pas satisfait au critère essentiel suivant pour établir une défense d'impossibilité : « Enfin, l'accusé ne doit pas s'être placé lui-même dans une situation d'infraction inévitable[48] ».

Dans l'affaire *PG du Québec c Beaulieu* de 1987[49], le tribunal a statué en faveur du prévenu, accusé d'avoir déversé des eaux usées dans un fossé, et a ordonné un arrêt des procédures. Le prévenu demeurait dans un secteur dépourvu d'égouts collectifs et son terrain était trop exigu pour y installer un champ d'épuration et trop impraticable pour y installer une fosse septique. On a qualifié le cas de très exceptionnel et le moyen de défense de tout à fait spécial. Le tribunal a parlé d'une « impossibilité acceptable et raisonnable » devant laquelle se trouvait l'intimé. Les solutions envisageables étant extrêmement coûteuses et exorbitantes, le tribunal s'est appuyé sur « le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » pour ordonner un arrêt des procédures. Cet argument économique s'apparente davantage à une impossibilité relative de respecter la loi et est rarement admis par un tribunal pénal.

Quelques années plus tard, le même prévenu a été poursuivi à nouveau pour des infractions identiques[50]. Le prévenu a invoqué la défense d'abus de procédure, laquelle a été rejetée cette fois. Le tribunal a précisé que la théorie de l'abus de procédure ne s'appliquait que lorsque les faits et le litige étaient les

46. [2003] JQ no 418, J Jean-Yves Tremblay (CQ).
47. *Ibid.*, par 128.
48. *Ibid.*, par 127, en citant *L'environnement au Québec* des publications CCH.
49. *PG du Québec* c *Beaulieu*, CSP Rivière-du-Loup, no 250-27-000321-863, le 21 octobre 1987, J Marc-André Drouin, reproduit au numéro 36 de *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement* (1980-1992), par Duplessis, Hétu et Vézina, Éditions Yvon Blais Inc.
50. *PG du Québec* c *Beaulieu*, JE 91-1487 (CQ).

mêmes que ceux de l'instance antérieure. En l'espèce, la preuve avait révélé un élément inexistant lors du premier procès, à savoir le fait que l'accusé n'était plus dans l'impossibilité de respecter la loi puisqu'il pouvait, moyennant 500 $ acquérir un terrain qui lui permettrait de se conformer aux normes.

Dans l'affaire *R* c *Grégoire*[51] de 1981, le prévenu faisait face à trois chefs d'accusation pour déversement de purin dans une rivière et contamination de l'eau potable. L'accusé a été reconnu coupable sous deux des trois chefs, le tribunal n'étant pas convaincu hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité quant au premier chef d'accusation. Le juge s'exprime ainsi :

Le 4 février 1980, l'accusé a fait part de certains événements d'ordre atmosphérique, certains événements d'ordre de température, certains événements qu'il a qualifié d'incontrôlables, qui ont fait en sorte qu'à cette date-là il peut être raisonnable de penser qu'il a été placé dans une situation d'impossibilité d'agir autrement et que le déversement qui a été constaté par les inspecteurs a été un déversement provenant d'un surplus dans le bassin dû à une accumulation naturelle d'eau provenant de la pluie ; que des vents sont intervenus et qu'ils ont entraîné un déversement du bassin.

Le tribunal a donc accepté une défense d'impossibilité quant au premier chef. Il a considéré que les explications données par le prévenu avaient affaibli la position de la poursuite et qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé pour l'événement du 4 février 1980.

Le jugement donne peu de détails sur la nature et l'intensité des conditions météorologiques invoquées au soutien de la défense. Cependant, il faut retenir que la défense d'impossibilité requiert la survenance d'un cas fortuit ou de force majeure. Or, les conditions météorologiques anormales sont prévisibles et ne peuvent être qualifiées de cas fortuit ou de force majeure.

LA DÉFENSE DE NÉCESSITÉ

Le succès de ce moyen de défense en matière pénale est conditionnel à l'existence de certains éléments essentiels. D'une part, l'accusé doit établir qu'il se trouvait en situation d'urgence et qu'il lui était extrêmement difficile, dans les circonstances, de se conformer à la loi. D'autre part, l'infraction commise doit l'avoir été dans le but d'éviter un mal plus grand. De deux maux, le prévenu a choisi le moindre. Néanmoins, il ne peut s'agir d'un véritable choix de l'accusé puisque l'acte illégal a été exécuté dans des circonstances où il est réputé avoir été moralement involontaire.

---

51. *R* c *Grégoire,* CP Saint-Hyacinthe (juridiction pénale), no 27-001200-81, le 11 décembre 1981, J Denis Robert, reproduit au numéro 77 de *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement* (1980-1992), par Duplessis, Hétu et Vézina, Éditions Yvon Blais inc.

L'accusé qui veut se prévaloir de ce moyen de défense doit démontrer qu'il était nécessaire, dans les circonstances, d'enfreindre la loi afin d'empêcher un évènement ayant des conséquences plus graves et qu'il était préférable et raisonnable d'agir de cette façon. Lorsqu'un accusé croit de façon raisonnable qu'un grand mal va se produire, il peut être justifié de commettre une infraction si la commission d'une telle infraction permet d'éviter un plus grand mal et s'il se trouve dans une situation d'une telle urgence qu'aucune autre façon d'éviter le mal n'apparaît raisonnablement possible[52].

C'est l'arrêt *Perka* c *R*[53] qui a établi les trois conditions qui doivent être présentes pour que ce moyen de défense puisse exister :

(e) le caractère moralement involontaire de l'acte commis par l'accusé ;

(f) l'existence d'une situation d'urgence ; et

(g) le mal causé est moindre que celui que l'accusé cherche à éviter.

On a eu recours à la défense de nécessité dans certains dossiers de droit pénal de l'environnement. Les tribunaux retiennent rarement ce moyen de défense. Ainsi, dans une affaire d'épandage de fumier liquide en contravention avec l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[54] et avec le *Règlement sur la prévention de la pollution des eaux par les établissements de production animale*[55], le juge a rejeté la défense de nécessité et a prononcé une déclaration de culpabilité[56]. Comme excuse ou justification de son acte, l'accusée a plaidé qu'elle avait dû faire cet épandage par nécessité. Elle a affirmé qu'elle se trouvait alors dans une situation d'urgence telle que si elle n'avait pas fait cet épandage à ce moment-là, au moment où la terre était peu gelée ou enneigée, la fosse qu'elle utilisait pour entreposer le fumier de ses bêtes à cornes aurait débordé avant l'arrivée du printemps, ce qui aurait causé un mal plus grand. Le tribunal en vient plutôt à la conclusion :

> […] qu'il n'a pas cherché d'autres solutions et que son choix d'épandre le fumier en période interdite a été un choix de nature économique plutôt qu'un choix motivé par le désir sincère de respecter les règlements concernant la protection de l'environnement. La situation n'avait rien d'urgente et le danger n'était pas imminent puisque nous étions en décembre et qu'il appréhendait le mal pour la fin de l'hiver. L'accusée avait des moyens de s'en sortir légalement. Elle aurait pu, par exemple, faire appel à une entreprise spécialisée dans la vidange des fosses.

52. Voir notamment : *Morgentaler c R*, [1976] 1 RCS 616.
53. (1984) 2 RCS 232.
54. RLRQ, c Q-2.
55. RLRQ, 1981, c Q-2, r 18.
56. *PG du Québec* c *Ferme du Clan Gagnon Inc*, CP Alma (Division criminelle), le 29 février 1988, J Claude Gagnon, reproduit au numéro 33 de *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement* (1980-1992) par Duplessis, Hétu et Vézina, Éditions Yvon Blais Inc.

Évidemment, cela aurait coûté de l'argent et l'accusée aurait perdu du fumier mais cela aurait été un moyen disponible.

Ce moyen de défense a cependant été accueilli dans des circonstances où les accusés avaient choisi de protéger la vie et la santé d'une personne de préférence au respect des dispositions de la Loi sur les pêches[57] qui visaient à protéger le poisson[58]. C'est ce qui s'est passé dans les affaires *R* c *Milaster*[59] et *R* c *Western Forest Industries Limited*[60]. La protection de la vie, de la sécurité et de la santé des personnes pourra être préférée à la protection de l'environnement, ce qui reflète la hiérarchie des valeurs de la société.

Dans l'affaire *R* c *Saint-Cajetan d'Armagh*[61], des travaux de dragage avaient été effectués par la municipalité dans un cours d'eau sans suivre au préalable la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement et sans obtenir un certificat d'autorisation. Le tribunal a conclu au manque de diligence de l'autorité publique et à la nécessité et pour la prévenue d'intervenir pour éviter une catastrophe semblable à celle qui s'était déjà produite, à savoir des débordements fréquents de la rivière. Dans ce cas, le tribunal a permis qu'une infraction à la Loi sur la qualité de l'environnement soit commise à l'égard d'une activité menée dans l'intérêt public afin de prévenir les effets catastrophiques du débordement de rivière qui aurait causé des dommages au bien-être des contribuables et de leurs biens. Dans ce cas, le tribunal a préféré protéger la collectivité plutôt que l'environnement même si la protection de la vie ne semblait pas être en jeu. Il faut souligner, cependant, que l'infraction commise dans cette affaire constituait une violation d'une disposition de nature administrative, c'est-à-dire l'absence d'un certificat d'autorisation pour exécuter certains travaux, et qu'un tel certificat d'autorisation aurait sans doute eu pour effet, s'il a été délivré, de démontrer que les travaux étaient nécessaires et que des mesures ont été prises pour minimiser l'impact environnemental des travaux.

LA DÉFENSE *DE MINIMIS NON CURAT LEX*

Ce moyen de contestation est soulevé lorsque les faits constitutifs de l'infraction reprochée paraissent tellement dérisoires qu'il semble peu probable que le législateur ait voulu viser de telles situations. On prétend alors que les

57. SRC, c F-14.
58. À ce sujet, voir Paule Halley, *Le droit pénal de l'environnement*, *supra* note, 2, p. 224-226.
59. (1982) 3 FPR 403 (CP C-B).
60. (1978) 9 CELR 57, 2 FPR 269 (CP C-B).
61. *R* c *Corporation municipale de la paroisse de Saint-Cajetan d'Armagh*, CQ Montmagny (chambre criminelle), le 16 février 1990, J Yvon Sirois; reproduit au numéro 52 de *Jurisprudence inédite du droit de l'environnement* (1980-1992), par Duplessis, Hétu et Vézina, Éditions Yvons Blais Inc.

contraventions mineures à la loi ne devraient pas donner lieu à des sanctions pénales.

Cette maxime existe depuis très longtemps mais sa pertinence en droit de l'environnement a été formellement établie dans l'arrêt *Ontario* c *Canadien Pacifique ltée*[62] où la Cour suprême du Canada fut appelée à examiner l'article 13(1)(a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario[63] qui contient une prohibition générale de rejeter des contaminants dans l'environnement. Cette disposition s'apparente à l'interdiction adoptée par le législateur québécois comme clause résiduaire à la fin du deuxième alinéa de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[64]. La prohibition de la loi ontarienne interdit le rejet de tout contaminant qui « cause ou risque de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait[65] ». On constate aisément qu'il s'agit d'une disposition très large et vague. Cependant, c'est une façon de légiférer pour protéger l'environnement. L'autre est d'interdire le rejet d'un contaminant particulier, en fonction d'une quantité ou d'une concentration bien précise, généralement déterminée par règlement[66] ou par l'adoption d'interdictions législatives très ciblées. Le moyen de défense *de minimis non curat lex* s'applique seulement aux interdictions formulées en termes généraux.

Dans son arrêt, la Cour suprême considère que la prohibition générale de la loi ontarienne n'est pas imprécise au sens constitutionnel du terme mais elle cherche à déterminer la sphère de risque créée par la prohibition et s'exprime comme suit à cet égard :

> Comme on peut présumer que le législateur ne voulait pas attacher de conséquences pénales à la violation négligeable ou minime d'une disposition, le principe de l'absurdité permet d'en réduire la portée. À cet égard, le principe de l'absurdité est très proche de l'adage *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des bagatelles)[67].

Ce moyen de défense, maintenant reconnu officiellement par la Cour suprême du Canada, n'a pas connu un succès considérable devant les tribunaux. Au Québec, il a été accueilli dans l'affaire *PG du Québec* c N*aud*[68] *où le* tribunal

62. [1995] 2 RCS 1031.
63. *Supra* note 6.
64. *Supra* note 54.
65. *Supra* note 6, art 1 (définition de l'expression « conséquence préjudiciable »).
66. Comme le législateur ontarien l'a fait à l'article 6(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, *supra* note 6 et comme le législateur québécois l'a fait dans les deux premiers volets de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.
67. *Ontario* c *Canadien Pacifique ltée*, *supra* note 62, p. 1081.
68. *PG du Québec* c *Naud*, CSP Mégantic, nº 358-75, le 4 février 1976, J Gérald Boisvert, reproduit dans Duplessis, Hétu et Piette, *La protection juridique de l'environnement au Québec*, Éditions Thémis, 1982, p. 595.

a rejeté l'accusation d'avoir maintenu un dépotoir en deçà de 500 pieds d'un chemin entretenu par le ministre de la voirie parce que le « dépotoir » était constitué simplement d'une carrosserie d'automobile, d'un petit tas de ferraille et d'un tas de bois. Le tribunal a jugé que la loi ne pouvait viser une situation aussi insignifiante. Ce moyen de défense a également été accueilli dans le cas d'une activité de décontamination des sols qui a été considérée comme étant une activité « négligeable[69] » alors qu'il a été rejeté dans le cadre de trois autres affaires québécoises[70].

CONCLUSION

Ce survol de quelques moyens de défense en droit pénal de l'environnement nous permet de constater que les tribunaux cherchent toujours à maintenir un équilibre et une sorte d'équité entre la nécessaire protection des intérêts environnementaux de la société et les comportements des individus et des entreprises qui sont soumis aux exigences et aux attentes toujours croissantes des lois environnementales.

Le droit de l'environnement témoigne du rehaussement de la protection de l'environnement dans la hiérarchie des valeurs de la société et de la coexistence de cette préoccupation avec les droits et libertés reconnus dans une société régie par la règle de droit.

---

69. *Québec (Procureur général)* c *Ultramar Canada inc*, JE 98-745 (CQ).
70. *Québec (Procureur général)* c *139452 Canada inc*, JE 96-550 (CQ) ; *Québec (Procureur général) c Dyfotech inc*, [1999] RJQ 2496 (CQ) ; *Granicor inc* c *Québec (Procureur général)*, JE 97-1631 (CS) ; on lira avec intérêt Paule Halley, « La règle *de minimis non curat lex* en droit de l'environnement » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement 2004*, Cowansville, Yvon Blais, vol. 214, p. 253. Voir aussi *Québec (Procureur général)* c *3766063 Canada Inc*, 2007 QCCQ 866, J Richard Laflamme, par 71.

Chapitre 23

Le droit des autochtones dans le contexte des poursuites réglementaires

CHERYL SHARVIT

L'histoire des rapports entre les Européens et la *common law*, d'une part, et les peuples autochtones, d'autre part, s'étale sur une longue période. Comme on peut s'y attendre, les principes régissant ces rapports n'ont pas toujours été appliqués uniformément durant cette longue histoire. *Et pourtant, cette histoire, depuis les tout débuts jusqu'à nos jours, est illuminée par un fil d'or – la reconnaissance par la common law des lois et coutumes ancestrales des peuples autochtones qui occupaient le territoire avant la colonisation européenne*. […]

Récemment, dans l'arrêt *Mabo*, la Haute Cour d'Australie, après un exposé remarquable de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des États-Unis sur la question, a conclu que Sa Majesté doit être considérée comme ayant pris possession des territoires de l'Australie, sous réserve des droits ancestraux existants sur ces terres, même en l'absence de reconnaissance de tels droits. Comme l'a dit le juge Brennan, à la p. 58 : [TRADUCTION] « *un territoire habité, devenu une colonie, n'était pas davantage un désert au sens de la loi qu'il n'était dans les faits un « désert »* […] ». Une fois écartées les « fictions » découlant de la notion de territoire sans maître (*terra nullius*), [traduction] « [l]a nature et les attributs du titre aborigène doivent être déterminés en tant que question de fait, eu égard [aux] lois et coutumes » des autochtones visés. […]

Une chose est claire, lorsqu'elle découvrait et occupait un « nouveau » territoire, la Couronne reconnaissait les lois et coutumes des sociétés autochtones qui y vivaient, ainsi que les droits sur les terres que ces dernières avaient traditionnellement occupées et qui dérivaient de ces lois et coutumes. […]

Il s'ensuit qu'il faut considérer que, au Canada, la Couronne a accepté les lois et coutumes autochtones existantes, ainsi que les intérêts dans les terres et les eaux

> auxquels elles donnaient naissance, même s'ils n'avaient pas d'équivalents dans le droit d'Angleterre. Dans la mesure où un peuple autochtone avait, en vertu de ses lois ou coutumes internes, utilisé les terres et les eaux s'y trouvant dans le passé, il doit être considéré comme ayant toujours le droit de les utiliser, en l'absence d'extinction ou de traité[1].

L'affaire *R* c *Van der Peet*, citée plus haut, a établi les critères permettant de prouver l'existence ou non de droits autochtones et, comme la plupart des arrêts relatifs au titre aborigène, aux droits ancestraux et aux droits conférés par traité, il s'agissait d'une poursuite pénale à caractère réglementaire. La défenderesse, Dorothy Van der Peet, avait été accusée d'avoir contrevenu à la *Loi sur les pêches*, à l'instar des défendeurs de plusieurs autres arrêts-clés relativement aux droits autochtones[2]. D'autres affaires pour lesquelles les principes et les critères applicables à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été établis découlent des accusations de chasse et d'exploitation forestière sans permis[3]. Les Autochtones, qui croyaient qu'ils exerçaient leurs droits en vertu de leurs propres lois, comme cela avait toujours été le cas, se voyaient alors accusés d'infractions en vertu des lois fédérales et provinciales. Pour se défendre contre les accusations portées contre eux, ils ont revendiqué leurs droits ancestraux et les droits conférés par traité. Seulement, un petit nombre de droits ancestraux, de titres aborigènes et de droits conférés par traité ont fait l'objet de poursuites civiles entamées par les détenteurs de droits autochtones[4].

Le présent chapitre ne discute pas des critères de preuve des droits protégés en vertu de l'article 35(1) de même que de l'analyse et des critères élaborés et appliqués par les tribunaux pour déterminer si un droit conféré par l'article 35(1) a été violé de façon injustifiable[5]. Il porte plutôt sur deux questions

---

1. *R* c *Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, par 263, 265, 268 et 269 [nos italiques] [*Van der Peet*].
2. Voir, par exemple, *R* c *Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 [*Sparrow*] ; *R* c *Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 [*Gladstone*] ; *R* c *Adams*, [1996] 3 RCS 101 ; *R* c *Côté*, [1996] 3 RCS 139.
3. Voir, par exemple, *R* c *Sioui*, [1990] 1 RCS 1025; *R* c *Badger*, [1996] 1 RCS 771 [*Badger*] ; *R* c *Sundown*, [1999] 1 RCS 393; *R* c *Marshall*; *R c Bernard*, 2005 CSC 43 [*Bernard*] ; *R* c *Morris*, 2006 CSC 59 [*Morris*].
4. Les affaires les plus remarquables intentées par des peuples autochtones à titre de poursuites civiles ont trait à des revendications de titres autochtones : *Calder* c *Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313; *Delgamuukw* c *Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [*Delgamuukw*] ; *William* c *British Columbia*, 2012 BCCA 285 (autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada accordée le 24 janvier 2013). Les Lax Kw'alaams ont revendiqué tant le titre aborigène que les droits de pêche, mais la question du titre aborigène a été dissociée de l'instance : *Bande indienne des Lax Kw'alaams* c *Canada (Procureur général)*, 2006 BCSC 1463. Le jugement a été rendu en fonction de la revendication des droits ancestraux : *Bande indienne des Lax Kw'alaams* c *Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56 [*Lax Kw'alaams*].
5. Les arrêts-clés au sujet des droits conférés par traité comprennent : *Morris*, *supra* note 3 ; *R* c *Marshall*, [1999] 3 RCS 456; et *Badger*, *supra* note 3. Les arrêts exposant les critères et l'analyse en vertu de l'article 35 dans le contexte des droits ancestraux comprennent : *Van der Peet*, *supra* note 1 ; *R* c *Sappier*, 2006 CSC 54 [*Sappier*] ; *Gladstone*, *supra* note 2. Les jugements-clés au sujet du titre aborigène sont *Delgamuukw*, *supra* note 4; et *R* c *Marshall*; *Bernard*, *supra* note 3. Bien que cette liste de la

interdépendantes : est-ce que les poursuites à caractère réglementaire constituent un forum approprié pour discuter de ces enjeux, et quel est le rôle des droits et des systèmes judiciaires des Autochtones qui, tels qu'indiqués par la juge McLachlin dans les extraits de *Van der Peet* présentés ci-dessus, existaient déjà et ont survécu à la déclaration de souveraineté de la Couronne sur ce qui est maintenant le Canada ? La conclusion s'intéresse au rôle des tribunaux pour combler l'écart entre le système judiciaire des Autochtones et le système judiciaire des colonisateurs.

LES DROITS ET LES SYSTÈMES JUDICIAIRES AUTOCHTONES EXISTENT ET SONT PROTÉGÉS PAR LA CONSTITUTION

Même si l'avis de la juge McLachlin était dissident dans l'arrêt *Van der Peet*, depuis son premier jugement au sujet de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans l'arrêt *R* c *Sparrow*, la Cour suprême du Canada n'a cessé d'indiquer que les droits des Autochtones constituent des principes-clés, de faire mention de la nécessité de tenir compte de la perspective autochtone[6], y compris les systèmes judiciaires aborigènes[7]. Dans l'affaire *Van der Peet*, les juges formant la majorité ont adopté l'interprétation du professeur Slaterry selon laquelle, les droits ancestraux constituent un droit intersociétal et soutenu que la conciliation des intérêts nécessite qu'un poids égal soit accordé à la *common law* et à la perspective autochtone, ce qui inclut les droits des peuples autochtones[8]. De même, dans l'arrêt *Delgamuukw* c *Colombie-Britannique*, la Cour a confirmé que le titre aborigène tire sa source, en partie, des systèmes de droit autochtone préexistants[9]. La Cour a soutenu que les droits des Autochtones concernant les régimes fonciers et l'utilisation des terres sont pertinents pour établir l'occupation des terres aux fins de la preuve du titre aborigène[10].

Ces principes découlent du droit qui gouvernait la Couronne britannique à l'époque coloniale. Selon le principe de la continuité, les droits préexistants en vertu du droit local se sont poursuivis après que la Couronne a affirmé la souveraineté sur les terres occupées par les peuples autochtones[11]. Comme l'a fait

jurisprudence de la Cour suprême du Canada à propos de ces questions ne soit pas exhaustive, il est bon de remarquer que toutes ces poursuites, à l'exception de *Lax Kw'alaams* et de *Delgamuukw*, avaient d'abord un caractère réglementaire.

6. *Sparrow*, *supra* note 2, par 69.
7. *Delgamuukw*, *supra* note 4, par 147.
8. *Van der Peet*, *supra* note 1, par 42, 49-50.
9. *Delgamuukw*, *supra* note 4, par 114, 145, 147.
10. *Ibid.*, par 148.
11. K McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Oxford : Clarendon Press, 1989), p. 171-179 ; M Walters, « British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights : A Comment on *Delgamuukw c British Columbia* (1992) 17 *Queen's LJ* 350, p. 407-409 ; RL Barsh, « Indigenous Rights and the *Lex Loci* in

remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mitchell*[12], les droits des Autochtones ont survécu à la déclaration de souveraineté et ont été absorbés en tant que droits dans la *common law*. Maintenant, ces droits sont protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Campbell*, le juge Williamson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a soutenu que l'article 35 protège le droit des peuples autochtones détenant un titre aborigène de [TRADUCTION] « prendre des décisions quant à l'utilisation des terres et, par conséquent, le droit d'avoir une structure politique pour prendre ces décisions […][13] ». Là où il existe des traités, il est permis de croire que les signataires autochtones n'ont pas renoncé à leur compétence sur les ressources naturelles[14].

Récemment, le juge en chef Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a recommandé que les juges, les juristes et la société se familiarisent avec les droits et les systèmes judiciaires des Autochtones et fassent place au régime juridique autochtone[15]. Pour reprendre ses paroles : [TRADUCTION] « le système judiciaire actuel doit reconnaître la coexistence des régimes juridiques autochtones préexistants[16] ». Pour sa part, la professeure Jeannette Armstrong affirme que la reconnaissance des traditions juridiques autochtones et la collaboration entre l'État et les gouvernements autochtones constituent le passage à la « biojustice[17] ».

Les droits des Autochtones sont assortis de régimes fonciers et de règles régissant l'utilisation des terres et des ressources. Ces droits doivent être reconnus et intégrés à la gestion des ressources du Canada. Il en résulterait entre autres, moins de poursuites judiciaires contre les Autochtones qui participent à des activités traditionnelles d'utilisation des ressources. Ce que l'on peut considérer comme une « infraction » du point de vue des lois fédérales et provinciales pourrait, du point de vue des autochtones, être l'exercice d'un droit ancestral,

---

British Imperial Law » dans Kerry Wilkins, éd, *Advancing Aboriginal Claims : Visions/Strategies/Directions* (Saskatoon : Purich Publishing, 2004), p. 91.

12. *Mitchell* c *MNR*, 2001 CSC 33, par 10.
13. *Campbell* c *British Columbia*, 2000 BCSC 1123, par 137. Cet arrêt soutenait aussi que les art 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont exhaustifs qu'entre les provinces et le gouvernement fédéral.
14. Voir KL Ladner, « Up the Cree : Fishing for a New Constitutional Order » (2205) 38 *Revue canadienne de science politique* 923, p. 924, 943-944 et 94 ; KL Ladner, « Treaty Federalism : An Indigenous Vision of Canadian Federalisms » dans F Rocher et M Smith, *New Trends in Canadian Federalism*, 2e éd (Peterborough : Broadview Press, 2003).
15. Juge en chef Lance SG Finch, « The Duty to Learn : Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice », préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012.
16. *Ibid.*, par 44.
17. J Armstrong, « The Salishan Inter-Areal Framework », préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia, novembre 2012. M Armstrong fait remarquer que cette approche serait conforme à l'article 8J de la *Convention des Nations Unies sur la biodiversité* de même qu'à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

conformément au système juridique autochtone. Le système juridique autochtone est susceptible d'avoir ses propres règles en matière de terres et de ressources. Deux exemples viennent illustrer en quoi ne pas avoir fait place aux droits des Autochtones et à leurs systèmes judiciaires a donné lieu à des accusations, à des poursuites contre des Autochtones et à de longs procès.

R* c *Morris

Dans l'affaire *R* c *Morris*[18], des accusations ont été portées en vertu de la *Loi sur les espèces sauvages* de la Colombie-Britannique. Les accusés étaient des membres de la bande Tsartlip de la nation Saanich, les signataires d'un traité conclu avec la Couronne en 1852. Selon ce traité, la nation Saanich aurait la « liberté de chasser sur les terres non habitées et de pêcher comme autrefois ». Les accusés chassaient la nuit, à l'aide d'une source lumineuse, ce qui était interdit en vertu de la *Loi sur les espèces sauvages* en raison du caractère dangereux de cette activité. Les chasseurs accusés avaient été piégés dans un leurre, puis des accusations ont été portées contre eux. Au sein de leur système juridique autochtone, il est permis de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse. La preuve entourant ce droit autochtone était efficace en ce sens que le peuple des Tsartlip s'adonnait à cette activité depuis toujours, et qu'aucun accident s'y rapportant n'avait jamais été consigné[19].

Les cours de trois échelons différents ont déclaré que les accusés étaient coupables, et ont confirmé leur condamnation[20]. La Cour suprême du Canada a toutefois renversé ces condamnations. Il existe probablement de nombreux Autochtones qui ont été reconnus coupables d'infractions semblables, mais qui n'ont pas réussi à porter leur cause jusqu'à la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Morris*, les défendeurs auraient pu être condamnés pour une violation ou plaider coupables malgré le fait qu'ils exerçaient un droit ancestral ou un droit conféré par traité. Les cours inférieures ont accepté l'hypothèse sous-jacente à la loi de la province, selon laquelle chasser la nuit sans éclairage n'est pas sécuritaire[21]. Cependant, une majorité de la Cour suprême du Canada n'a pas accepté cette hypothèse parce que la preuve établit que la chasse de nuit sans éclairage est sécuritaire si elle respecte les règles et les pratiques des Tsartlips.

La Cour a conclu que les deux parties visées par le traité avaient une même intention en ce sens que le droit de chasser conféré par le traité ne comprend pas le droit de chasser de manière non sécuritaire[22]; cependant, les

18. *Morris*, *supra* note 3.
19. *Ibid.*, par 5, 11 et 26.
20. [1999] BCJ nº 3199 (QL); 2002 BCSC 780; 2004 BCCA 121.
21. *Morris*, *supra* note 3, par 11.
22. *Ibid.*, par 56.

accusés ne s'adonnaient pas à une pratique non sécuritaire, et la Cour a conclu qu'ils exerçaient le droit de chasser qui leur était conféré par le traité. Par conséquent, la Cour a conclu que l'interdiction de chasser la nuit portait atteinte au droit conféré par le traité, et qu'en raison de la division des pouvoirs découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la disposition ne s'appliquait pas, et la Cour a renversé les condamnations[23]. Si la province avait voulu se familiariser avec les droits des Tsartlips et accepté d'y faire place, les défendeurs autochtones n'auraient pas été accusés et poursuivis en justice[24].

Colombie-Britannique* c *Bande indienne Okanagan

En 1999, la nation Okanagan, a accordé un permis d'exploitation forestière à l'une de ses bandes, la bande indienne Okanagan, lui permettant de couper des arbres tout près de la réserve de cette bande. Le peuple avait désespérément besoin d'habitations pour ses membres, et le bois devait servir à construire une maison pour une ainée dont la santé était à risque parce que la toiture de sa maison coulait, qu'il n'y avait pas de chauffage central, pas de plomberie ni de toilettes[25]. Le budget de la bande était en situation déficitaire et elle ne pouvait pas obtenir de financement pour construire une maison à cette personne âgée ou à n'importe quelle autre personne de la réserve qui avait besoin d'un logement[26].

La bande indienne Okanagan a donc fait la récolte sélective de bois en vertu du permis que lui avait accordé la nation Okanagan[27]. Puis la bande

23. *Ibid.*, par 60.
24. Les cours ont également soutenu que les Autochtones accusés n'exerçaient pas un droit ancestral lorsqu'ils n'ont pas respecté les droits des Autochtones pertinents. Dans ce contexte, un exemple de décision reconnaissant les droits des autochtones se trouve dans le jugement rendu par la Cour provinciale de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R* c *Bruce William Wilson Jr*, 2003 BCPC56. Dans ce cas-là, la preuve a porté à croire que l'accusé ne respectait pas le droit des Gitxsans et que par conséquent, il n'existait pas de droit ancestral. L'accusé a tiré un grizzli et ses deux oursons, puis les a tués. Selon sa défense, il exerçait son droit ancestral consistant à tuer les ours parce qu'ils étaient dangereux et constituaient une menace à son peuple. Au procès, la preuve présentée a montré que son geste était contraire au droit des Gitxsans, qui exige que les grizzlis soient traités avec respect. Lorsqu'un ours pose un problème, les Gitxsans lancent une alerte au sein du peuple et le signalent au bureau local de la faune aquatique et terrestre, en espérant que celui-ci piège l'ours et le transporte ailleurs. Par contre, advenant que cette méthode ne porte pas de fruits, le chef et les aînés font alors appel à un chasseur pour éliminer l'ours en question, et seul un chasseur d'expérience peut faire cette tâche. Par ailleurs, l'accusé n'avait pas utilisé toutes les parties de l'ours, ce qui est également contraire aux attentes des Gitxsans. Le juge a soutenu que l'exercice du droit ancestral serait assujetti au droit des Gitxsans (par 18 et 27).
25. Affidavit du chef Dan Wilson, déposé le 30 novembre 1999 dans le cadre de *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* c *Bande indienne Okanagan*, SCBC Vernon Registry, nº 23911 [*Okanagan* nº 23911].
26. *Ibid.*
27. Affidavit du chef Dan Wilson, déposé le 28 octobre 1999 dans *Okanagan* nº 23911, *supra* note 25.

indienne Okanagan a été accusée d'avoir coupé, abîmé ou détruit le bois de la Couronne sans permission et ce, en vertu des lois provinciales sur l'exploitation forestière. La bande indienne Okanagan n'avait pas réussi à obtenir les autorisations en vertu de cette législation[28].

Le conflit entre les lois de la bande Okanagan et celles de la Colombie-Britannique allait beaucoup plus loin que le permis de couper du bois délivré par la nation Okanagan et l'interdiction de la province de couper du bois sans permission. Il y avait, et il y a toujours, un conflit de longue date entre cette nation et la province au sujet de la gestion des forêts et des bassins hydrographiques[29]. Pendant de nombreuses générations, le peuple Okanagan a géré les bassins hydrographiques en vertu de son propre droit. Cela lui conférait la responsabilité de s'occuper des terres. Lorsque l'être humain a été créé, un pacte a été fait, selon lequel nous, en tant qu'humains, sommes tenus de faire les choses d'une certaine façon et en retour, quelqu'un s'occuperait de nous[30].

En vertu de son propre droit et de ses propres systèmes, l'une des activités auxquelles s'adonnait le peuple Okanagan était la gestion de l'utilisation des ressources naturelles au moyen de feux contrôlés[31]. D'après les connaissances écologiques de ce peuple, les brûlages contrôlés permettaient de prendre soin de l'écosystème forestier. Advenant que le cycle de brûlage naturel ne brûle pas un endroit périodiquement, la prolifération des végétaux empêcherait les plantes de sous-bois de pousser, ce qui comprend les baies et les remèdes dont se servait le peuple Okanagan, de même que les plantes dont les animaux et les oiseaux ont besoin. Ce peuple connaissait les diverses périodes de l'année et savait déchiffrer les cycles éoliens et les cycles de pression de l'air leur permettant de faire les brûlages contrôlés en toute sécurité. La nation Okanagan ne peut plus faire ces feux contrôlés parce qu'ils sont interdits par les lois de la Colombie-Britannique. Depuis toujours, en vertu des lois de cette province, de vastes sections des forêts du peuple Okanagan ont été coupées à blanc. Ce peuple croit que la coupe à blanc, le remplacement de leurs forêts par des fermes forestières et l'interdiction des brûlages contrôlés imposés au peuple Okanagan ont contribué à l'épidémie de dendroctones du pin ponderosa qui a dévasté, ces dernières années, une grande partie de leurs forêts et a mené à l'accélération de

28. Affidavit de Dan Wilson nº 7, déposé le 5 août 2010 dans *Okanagan* nº 23911, *Ibid.*
29. La province a continué d'autoriser la coupe à blanc dans les bassins hydrographiques visés pendant que le procès était en cour, ce qui a mené à un autre litige dans le cadre duquel Tolko, l'exploitant forestier auquel la province avait accordé des droits de coupe, et la bande indienne Okanagan ont toutes deux sollicité des injonctions l'un contre l'autre: *Tolko Industries Ltd* c *Okanagan Indian Band*, 2010 BCSC 24.
30. Affidavit nº 1 de Jeannette Armstrong, déposé le 15 mai 2007 dans *Okanagan* nº 23911, *supra* note 25, par 18.
31. *Ibid.*, par 29.

la coupe à blanc afin de sauver la valeur financière des arbres avant que les dendroctones n'en réduisent la valeur commerciale[32].

LES POURSUITES RÉGLEMENTAIRES CONSTITUENT-ELLES UN CONTEXTE APPROPRIÉ À L'ÉLABORATION DU DROIT DES AUTOCHTONES ?

Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a fait remarquer que le procès découlant d'une violation d'une interdiction pénale ne représente pas nécessairement le cadre le plus idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral[33]. De même, seize ans plus tard, dans ses motifs concordants minoritaires dans *Marshall*; *Bernard*[34], le juge LeBel a énoncé que les poursuites découlant d'infractions réglementaires ne représentent pas le forum idéal pour l'élaboration du droit des Autochtones.

Le juge LeBel a fait remarquer que, dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a soutenu que l'occupation physique ne constitue qu'une seule source de titre autochtone. L'autre source vient des droits des autochtones :

> 139 Le point de vue des autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé, en partie, mais par exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et transitions des peuples autochtones, et pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres.
>
> 140 […] dans l'examen du degré d'occupation suffisant pour établir l'existence d'un titre, il faut tenir compte du fait que le titre aborigène repose en définitive sur l'idée que la terre ou le territoire en cause avait, pour la culture du groupe autochtone, une importance fondamentale. La preuve de l'occupation devrait donc être établie, non pas par une preuve d'utilisation intensive et régulière du territoire, mais à l'aide des éléments des traditions et de la culture du groupe qui le relient à la terre. Ainsi, l'intensité de l'utilisation est liée non seulement aux notions de possession en *common law*, mais aussi au point de vue autochtone.

Même si le juge LeBel est du même avis que la majorité, soutenant que la revendication du titre aborigène n'avait pas été établie, il a fait une mise en garde selon laquelle la décision ne doit pas être considérée comme une position définitive au sujet du titre aborigène dont il est question, en partie parce que la nature pénale des poursuites n'est pas idéale pour trancher des questions plus vastes. Il manquait en effet la perspective judiciaire autochtone :

> 141 Le dossier présenté aux juridictions inférieures n'offre pas le fondement probatoire nécessaire pour tirer des conclusions de droit sur la question du titre aborigène

32. *Ibid.*, par 30; affidavit de Fabian Alexis, déposé le 15 mai 2007 dans *Okanagan* nº 23911, *supra* note 25.
33. *Sparrow*, *supra* note 2, par 30.
34. *Marshall; Bernard*, *supra* note 3.

> à l'égard des lieux de coupe situés en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et de ce fait, les intimés aux présents pourvois n'ont pas réussi à établir de manière suffisante le bien-fondé de leur revendication de titre. Dans les circonstances, je ne veux pas laisser entendre que cette décision tranche de façon définitive la question des droits au titre aborigène en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick. Une décision définitive ne devrait être prise que s'il existe un fondement probatoire adéquat qui traite pleinement le dossier aux points de vue juridique et historique. Les problèmes de preuve peuvent être le reflet de la voie particulière empruntée pour saisir les tribunaux de ces questions constitutionnelles.
>
> IV. Procédures sommaires
>
> 142 Bien qu'un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, *il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels*. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l'accusé ; il s'agit plutôt de revendications qu'il conviendrait de traiter dans le cadre d'actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l'examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l'interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s'appliquent, mais également de la portée de l'examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influer sur les droits et les intérêts concurrents d'un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d'être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s'il s'agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d'un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles[35]. [nos italiques]
>
> 143 Il fait peu de doute que les questions de droit à trancher dans le cadre des revendications de droits ancestraux sont beaucoup plus vastes que l'accusation criminelle elle-même, et que le processus pénal n'est ni adéquat ni approprié pour l'examen de ces revendications […]

Dans l'affaire *Lax Kw'alaams Indian Band* c *Canada (Procureur général)* (21 ans après l'arrêt *Sparrow*), la Cour a de nouveau souligné que les poursuites en matière de réglementation ne sont pas bien adaptées aux litiges relatifs aux droits ancestraux et issus de traités. Dans l'arrêt *Marshall; Bernard*, le juge LeBel

35. Ce problème est survenu dans le cas de l'instance Okanagan dont il est question ci-dessus, dans le cadre duquel la province a tenté de confiner le litige au bloc de coupe où la coupe à blanc avait été faite et l'ordre de suspendre les travaux avait été donné plutôt que de l'étendre au bassin hydrographique visé par le bloc de coupe. Le juge chargé de la gestion de l'instance a rejeté une demande de la province visant à confiner les éléments de preuve que la nation Okanagan pouvait présenter à la cour à l'utilisation et à l'occupation du bloc de coupe : *HMTQ* c *Chief Jules et al*, 2005 BCSC 1312, par 30-52.

a suggéré que les poursuites soient suspendues pendant que les questions de titre et des droits sont portés devant les tribunaux civils :

> 144 La question du titre aborigène et de l'accès aux ressources au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse constitue un problème complexe d'une grande importance pour l'ensemble des résidents et des collectivités de ces provinces. Le sort de ces questions mérite que l'on procède à un examen minutieux et tous les intéressés devraient pouvoir participer au débat ou aux négociations. Ainsi, lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander la suspension temporaire des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles.

Bien que la procédure sommaire ne soit pas nécessairement un forum qui convienne à la détermination du titre, des règles et des droits conférés par traité, les procédures civiles ne constituent pas une solution de rechange adéquate pour l'instant. Entretemps, les poursuites continuent.

LES RISQUES ET DIFFICULTÉS DES POURSUITES CIVILES

Bien que tous les éléments de preuve puissent être présentés à la cour dans le cadre d'une poursuite civile, et que les règles d'une nation autochtone soient permises devant la cour, les poursuites civiles coûtent chères et peuvent s'étendre sur de nombreuses années. Jusqu'à maintenant, la plupart des poursuites civiles entreprises par des peuples autochtones au Canada, visant à prouver leur titre et leurs droits, ont été jugées, tout au moins en partie, en fonction de questions de procédure ou d'autres questions d'ordre technique.

Les questions techniques et les plaidoiries

Dans l'arrêt *Calder* c *Procureur Général de la Colombie-Britannique*[36], trois juges de la Cour suprême du Canada ont soutenu que le titre aborigène était éteint, trois juges ont soutenu que les Nisga'as détenaient toujours un titre aborigène non éteint et le septième juge, soit le juge prépondérant, a rejeté l'action en raison d'une question d'ordre technique, car les Nisga'as n'avaient pas obtenu de décision arbitraire de la province pour aller de l'avant avec l'instance.

Au début, l'affaire *Delgamuukw* avait été mise en branle par des foyers individuels de Gitksans et de Wet'suwet'ens. Dans le cadre du pourvoi à la Cour

36. *Calder*, *supra* note 4.

suprême, les revendications ont cependant été fusionnées en deux revendications collectives, une par chaque nation. La Cour suprême du Canada a conclu que les intimés avaient subi un préjudice parce que les Gitsksans et les Wet'suwet'ens n'avaient pas modifié leurs plaidoiries et par conséquent, elle a ordonné un nouveau procès au lieu d'appliquer aux faits les critères établis pour la preuve du titre aborigène[37].

Pendant son procès, l'affaire *Tsilhqot'in* a été jugée en fonction d'une question de procédure. Le juge d'instance a conclu que la formulation de la demande introductive d'instance des Tsilhqot'ins soutenait une réclamation de « tout ou rien ». Puisque le juge de l'instance a déterminé que la preuve ne permettait d'établir le titre aborigène qu'en partie, il a déclaré ne pas être en mesure d'accorder une déclaration de titre aborigène[38].

Dans l'affaire *Lax Kw'alaams*[39], la demande introductive d'instance portait précisément sur un droit de pêche commerciale. Une fois le procès commencé, les Lax Kw'alaams ont invoqué une mesure réparatoire, des déclarations de droits moins étendus, y compris le droit de pêcher à des fins de subsistance. La Cour suprême du Canada a alors déclaré que les défendeurs ne devaient avoir aucun doute sur ce qu'ils réclamaient précisément[40].

Les frais

À peu près au même moment que les défendeurs dans les affaires *Bernard* et *Marshall* abattaient des arbres sans permission de la province sur la côte Est, en Colombie-Britannique, les bandes Okanagan, Neskonlith, Adams Lake et Splats'in (Spallumcheen) faisaient de l'exploitation forestière en vertu de permis délivrés par leurs nations respectives (l'Okanagan Nation Alliance et le Secwepemc or Shuswap Nation Tribal Council), et non pas en vertu de permis délivrés par la province. La province a alors émis des ordres de suspension des travaux en vertu de ses lois sur l'exploitation forestière, a saisi les billots, obtenu des injonctions contre les bandes Okanagan et Secwepemc et introduit une instance afin de donner effet aux ordres de suspension du travail. En guise de défense, les bandes Okanagan et Secwepemc ont invoqué le titre aborigène et leurs droits, puis la procédure sommaire a été remplacée par une poursuite civile. Les cours étaient d'avis qu'un interrogatoire préalable et des

37. *Delgamuukw*, *supra* note 4, par 76-77.
38. *Tsilhqot'in Nation* c *British Columbia*, 2007 BCSC 1700, par 120-129 [*Tsilhqot'in*]. L'existence du titre ancestral a été reconnue en appel : *Tsilhqot'in Nation* c *British Columbia*, [2014] 2 RCS 257.
39. *Lax Kw'alaams*, *supra* note 4.
40. *Ibid.*, par 45.

contre-interrogatoires s'imposaient pour déterminer la portée du titre aborigène des bandes Okanagan et Secwepemc[41].

Les frais d'un procès de revendication de titre aborigène et de droits ancestraux peuvent être prohibitifs, car un tel procès implique la réalisation d'une enquête de faits s'étendant sur de nombreuses années et fait appel à de nombreux témoins, dont des témoins experts et des témoins relatant l'histoire orale[42]. Les bandes Okanagan et Secwepemc ne pouvaient pas se permettre un procès de revendication de titre aborigène et c'est pourquoi ils ont demandé un octroi d'une provision pour frais selon lequel la Couronne acquitterait les frais du procès à l'avance, quelle que soit l'issue de la cause, ce qui leur a été accordé[43]. La Cour suprême du Canada a établi de nouveaux critères pour les octrois de provisions pour frais anticipés ou intérimaires dans le cas de litiges allant dans l'intérêt du public, comme suit : « 1) la partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal ; 2) la demande vaut prima facie d'être instruite ; et 3) les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, elles revêtent une importance pour le public et elles n'ont pas encore été tranchées[44] ».

À la lumière de la troisième exigence, l'octroi de provisions pour frais n'est pas à la disposition de la plupart des peuples autochtones ayant des revendications pendantes de titre aborigène et de droits ancestraux, qu'il s'agisse de la défense d'une poursuite à caractère réglementaire ou d'une poursuite civile. À moins que les peuples autochtones puissent prouver que leur affaire est une cause décisoire mettant en jeu une question juridique non résolue, l'affaire ne peut faire l'objet d'une provision pour frais[45]. Le procès de revendication de titre aborigène et de droits ancestraux de la nation Tsilhqot'in était déjà en cours lorsque la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé une provision pour frais aux bandes Okanagan et Secwepemc. Les Tsilqhot'ins ont également

41. *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* c *Bande indienne Okanagan*, 2000 BCSC 1135 [*Okanagan* 2000] ; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* c *Jules*, 2001 BCCA 647.
42. Voir, par exemple, *Tsilhqot'in Nation* c *British Columbia*, 2006 BCCA 2.
43. *Okanagan* 2000, *supra* note 41 ; *Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts) c *Bande indienne Okanagan*, 2001 BCCA 647 ; *Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts) c *Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71 [*Okanagan* 2003].
44. *Okanagan* 2003, *Ibid.*, par 40.
45. *Bande indienne Hagwilget* c *Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574. Quand le moment était venu d'octroyer la provision des frais, la Cour a suggéré au par 19 que si les questions juridiques sont propres à la présente affaire, n'ont pas encore été tranchées dans d'autres décisions et ne le seront vraisemblablement pas « dans un avenir rapproché », elle n'aurait pas fait l'octroi.

eu droit à une provision de frais et ce, en fonction des critères établis dans l'affaire *Okanagan*[46].

Ensuite, la Couronne a pu s'appuyer, en partie, sur la décision dans *Tsilhqot'in* pour priver les bandes Okanagan et Secwepmec de moyens pour prouver le titre aborigène en vertu des règles des provisions pour frais. L'affaire *Secwepemc* a été suspendue en attendant le résultat de l'affaire *Okanagan*[47]. En 2007, après que la Cour suprême du Canada a concédé aux Micmacs et aux Maliseets un titre aborigène leur permettant de récolter du bois d'œuvre à des fins domestiques[48], la province a admis que la bande Okanagan avait ce même droit. Bien que les Okanagans et les Secwepemcs n'avaient jamais revendiqué ce genre de droit, la province a demandé de différer les questions de titre aborigène de l'affaire *Oakanagan*, ce qui lui a été accordé, qui ne serait instruite qu'au besoin, après qu'une décision soit rendue à savoir si la province pouvait justifier la violation du droit admis, et après l'aboutissement de l'instance *Tsilhqot'in*[49]. Jusqu'à présent, la bande Okanagan n'a pas eu la possibilité de se défendre à la lumière de son titre et de ses règles.

ET PAR APRÈS ?

Les cours ont fait appel aux parties pour négocier la conciliation[50]. La conclusion de l'arrêt *Delgamuukw* du juge en chef Lamer était comme suit :

> 186 En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier, mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) « procure (…) un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises. » Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés – toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent – processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrons réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. » Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

---

46. *Xeni Gwet'in First Nations* c *British Columbia*, 2002 BCCA 434.
47. *HTMQ* c *Chief Ronnie Jules et al*, 2005 BCSC 1312 ; *HMTQ* c *Chief Ronnie Jules et al*, motifs oraux prononcés le 5 avril 2006.
48. *Sappier*, *supra* note 5 ; *R* c *Gray*, 2006 CSC 54.
49. *Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts) c *Bande indienne Okanagan*, 2008 BCCA 107.
50. *Van der Peet*, *supra* note 1, par 313.

Dans l'arrêt *R* c *Marshall,* la Cour a mentionné que l'accommodement des droits conférés par traité se concrétise mieux lorsqu'il y a consultation et négociation[51]. Dans l'affaire *Haïda*, la Cour a, encore une fois, fait appel aux parties, leur demandant d'entreprendre des négociations afin de résoudre les questions en suspens entre les peuples autochtones et la Couronne :

> 20 Tant qu'un traité n'a pas été conclu, *l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones*: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i] l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » (*Badger*, précité, par. 41). *Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives*. L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. [nos italiques]
>
> 25 En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens ; ils n'ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D'autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l'ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

Le juge Vickers, soit le juge du procès *Tsilhqot'in*, s'attendait à ce que les parties négocient. Il a essayé de favoriser ces négociations dans ses constatations au sujet du titre aborigène des Tsiljhqot'ins [52] :

> [TRADUCTION] [1136] Dans le passé, la Colombie-Britannique a bien nié l'existence du titre aborigène et des droits ancestraux ou bien adopté comme politique que le titre aborigène et les droits ancestraux ne peuvent être discutés que lors des négociations sur les traités. Pendant toute la période en cause, la Colombie-Britannique a refusé de reconnaître le titre et les droits durant le processus de consultation. Par conséquent, le plaidoyer du peuple Tsilhqot'in a été ignoré.
>
> [1375] J'en suis venu à voir que le rôle de la Cour constitue une étape du processus de conciliation. Pour cette raison, j'ai profité de l'occasion pour trancher des

51. *R* c *Marshall*, [1999] 3 RCS 533, par 22.
52. *Tsilhqot'in*, *supra* note 38, par 506, 961 et 1349.

> questions qui n'avaient pas besoin de décision. Par exemple, je n'ai pas été en mesure de faire une déclaration au sujet du titre aborigène des Tsilhqot'ins. Cependant, j'ai exprimé mon opinion, selon laquelle les parties sont libres de recourir aux négociations qui doivent s'ensuivre.
>
> [1376] Ce qui est clair à mes yeux, c'est que la perspective appauvrie du titre aborigène retenue par le Canada et la Colombie-Britannique, qualifiée, par le demandeur, d'approche de « timbre-poste » donnant accès au titre, ne doit pas être envahissant et empêcher des négociations véritables.

Les négociations des parties n'ont pas porté fruits. En Colombie-Britannique, là où la plupart des nations autochtones n'ont jamais conclu de traité avec la Couronne, le Processus de la Commission des Traités de la Colombie-Britannique, un processus tripartite, a vu le jour en 1993. Depuis, les mandats et les politiques du gouvernement n'ont pas changé, malgré les modifications apportées au droit autochtone. Soixante groupes de Premières Nations ont amorcé ce processus, ce qui représente 110 des 203 Premières Nations de la Colombie-Britannique. Seulement deux accords définitifs ont été ratifiés au cours des vingt années d'existence de ce processus.

Souvent, les prises de position de la Couronne ne se conforment pas à la jurisprudence, ce qui rend difficile la négociation d'une résolution. Par exemple, pendant de nombreuses années, la Colombie-Britannique a cherché à faire avancer sa position – étayée par divers arguments juridiques – selon laquelle le titre aborigène s'était éteint dans la province. Ces arguments ont été rejetés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delgamuukw*, dans le cadre de laquelle la Cour a soutenu que le titre aborigène n'était pas éteint et qu'il continuait d'exister en Colombie-Britannique[53].

En réponse au jugement *Delgamuukw*, au lieu de reconnaître que le titre aborigène existe toujours et d'entreprendre des négociations en fonction de cette affirmation, la province a adopté une position selon laquelle la reconnaissance du titre aborigène par la Cour était un *obiter*, et puisqu'aucun peuple autochtone n'avait vraiment prouvé le droit aborigène et reçu de déclaration de la part de la Cour, rien n'avait changé. Elle n'a pas voulu reconnaître le titre aborigène, ni négocier en fonction de cette reconnaissance, ni même consulter le peuple autochtone avant de prendre des décisions qui avaient des incidences sur leurs intérêts, à moins que la nation autochtone n'ait prouvé son titre aborigène et ses droits au tribunal. Au bout du compte, cela a mené à l'instance *Haïda*, dans laquelle la Cour suprême du Canada a rejeté la position de la Couronne selon laquelle, tant que le titre aborigène ne serait pas prouvé, la Couronne n'avait pas d'obligations[54].

---

53. *Delgamuukw*, *supra* note 4, par 172-186.
54. *Nation Haïda* c *Colombie-Britannique*, 2004 CSC 73, par 8-10 et 28-31 [*Haïda*].

La théorie actuelle de la province, qui a été rejetée et considérée comme réductrice au procès de l'affaire *Tsilhqot'in*[55], mais qui a porté fruits à l'appel[56] avant d'être rejetée par la Cour suprême du Canada[57]. Cette théorie limite le titre aborigène à de petits emplacements individuels, comme des villages, des rochers de pêche, des abris de chasse et des précipices à bisons. Cette approche du titre aborigène fait fi des règles des peuples autochtones et ce, malgré l'exigence de l'affaire *Delgamuukw*'s qui demande de donner du poids à ces règles. Il s'agit aussi d'une approche qui adopte implicitement les stéréotypes au sujet des peuples autochtones, stéréotypes que la Cour suprême du Canada a rejeté, il y a plus de trente ans[58]. Cette position n'est pas propice à une résolution négociée.

LA SURVEILLANCE JUDICIAIRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS ET DES NÉGOCIATIONS

À l'instar du Canada, une grande partie des premières décisions judiciaires relatives aux droits conférés par traité aux États-Unis avait trait à la défense dans le cadre de poursuites pénales[59]. En 1968, plusieurs tribus ont intenté des poursuites civiles contre l'État de l'Oregon pour avoir omis de protéger le droit de pêche des peuples aborigènes reconnu en vertu d'un traité[60]. Le juge Belloni a soutenu que le droit de pêche conféré par le traité garantissait aux tribus leur juste part de la récolte de poissons, et que l'État de l'Oregon était tenu de protéger le droit de pêche conféré par le traité. Le juge Belloni a conservé la compétence d'accorder une mesure réparatoire supplémentaire ou modifiée, et a surveillé les décisions en matière de répartition pendant 12 ans[61]. Au bout du compte, ce jugement a mené à la négociation d'un plan de gestion du saumon,

55. *Tsilhqot'in*, *supra* note 38, par 1376.
56. *Tsilhqot'in Nation* c *British Columbia*, 2012 BCCA 285, par 221.
57. *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256, par 41.
58. *Simon* c *La Reine*, [1985] 2 RCS 387, par 21. Dans le cadre de cette affaire, la Cour fait référence à une décision de 1929 ayant soutenu qu'en tant que sauvages, les signataires autochtones du traité en question n'avaient pas la capacité de conclure un traité. Le fait de restreindre le titre aborigène à de petits morceaux de terre ne reconnaît pas que les peuples autochtones étaient des sociétés organisées précontact, et la déclaration de souveraineté de la Couronne ne reconnaît pas que la souveraineté autochtone existait précontact, avant celle de la Couronne (*Haïda*, par 20), puis ne tient pas compte de la perspective autochtone et omet de lui donner du poids.
59. Voir Michael C Blumm et Jane G Steadman, « Indian Treaty Fishing Rights and Habitat Protection : The Martinez Decision Supplies a Resounding Judicial Reaffirmation » (2009) 49 *Ressources naturelles J* 653, p. 665 et note 61.
60. *Sohappy* c *Smith*, 302 FSupp 899 (DOr 1969) (couramment appelée l'arrêt « *Belloni* »).
61. Blumm et Steadman, *supra* note 59, p. 666, et note 68.

en vertu duquel, la pêche était désormais gérée en collaboration entre l'État de l'Oregon et les tribus[62].

Dans l'affaire *United States* c *State of Washington*, une décision couramment appelée l'arrêt « *Boldt*[63] », le gouvernement fédéral et les tribus de l'Ouest de Washington ont intenté des poursuites, alléguant que l'État de Washington ne respectait pas les droits de pêche des tribus. Le juge Boldt a conclu que les tribus avaient droit à la moitié de toutes les prises de saumon et que c'est à elles que devrait incomber la réglementation de la pêche indienne hors réserve, et que celle de l'État ne l'emportait sur la pêche indienne hors réserve qu'aux fins d'effort de conservation[64]. Le juge Boldt a également conclu que les règlements de Washington n'étaient pas valables parce qu'ils favorisaient les pêches ne relevant pas des tribus. Washington a alors déclaré que l'État imposait des restrictions pour conserver les ressources et pour mettre fin aux excès de récolte des tribus, mais le juge Boldt a estimé qu'il n'existait pas de preuve crédible, directe ou indirecte, qu'un membre d'une tribu demanderesse avait exercé ses droits conférés par le traité en dehors d'une réserve d'une manière susceptible de nuire à la perpétuation de n'importe quelle espèce de poisson anadrome[65]. Ce jugement a été à la source de controverses et de confrontations, et le juge Boldt a conservé la compétence sur cette affaire afin d'aider les parties à résoudre les problèmes et les conflits découlant du jugement, ainsi que de faire en sorte que l'État de Washington se conforme à sa décision[66].

Au Canada, les tribunaux ont conservé la compétence quant à l'obligation de consulter diverses instances, ce qui donne aux parties l'autorisation de demander d'autres instructions à la cour[67], permet à la partie autochtone de faire instruire sa cause de nouveau devant le tribunal, si elle estime que la consultation et l'accommodement sont inadéquats, de demander de casser le

---

62. Voir M Blumm et B Swift, « The Indian Treaty Piscary Profit and Habitat Protection in the Pacific Northwest : A Property Rights Approach » (1998) 69 *U Colo L Rev* 407, p. 460-462 ; M Wood, « The Tribal Property Right to Wildlife Capital (Part I) : Applying Principles of Sovereignty to Protect Imperiled Wildlife Populations » (2000) 37 *Idaho L Rev* 1, p. 16-17.
63. *United States* c *State of Washington*, 384 FSupp 312, (WD Wash 1974) [*Boldt*], aff'd, 520 F2d 676 (9e Cir 1975), cert denied, 423 US 1086 (1976).
64. De tels règlements se devaient d'être raisonnables et nécessaires à la perpétuation d'une montaison ou d'une espèce particulière de poisson. *Boldt*, *Ibid.*, p. 342.
65. *Boldt*, *Ibid.*, p. 338, note 26.
66. *Ibid.*, p. 347. L'arrêt *Boldt* s'est traduit par d'autres litiges, dont la clarification que le droit conféré par traité ne garantissait rien de plus que le nécessaire pour mener une vie modérée, soit jusqu'à 50 pour cent des prises. Voir, par exemple, *Washington* c *Fishing Vessel Ass'n*, 443 US 658 (1979), p. 686-687.
67. *Nation Haïda* c *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2002 BCCA 147, par 58-62. *Homalco Indian Band* c *British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, 2005 BCSC 283, par 127 [*Homalco*] ; *Heiltsuk Tribal Council* c *British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2003 BCSC 1422, par 129.

jugement ou l'approbation en question[68] et de demander d'autres instructions de la cour advenant qu'une médiation ne porte pas des fruits[69]. Tel qu'indiqué ci-dessus, la plupart des poursuites contre des récolteurs autochtones de ressources pourraient être évitées si l'on faisait place aux systèmes juridiques autochtones. Bien que les poursuites de récolteurs autochtones de ressources soient entreprises à la lumière de la nécessité de conserver les ressources, les vraies menaces aux ressources sont habituellement le résultat des lois fédérales et provinciales[70]. La surveillance judiciaire des négociations entre la Couronne et les peuples autochtones en ce qui a trait aux droits qui leur ont été conférés par traité, au titre aborigène et aux droits ancestraux, et la présentation d'une demande expresse à la Couronne de faire place aux systèmes juridiques autochtones en matière de gestion des ressources naturelles, pourrait être une manière d'amener les parties à se réconcilier.

---

68. *Homalco*, *Ibid.* ; *Gitxsan and other First Nations* c *British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701 ; *Gitanyow First Nation* c *British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 BCSC 1734.

69. *Hupacasath First Nation* c *British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712 ; *Ke-Kin-Is-Uqs* c *British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505. La Couronne a reçu l'ordre d'assumer les frais du médiateur. Le juge Smith avait indiqué aux parties ce dont il fallait discuter à la médiation y compris, par exemple, la façon de faire participer les Hupacasath aux discussions concernant la protection de l'environnement, de la faune et des bassins hydrographiques des terres visées, et l'accommodement des ressources sur les terres de la Couronne en ce qui a trait aux incidences du jugement relatif à la nation Hupacasath.

70. Voir *William* c *British Columbia*, 2012 BCCA 285, par 290-343, dans lesquels la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que les conclusions du juge du procès à l'égard de la loi sur l'exploitation forestière de la Colombie-Britannique vont à l'encontre des droits de chasse et de piégeage des Tsilhqot'ins de manière injustifiée car elle a une incidence directe sur la faune en réduisant la diversité des espèces et leurs populations, et détruit leur habitat, notamment par l'enlèvement des débris ligneux grossiers, le compactage du sol, les changements à l'hydrologie et le rétablissement lent des forêts qui s'ensuit.

Troisième partie

LA DÉTERMINATION DES PEINES ET LES INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES

Chapitre 24

Condamnation pour infraction environnementale : tirer le meilleur parti d'un instrument émoussé

Barry Stuart

> Il est impossible de sauver la terre en faisant abstraction de ses habitants. Pour sauver l'une ou les autres, il faut les sauver tous. [traduction]
>
> Wendell Berry, *The Great Work*

Il m'est arrivé plus d'une fois d'être lamentablement frustré et désolé de l'incapacité de notre système juridique à traiter avec efficacité les enjeux d'ordre environnemental. Aujourd'hui, je suis optimiste, quoiqu'avec des réserves, non pas quant à ce que le droit fait, mais certainement quant à ce qu'il permet de réaliser.

(1) Il peut constituer un instrument permettant d'assurer le maintien efficace du fragile, mais essentiel, équilibre entre l'expansion économique et la protection de l'environnement ;

(2) Il permet aux citoyens de participer directement à l'obligation fiduciaire collective de protéger les intérêts des générations actuelles et futures.

Nous avons besoin d'une bonne dose d'optimisme pour inspirer des initiatives communes visant à réformer le processus de détermination de la peine, qui en a un urgent besoin pour tenir son rôle d'agent permettant d'assurer efficacement l'équilibre entre les objectifs environnementaux, économiques et

sociaux. Il faut entreprendre ce travail en étant armé de la conviction que le processus de détermination de la peine peut grandement aider. Je suis fondé à croire qu'avec des changements essentiels, cette chose est possible. Mon optimisme est justifié par plusieurs facteurs :

Progrès – Le chemin parcouru depuis l'affaire *United Keno Hill*[1] est long. Par contre, il nous reste beaucoup à faire pour que les dispositions du droit puissent être appliquées dans toute leur envergure afin d'être d'une certaine aide. Même s'il est vrai qu'il existe encore une opposition farouche aux réformes nécessaires, il faut néanmoins mesurer à quel point les choses ont changé. La plupart des réformes nécessaires sont à portée de la main et certaines d'entre elles ont eu lieu dans d'autres juridictions.

Infractions environnementales traitées comme des actes criminels graves – Les tribunaux commencent à traiter les infractions environnementales comme des actes criminels graves. Ces dernières vont de l'abandon de détritus aux actes prémédités susceptibles de causer, aux yeux des tribunaux, un préjudice plus grave encore. Si la gradation des peines doit être en phase avec les types, très nombreux, d'infractions environnementales, il faut juger toutes ces dernières comme un comportement criminel et non pas comme de simples mauvaises habitudes ou mauvaises pratiques commerciales.

Fiducie d'intérêt public – Les principes de la fiducie d'intérêt public commencent à imprégner toutes les mesures visant à protéger l'environnement. Lorsqu'on permet aux personnes et aux entreprises d'exercer, dans un but lucratif des activités représentant un risque pour l'environnement, elles sont tenues à une obligation de fiduciaire de l'intérêt public et se doivent, à ce titre, de protéger les principaux intérêts environnementaux des générations actuelles et futures. La fiducie d'intérêt public impose un devoir de fiduciaire qui consiste à veiller à ce que tous les actes soient accomplis dans le respect de la norme la plus élevée afin d'éviter tout préjudice. On attend donc des entreprises qu'elles prennent acte du fait que leurs responsabilités de fiduciaire de l'intérêt public doivent prendre le pas sur les considérations d'ordre commercial, et ce à chaque étape de leurs activités. Ces responsabilités doivent constituer le fondement même de toute action des membres de l'entreprise, de l'administrateur jusqu'à l'employé sur le terrain.

Les devoirs nés de la fiducie d'intérêt public incombent à tous les citoyens. Tous les volets du processus de détermination des peines commencent à renforcer ces aspects de la fiducie d'intérêt public.

Partenariats axés sur la collaboration – La complexité des problèmes environnementaux conforte la conviction que pour s'attaquer à ces problèmes,

1. *R* c *United Keno Hill Mines* (1980), 10 CELR 43 (CTerr Y).

les gens et les esprits doivent ignorer des distinctions désuètes établies par le droit, des hypothèses démenties et des débats absurdes autour de la question de la responsabilité juridictionnelle. Quant aux membres du grand public, dans les moments d'urgence, ils doivent cesser de s'en remettre systématiquement aux experts pour régler les problèmes. Pour parvenir à surmonter ces problèmes complexes, chacun doit exercer un rôle actif. L'époque où l'on abandonnait ses responsabilités individuelles et collectives aux mains des experts est révolue. La responsabilité civique n'a jamais revêtu autant d'importance. Les récentes initiatives de collaboration constituent un pas dans la bonne direction. Elles démontrent comment les procédures peuvent être conçues de sorte à promouvoir le partage des responsabilités et de l'autorité parmi des groupes d'intérêts divergents qui, historiquement, se sont, soit opposés, soit ignorés.

Pied d'égalité – Tous les groupes d'intérêt informés sont beaucoup plus conscients que des règles équitables, la transparence et le respect mutuel servent l'intérêt supérieur de chacun. Cette prise de conscience n'est pas le résultat d'une révélation miraculeuse ni de l'adoption d'un nouveau credo. Dans bien des milieux, une véritable réflexion a permis de changer les mentalités. Cependant, il est moins important de savoir ce qui a motivé ce changement de perspective que de constater que les modes de résolution des problèmes retenus sont plus constructifs.

Même si le pouvoir des ONG locales et internationales n'a pas la même étendue que celui des entreprises, qui tend à se concentrer de plus en plus, leur autorité et leur grande expertise leur ont permis de gagner énormément en influence. Les réseaux mondiaux de communication permettent de faire circuler l'information et de se faire connaître à l'échelle planétaire, ce qui prive les entreprises de la possibilité de montrer deux facettes distinctes : celle affichée au pays et celle dévoilée à l'étranger. Maintenant, les entreprises ne peuvent plus cacher aussi facilement au gouvernement de leur pays et à leurs actionnaires ce qu'elles font ailleurs. Cette évolution des choses a provoqué une prise de conscience croissante que les règles équitables sont, non seulement bonnes pour l'environnement, mais également pour les affaires.

Évolution du processus de détermination de la peine – Le fait d'établir des sanctions plus sévères pour punir les infractions criminelles n'aura pas autant d'effet que d'appliquer plus judicieusement les principes de détermination des peines. La procédure est le produit. Elle détermine le résultat bien plus que tout autre facteur. La procédure suivie détermine les personnes [et les entreprises] appelées à participer, leurs rapports durables, leur capacité à travailler ensemble pour concevoir et mettre en œuvre des mesures novatrices et l'ampleur du problème en cause ainsi que la volonté des parties de s'en tenir aux

résultats. Elle détermine en outre si l'effort monumental investi dans le conflit l'est de manière constructive ou destructrice.

La condamnation n'est pas un événement ponctuel. Elle s'inscrit dans un processus plus vaste qui débute avant que le tribunal ne soit saisi de la cause et qui se perpétue au-delà de l'imposition de la peine. Ce qui se produit tant avant qu'après l'intervention du tribunal est aussi important que ce qui a lieu à l'audience. Toutes les étapes du processus doivent être soutenues et efficaces pour que les principaux objectifs de la condamnation soient atteints et que celle-ci concourt au processus plus vaste de réglementation régissant les aspects économiques, sociaux et environnementaux.

Le nombre d'entreprises qui exercent des activités comportant des risques accrus pour l'environnement est plus élevé que jamais. Or, toutes proportions gardées, les ressources consacrées à la surveillance des activités potentiellement préjudiciables à l'environnement et au processus d'enquête et de mise en accusation des contrevenants n'ont jamais été aussi modestes. Voilà qui ouvre la porte au désastre. Il est peu probable que les activités des entreprises ralentissent et qu'il y ait moins de risques pour l'environnement à l'avenir. Il est encore moins vraisemblable qu'à l'avenir, le gouvernement investira davantage dans les ressources nécessaires pour assurer un contrôle adéquat des activités et veiller au respect des lois sur la protection de l'environnement. Il faut donc apporter plusieurs changements pour tracer des perspectives raisonnables de sanctions véritablement dissuasives permettant d'assurer le respect des lois.

CHANGEMENTS PROPOSÉS

1. Susciter la crainte d'être puni – Quels sont les gestes qui ont de bonnes chances de prévenir précisément et de manière générale les infractions environnementales ? Les études tendent à démontrer que la sévérité de la peine dont un contrevenant est passible ne vient pas en tête de liste des moyens de coercition efficaces. En fait, ces études ont souligné à maintes reprises que la possibilité d'encourir l'opprobre des membres de la communauté est un facteur dissuasif plus efficace.

Susciter une vive crainte d'être puni requiert, dans la situation actuelle, un investissement considérable pour déployer des agents chargés de l'application de la loi dotés des pouvoirs et des ressources nécessaires pour dépister les contrevenants, mener des enquêtes et poursuivre ces derniers en justice.

Il est vrai que le résultat éventuel d'une mise en accusation fait partie intégrante des mesures de coercition. Une menace, même très sérieuse, assortie d'un châtiment léger concourt à miner l'efficacité de la crainte d'encourir une peine. L'arsenal actuel de sanctions est presque assez imposant pour y puiser des

menaces inquiétantes, mais l'absence de ressources nécessaires pour sévir et la légèreté relative des sanctions imposées aux contrevenants ont pour effet de compromettre la capacité actuelle du système judiciaire à prévenir efficacement le crime contre l'environnement.

2. Opprobre du cercle des professionnels et des proches. C'est, parmi tous les moyens de dissuasion, de loin celui que je préfère. La famille, les proches, les collègues et la communauté des affaires ont une très grande influence sur le comportement adopté, et ce, pour le meilleur et pour le pire. Je fonde beaucoup d'espoir sur la pression exercée par les entreprises d'un grand nombre de secteurs d'activité pour que soient haussés les critères d'un comportement d'entreprise jugé éthique. Mais, quoi qu'il en soit, il reste des exceptions : des entreprises dont la mentalité moyenâgeuse s'ancre dans le précepte selon lequel, une entreprise, peu importe ce qu'elle exploite ou fabrique et comment elle le fait, ne peut apporter que du bien au pays et à la collectivité. À l'heure actuelle, les entreprises, les chambres de commerce et les chefs d'entreprise se mobilisent pour hausser leurs normes de pratique en élaborant et en réclamant l'adoption de pratiques exemplaires dans l'ensemble des différents milieux d'affaires. Faisant école, certaines entreprises s'imposent même de leur plein gré des normes plus rigoureuses que celles, minimales, qui sont imposées par le droit dans l'exercice de leurs activités.

En soi, l'autoréglementation ne suffit pas. Mais sans cette autoréglementation, sans la pression sociale, sans la réaction directe de la collectivité, l'appel systématique à l'intervention du gouvernement ne suffira jamais, peu importe la somme de deniers publics supplémentaires que nous déversons dans des systèmes de justice pénale voués à l'échec. Nous ne pouvons pas recourir seulement à la punition pour atteindre le degré de gestion environnementale nécessaire pour s'acquitter de nos obligations envers l'actuelle génération et les générations futures. L'autoréglementation n'est pas une vue de l'esprit, mais bien une solution pratique qui sert l'intérêt supérieur des entreprises tout autant que celui du public. Les entreprises favorisent des pratiques exemplaires dans leur domaine d'activité. Elles savent plus que quiconque quelles sont celles qui ne respectent pas les pratiques exemplaires et enfreignent les lois sur la protection de l'environnement. Le pouvoir qu'elles peuvent exercer au sein de leur industrie pour imposer l'adoption de pratiques exemplaires et une conduite éthique constitue un outil précieux disponible qui peut être intégré à l'arsenal des moyens de dissuasion et de garantie du respect du droit. Le privilège particulier de pouvoir se servir de leur structure et de se livrer à des activités représentant un risque grave pour les populations et l'environnement vient avec son lot d'obligations, la moindre étant d'agir avec la diligence requise, en plus de prendre des initiatives visant à s'assurer que les autres en font autant. L'État ne peut se mêler de tout, tout le temps. Nous n'avons pas les moyens

d'enrégimenter suffisamment de fonctionnaires pour efficacement dépister les contrevenants et prévenir les infractions environnementales. Tous les citoyens et les entreprises ont le devoir fiduciaire d'établir leurs propres normes de diligence et de prendre des mesures visant à empêcher la violation des dispositions environnementales.

Il existe plusieurs raisons pour lesquelles il est dans le meilleur intérêt des entreprises de s'autoréglementer :

- pour un berger, se débarrasser de ses brebis galeuses est dans l'intérêt du reste du troupeau ;
- développer la certitude que les règles sont équitables en veillant à ce que tout le monde les respecte est une bénédiction pour toutes les entreprises ;
- attirer et maintenir en poste les meilleurs employés qui soient, est un exercice plus facile lorsque les employés peuvent s'enorgueillir de faire partie d'une organisation réputée pour ses pratiques responsables et éthiques ;
- se tailler une bonne réputation permet de s'assurer plus facilement le soutien du public et de la gent politique dans les activités de l'entreprise.

[Remarque personnelle : malgré l'immense respect que je voue à l'œuvre de John Swaigen, je ne peux m'empêcher de réagir à ses critiques adressées au sujet de ma conviction, exprimée implicitement dans ma décision rendue dans l'affaire *Keno Hill*, que, dans les faits, les entreprises s'imposent des normes morales et s'efforcent de faire plus que le simple nécessaire. Il m'a prévenu du danger d'attribuer des qualités anthropomorphiques aux personnes morales. À ma décharge, j'en appelle à mon expérience, ayant eu moi-même à travailler au service d'entreprises que contre elles. J'ai pu à ces occasions faire la rencontre de chefs d'entreprise qui se sont battus à mains nues pour forcer un changement de comportement et faire en sorte que les entreprises haussent de leur plein gré le niveau de responsabilité sociale. Ces expériences et d'autres encore ont conforté ma conviction que les entreprises dans leur ensemble sont capables de reconnaître leur responsabilité morale et d'accroître leur niveau de responsabilité à hauteur des obligations qu'impose la fiducie d'intérêt public. À elle seule, l'autoréglementation des entreprises, peu importe à quel point celles-ci se responsabilisent, ne suffira jamais. Nous avons conféré aux entreprises plus de pouvoir qu'au citoyen moyen et nous leur avons permis d'exercer des activités susceptibles de compromettre des vies et de détruire des écosystèmes essentiels. L'enjeu est trop important pour s'en tenir à des postulats sur la confiance à accorder, fondés sur des idéologies situées aux deux pôles : faire confiance à tous

ou se montrer méfiant à l'égard de tous. Faire confiance à tous conduit au manque de réalisme. Se méfier de tous est un exercice ruineux. L'autoréglementation est indispensable pour assurer l'équilibre entre les sphères d'intervention privées et publiques. Les citoyens, les entreprises et les gouvernements doivent participer activement au processus visant à punir la brute, exterminer le truand et récompenser le bon comportement d'entreprise.]

3. Poursuites d'initiative privée – Bien avant que nous ne déléguions autant de responsabilités à la police et au gouvernement, tous les citoyens avaient le devoir d'« observer la paix du Roi ». Les poursuites d'initiative privée remontent à l'époque où les citoyens étaient incités à prêter secours au roi pour préserver la paix du royaume. Les règlements d'application de la *Loi sur les pêches*, par exemple, encouragent les citoyens à intenter une poursuite en accordant au poursuivant la moitié de l'amende imposée par le tribunal. Or, la moitié d'une amende pouvant s'élever à 500 000 dollars par jour de contravention représente une coquette somme.

Curieusement, le gouvernement contrecarre cette mesure d'incitation législative en exerçant son pouvoir d'intervention, prétendument au nom de l'intérêt public, et met souvent fin à la poursuite. À défaut de la somme considérable d'argent indispensable au financement d'un nombre suffisant de poursuivants et d'agents de l'autorité pour surveiller et assurer le degré de respect de la loi nécessaire à la protection de l'environnement, il faut absolument en appeler aux citoyens pour préserver la paix de la Reine.

Outre l'élimination des restrictions déraisonnables imposées sur les poursuites privées, d'autres initiatives sont nécessaires pour inciter et encourager les citoyens à prendre activement part à tous les aspects des décisions ayant une influence sur notre environnement. Une simple loi, comme le *Michigan Environmental Protection*, confère aux citoyens, la capacité de contester toute décision n'imposant pas l'obligation d'apporter un soin raisonnable dans l'accomplissement de tout acte ayant des répercussions sur l'environnement.

Changements précis à apporter :

- abolir le pouvoir discrétionnaire du gouvernement d'intervenir dans une poursuite privée, sauf si le tribunal l'autorise ;
- s'ils autorisent l'intervention du gouvernement, obliger les tribunaux à motiver leur décision ;
- affecter en premier lieu, la somme des amendes imposées à l'issue d'une poursuite privée au paiement les coûts supportés par les poursuivants privés puis répartir en parts égales le reste de la somme entre le poursuivant privé, l'agence d'application de la loi concernée et la victime dont les dommages-intérêts [déterminés par le tribunal]

octroyés par une décision d'un autre tribunal ou d'une autre source sont insuffisants pour indemniser cette dernière complètement ;

– accorder aux simples citoyens, par voie de mesures législatives, le pouvoir d'intenter des poursuites privées dans tous les cas d'infraction environnementale.

4. Indépendance des poursuivants – La plupart des infractions contre l'environnement mettent directement ou indirectement en jeu les intérêts et, souvent, les investissements du gouvernement. Dans le débat faisant toujours rage autour de la question de l'opportunité d'accorder ou non aux poursuivants le même degré d'indépendance que les juges, on soulève que certaines infractions, telles les infractions environnementales, justifient amplement la décision d'accorder aux poursuivants le pouvoir absolu d'agir en toute indépendance et de garantir l'apparence d'indépendance de ces derniers. *Dans toutes les poursuites où il y a apparence de conflit d'intérêts du gouvernement, les poursuivants devraient agir en toute indépendance.*

5. Respecter et inclure les victimes – Veiller à la transparence à toutes les étapes des procédures, surtout celle de la négociation de la peine, est un moyen d'assurer le respect des intérêts des victimes et du public. Les victimes et les communautés touchées doivent avoir voix au chapitre. Respecter leurs intérêts en leur permettant de s'exprimer, aide le tribunal à rendre le système plus juste. À défaut pour la victime d'avoir la possibilité de s'exprimer elle-même, le tribunal ne peut que s'en remettre à sa perception de ce qui est dans l'intérêt des victimes. Or, les intérêts peuvent grandement différer d'une victime à l'autre. Seule leur participation soutenue et directe permet de faire connaître leurs intérêts prioritaires et particuliers. Les déclarations sur les répercussions sur la victime sont des instruments désuets et ne sont pas adaptées aux changements opérés dans le processus. Fait plus important, sans la participation de la victime, les contrevenants peuvent rarement mesurer toute l'ampleur du préjudice que leurs actes ont causé. À bien des égards, la perspective de la victime renforce la capacité de la peine d'atteindre la plupart des principaux objectifs de la condamnation. La victime ne devrait jamais être obligée de comparaître d'une façon ou d'une autre, mais elle devrait avoir la possibilité de le faire quand elle l'entend et devrait pouvoir obtenir du soutien.

6. Évaluation des dommages-intérêts – Laisser la détermination de qui est une victime et du quantum des dommages-intérêts à la seule appréciation des tribunaux civils suppose que des poursuites civiles seront intentées. Or, outre la lenteur des procédures, une poursuite au civil impose aux victimes d'infractions environnementales des frais de justice. Le tribunal pénal devrait à tout le moins recenser les victimes et évaluer l'étendue du préjudice, sans quoi les contrevenants, à qui est alors laissé le fardeau de prouver l'étendue du

préjudice (qu'ils seront à coup sûr tentés d'atténuer le plus possible), ne pourront jamais prendre la pleine mesure de leur responsabilité. Par ailleurs, ne pas mesurer l'ampleur du préjudice, c'est faire fi de l'intérêt de la victime à être entendue et comprise.

Les tribunaux devraient être habilités à exiger un recensement des personnes ayant subi un préjudice et une évaluation de l'étendue de celui-ci. Les frais d'expertise devraient être à la charge du contrevenant et le tribunal saisi de l'affaire devrait établir des directives raisonnables quant à la portée de l'examen requis. Rien ne peut justifier que le contrevenant puisse accidentellement tirer parti du fait que le préjudice qu'il a causé est difficile à circonscrire. Dans les causes en matière environnementale, l'étendue du préjudice est un facteur important à retenir pour déterminer la peine, au même titre que l'évaluation des lésions corporelles causées à la victime de voies de fait. Ce genre de directives sont indispensables pour éviter que les procès devant les tribunaux pénaux ne s'éternisent.

L'indemnisation fait partie intégrante de bon nombre de systèmes de sanction des comportements nuisibles. Toutefois, la manière dont on se sert traditionnellement de l'indemnisation est radicalement différente de celle que les tribunaux pénaux appliquent. En Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'expression employée pour désigner l'indemnisation est « argent de repentance ». Dans la tradition guinée-papouasienne, le versement de l'indemnité a lieu à l'occasion d'une cérémonie dont le but est d'obtenir la réconciliation des parties. Le paiement de l'indemnité est certes un élément important de la cérémonie, mais l'offrande expiatoire faite publiquement et l'acceptation des excuses sont encore plus importantes, car elles marquent le début de relations pacifiques renouées sur de nouvelles bases entre les familles et les communautés de la victime et du contrevenant.

Bien des pertes ne peuvent être monnayées ni compensées par une somme d'argent. L'argent n'est d'aucun secours pour rétablir des relations ni bâtir de nouvelles assises. Les cérémonies traditionnelles peuvent faire en sorte que l'indemnité soit mieux à même de réparer le tort causé. Nous avons pu tirer des us et coutumes une leçon et avons bien d'autres choses à apprendre encore sur l'importance de l'aspect cérémonial pour améliorer le résultat du processus de condamnation. Le cérémonial entourant l'audition des procès est mû par des stratégies visant à obtenir gain de cause ou à atténuer la responsabilité. Plutôt que de reconstruire des vies, de rétablir des ponts et de renouer des relations, nos cérémonies peuvent même avoir pour effet d'envenimer les querelles.

7. Révision en temps utile des ordonnances du tribunal – Les révisions judiciaires en temps utile visant à modifier des ordonnances en fonction des changements favorisent le progrès en atténuant la sévérité des conditions ou en

sanctionnant les contraventions au moyen de mesures correctives essentielles pour tirer pleinement parti de la probation et des ordonnances du tribunal. Les recours en révision peuvent se révéler coûteux. Lorsqu'il y a lieu, le contrevenant doit régler une partie si ce n'est la totalité des frais de révision judiciaire et de contrôle des ordonnances du tribunal. Ces ordonnances permettent de limiter le recours aux peines d'emprisonnement, de remédier au tort causé par le délit et d'atteindre d'autres objectifs importants de la condamnation. Le contrevenant, s'il est forcé de payer ces coûts, sera d'autant plus motivé à se plier docilement à l'ordonnance pour qu'elle soit exécutée le plus rapidement possible.

8. Triage – Dès le départ et tout au long du processus de détermination de la peine, il faut procéder à une sélection visant à déterminer à tout instant le meilleur moyen de traiter les problèmes soulevés par la condamnation. Chaque affaire est un cas d'espèce et, selon les étapes du processus de détermination, des changements importants se produiront à différents égards. La procédure doit demeurer souple pour tenir compte de l'évolution de la situation. Par exemple, l'accusé peut, pour diverses raisons, refuser d'emblée de reconnaître sa responsabilité. Pour d'autres raisons, après avoir initialement refusé de reconnaître sa responsabilité, le contrevenant pourrait à un moment reconnaître sa faute et se montrer sincèrement repentant. Un changement d'attitude aussi radical justifie un triage afin de déterminer les mesures ultérieures les plus judicieuses à prendre dans le cadre du processus.

Les hôpitaux recourent à un triage initial pour diriger les patients au service d'intervention approprié. Les fonds publics seraient gaspillés si, à défaut d'une sélection préliminaire, le chirurgien devait s'occuper de chaque patient. Dans le processus judiciaire, nous gaspillons des fonds publics chaque jour en confiant toutes les causes de détermination de la peine à un tribunal officiel présidé par un juge. Il existe un grand nombre de solutions possibles, moins coûteuses et plus efficaces, à envisager pour sanctionner les infractions environnementales par la procédure la plus indiquée.

Solutions possibles :

- Procédure judiciaire officielle ;
- Mesures de justice réparatrice dans le cadre d'une procédure judiciaire officielle ;
- Mesures de justice réparatrice au sein de la collectivité ;
- Recours mixte au processus communautaire et judiciaire.

Parmi ces solutions, les parties, grâce à l'aide de médiateurs ou de chargés de processus, ont conçu plusieurs procédures créatives. Dans le cadre de chaque type de procédures, un juge peut être appelé à y prendre part de plusieurs

façons. Le juge peut soit prendre la direction du procès, soit jouer un rôle très mineur, soit simplement intervenir si un recours judiciaire fait partie du compromis ou encore être appelé à trancher toute question en suspens que la conciliation n'a pu permettre de résoudre.

9. Mesures de justice réparatrice – Ces voies de recours conviennent parfaitement pour les infractions environnementales, surtout les infractions plus graves :

1) Le contrevenant reconnaît sans réserve sa responsabilité et accepte de participer au processus ;
2) Si le contrevenant ne participe avec sérieux ou si aucune entente n'est conclue, le tribunal est de nouveau saisi de l'affaire ;
3) Pour les cas les plus graves, la sanction est consignée dans une ordonnance contraignante rendue par le tribunal ;
4) Le triage sert à évaluer l'opportunité de ne pas laisser le processus de justice réparatrice entre les mains du seul procureur ou, au contraire, d'y inclure un responsable de l'application de la loi, un avocat de la défense, le contrevenant, un représentant de la justice communautaire et les victimes ;
5) Tous les participants au triage ou à l'évaluation en sont informés et comprennent le processus de justice réparatrice ;
6) Un spécialiste de la justice réparatrice qualifié peut se charger de gérer la procédure.

Trop souvent, le recours possible à la justice réparatrice n'est pas envisagé ou est écarté parce que les parties ne mesurent pas pleinement les avantages que comporte un tel processus. Les avantages sont trop nombreux pour en faire l'énumération ici. Une série d'exemples de certains des principaux avantages illustre comment ces procédures permettent davantage d'atteindre les objectifs de la détermination de la peine pour une infraction environnementale.

Souplesse – La condamnation des infractions environnementales est susceptible de soulever plusieurs enjeux complexes et suppose le maintien des rapports entre les victimes, les agences du gouvernement et le contrevenant. Elle peut prendre plusieurs années à mettre en œuvre, à réviser et à ajuster le plan d'exécution de la peine. Les procédures de justice réparatrice, en particulier les cercles de conciliation, peuvent être adaptées selon les circonstances de chaque affaire. L'intervention du tribunal peut prendre plusieurs formes et toutes les mesures judiciaires de redressement, notamment la peine d'emprisonnement, peuvent s'ajouter à la vaste panoplie de mesures que peut mettre à contribution la justice réparatrice.

Résoudre le problème – La justice réparatrice déplace le débat de la sphère légale vers le terrain des enjeux sociaux, économiques et environnementaux, mettant davantage l'accent sur le comportement escompté plutôt que sur le comportement passé, et elle s'attache davantage aux causes plutôt qu'aux symptômes. Contrairement à la justice réparatrice qui y recourt régulièrement, les tribunaux judiciaires n'élaborent généralement pas de procédures axées sur la collaboration pour élucider la raison pour laquelle l'infraction a été commise, trouver des moyens de prévenir la commission d'autres infractions, chercher les moyens à mettre en œuvre afin de prévenir d'autres infractions et déterminer les outils nécessaires pour efficacement mettre en application les conclusions tirées. Dans la quasi-totalité des cas, la sentence a une portée dépassant largement les limites étroites des questions purement juridiques. La justice réparatrice, grâce aux dialogues concertés qu'elle permet, produit des solutions novatrices auxquelles les participants s'attendent rarement.

Bien qu'il soit important que tous les intéressés en cause se concertent pour élaborer des plans de détermination de la peine propres à réparer efficacement le préjudice causé, il est encore plus important, avant que les activités comportant un risque pour l'environnement ne soient entreprises, qu'ils se concertent pour trouver des moyens d'empêcher le préjudice.

Changement de perspectives – D'après mon expérience, pour qu'un contrevenant prenne conscience du tort qu'il a causé, rien n'est plus efficace que de le mettre en face des victimes et de le forcer à leur répondre personnellement. Les échanges douloureux forgent une nouvelle compréhension et inspirent un réel sentiment de remords. Or, en Cour, au-delà de l'admission de sa responsabilité, je n'ai jamais été témoin d'un acte de contrition de la part d'un contrevenant ni de la volonté réelle de celui-ci de changer son comportement. Par contre, ces phénomènes sont fréquemment observables dans le cadre du processus de justice réparatrice. Même si changer le comportement des contrevenants et leur fournir l'occasion de prendre acte du tort causé aux victimes sont des aspects non négligeables, l'interaction directe que permet la justice réparatrice surpasse la capacité des tribunaux judiciaires à parvenir à un tel objectif. Autre élément également important, maintes études révèlent que les victimes se disent plus satisfaites des processus de justice réparatrice que du processus judiciaire officiel.

Avantages du processus – Les procédures de justice réparatrice sont habituellement moins longues à entreprendre et prennent moins de temps à donner des résultats. De plus, elles sont moins coûteuses à appliquer. Le fait pour les participants de prendre part à l'issue nourrit en eux un sentiment mêlé de fierté et d'appartenance. Le sentiment commun d'être partie prenante éveille à son tour la volonté partagée d'atteindre le but fixé. Les parties, qui ont

directement pris part au processus, ont une connaissance intime de l'esprit ayant animé l'entente et de l'objectif du règlement et, du fait même, peuvent apporter les correctifs nécessaires pour s'adapter aux changements dans la situation et favoriser le progrès.

Processus inclusif – Un processus donnant à tous les intéressés, voix au chapitre, favorise la compréhension mutuelle, la confiance et le respect des différences. La création de liens fonctionnels plutôt que dysfonctionnels, comme c'est habituellement le cas au début de tout processus de détermination de la peine pour infraction environnementale, constitue le résultat le plus important du processus. Des relations plus harmonieuses sont essentielles pour que les parties puissent régler entre elles les problèmes persistants qui sont soulevés au cours d'un projet mettant en cause un risque pour l'environnement. De meilleures relations concourent incontestablement à prévenir la récidive.

10. Tribunal spécialisé dans les questions d'environnement – Des juges, procureurs, juristes et agents de probation possédant les connaissances et les compétences en matière de délit contre l'environnement pourraient contribuer, sur bien des plans, à améliorer la manière dont les causes environnementales sont réglées.

Connaissances particulières – Les procès en matière environnementale et la condamnation nécessitent une connaissance particulière permettant d'évaluer les circonstances complexes entourant les faits sur lesquels l'inculpation est fondée et soulèvent des questions de preuve et des questions juridiques de fond particulières. La possibilité de confier ces affaires à des personnes qualifiées réduira le délai des procédures et les erreurs judiciaires et générera un corpus jurisprudentiel uniforme abordant à la fois des questions de fond, de preuve et de détermination de la peine. Il a fallu aux tribunaux des décennies pour se défaire d'attitudes et de pratiques dépassées dans le traitement des cas de conduite avec facultés affaiblies et de violence conjugale et pour tenir compte des besoins des victimes. Les professionnels appelés régulièrement à travailler dans des dossiers d'infractions environnementales sont mieux à même d'acquérir une meilleure compréhension des enjeux particuliers en cause et de proposer des solutions efficaces.

Délais – Un règlement judiciaire des dossiers touchant l'environnement, surtout les cas complexes tant sur le plan du procès que de la condamnation, peut être très long à obtenir. Un tribunal consacré exclusivement au règlement des questions de cette nature permet de réduire les délais de procédure et d'atténuer les effets néfastes des reports de procès en matière d'environnement susceptibles de se produire devant les tribunaux de droit commun. Par ailleurs, la détermination de la peine imposée aux contrevenants repose sur une série d'objectifs complexes et souvent contradictoires. Les contributions essentielles

directes et indirectes que le processus de détermination de la peine peut apporter pour assurer la protection de l'environnement et veiller à ce que les entreprises représentant des risques graves pour l'environnement respectent les paramètres de sécurité fixés en droit supposent du temps, des connaissances particulières et une attention particulière dans l'élaboration des peines imposées afin que celles-ci soient efficaces et constructives.

Résultats inventifs – La nécessité pour le processus de correspondre au tort causé est particulièrement criante dans les causes touchant l'environnement. Un tribunal de l'environnement pourrait entreprendre d'étudier, de mettre à l'essai et d'élaborer d'autres processus novateurs propres à traiter une diversité de situations de manière à parvenir, dans chaque cas, aux meilleurs résultats possibles.

À défaut d'instituer un tribunal spécialisé, les juges, les procureurs, les agents de probation et les chargés de processus devraient à tout le moins, être formés et affectés au règlement de la majeure partie des poursuites pour infraction contre l'environnement dans chaque juridiction. Depuis peu, les juges laissent entendre dans leur jugement de condamnation qu'ils estiment que les délits contre l'environnement sont des infractions graves. Néanmoins, les études révèlent qu'ils se montrent peu enclin à imposer de lourdes peines pour sanctionner les infractions graves à l'environnement. Un tribunal spécial ou la spécialisation des juges en la matière pourraient remédier à ces réticences.

La poursuite judiciaire est un instrument contondant. Elle est essentielle pour conférer une image de crédibilité à un régime d'observation du droit et permet de tracer des limites claires ayant des conséquences déterminantes sur les initiatives de négociation de règlement de peine ou de recours à d'autres mesures de rechange. Un éventail complet de remèdes adéquats et le temps et le soin consacrés à la conception d'une peine en phase avec les besoins particuliers de chaque cas peuvent considérablement accroître l'utilité des poursuites.

11. Outils de détermination de la peine – Pour être en mesure d'atteindre les objectifs de la condamnation pour infraction environnementale, il est impératif de percevoir différemment les infractions, d'employer différemment les outils de détermination de la peine traditionnels et de se doter de nouveaux outils. L'aptitude d'une sanction potentielle à dissuader une activité criminelle est fonction du genre d'activité criminelle que l'on vise à réprimer. En ce qui a trait aux délits contre l'environnement, les sanctions coercitives les plus efficaces selon moi sont les ordonnances de contrôle ponctuel, les ordonnances de dédommagement intégral et les interdictions d'activité.

Ordonnances de contrôle des activités – Sitôt que l'on évoque la possibilité de recourir à ce type de sanctions lors des audiences sur la peine, le discours interne des contrevenants passe de « qu'on en finisse le plus vite

possible… dites-moi à combien s'élève l'amende que je puisse passer à autre chose… » à « je suis tout à vous… pouvez-vous faire ceci ».

Ces atouts captent immédiatement l'attention, même des pires criminels environnementaux. Aucune autre mesure judiciaire imposée aux contrevenants n'a le même pouvoir :

– de prévenir les délits contre l'environnement ;
– de changer rapidement le comportement répréhensible en mesures correctives ;
– d'inciter les contrevenants ou les éventuels contrevenants à trouver d'autres moyens de se conformer.

Recommandations :

- Les ordonnances ponctuelles de s'abstenir ou d'accomplir certaines actions devraient s'appliquer à l'encontre de toutes les infractions environnementales. Il est nécessaire d'édicter des règles régissant le recours à ce type d'ordonnance afin d'empêcher le recours abusif à un tel remède musclé. Les ordonnances ponctuelles de contrôle des activités constituent des recours de dernier ressort et des interventions d'urgence.
- Les opinions des victimes, des agences compétentes et du contrevenant devraient être prise en compte pour faire en sorte que la mise en œuvre de la sanction soit adaptée à la nature de l'infraction et pour réduire au minimum les préjudices économiques que le contrevenant et les autres parties qui dépendent de son exploitation
- Les contrevenants sont tenus d'assumer les coûts de l'exécution des ordonnances de contrôle ou d'interruption et de faire en sorte que les conditions soient respectées pour obtenir la levée de ces ordonnances.
- Le tribunal est investi d'un devoir de surveillance, mais une fois qu'il a établi les directives, il n'intervient qu'à la demande d'une partie. La négociation des conditions fixées par les ordonnances doit se dérouler conformément aux directives et être guidée par un chargé du processus compétent désigné par le tribunal, dont les honoraires sont payés par le contrevenant, qui doit rendre compte uniquement au juge.

Interdire l'activité – Le régime de sanction des infractions environnementales doit prévoir des conséquences graves. L'argent ne règle pas tout. Pour bon nombre de contrevenants, perdre de l'argent fait partie du risque de faire des affaires et n'attire pas l'opprobre ni n'entraîne de conséquences personnelles à long terme. La condamnation potentielle doit, à plusieurs égards, faire en

sorte que le risque de contravention ait des conséquences plus graves qu'une simple mauvaise décision d'affaires.

Un retrait de permis est un moyen de prévenir la commission d'une infraction [la conduite avec facultés affaiblies ou en état d'ébriété signifie potentiellement le risque de perdre le privilège de conduire, l'utilisation dangereuse d'une arme à feu, celui de perdre le privilège de l'utiliser] et d'induire un comportement responsable chez les membres de professions libérales [le manquement à une règle du code d'éthique signifie potentiellement la perte du privilège d'exercice de la profession].

Le recours à la simple interdiction est un puissant moyen de dissuasion. Une entreprise manquant à son obligation fiduciaire d'intérêt public sous-jacente à l'autorisation d'exercer des activités comportant un risque potentiel pour le public ou l'environnement doit s'attendre à ce qu'elle soit interdite de les exercer dans des écosystèmes fragiles ou tout bonnement interdite de les exercer.

Les dirigeants d'entreprise sont censés se comporter comme des professionnels, sont investis des responsabilités d'un professionnel, se définissent comme tels et tirent parti des attributs d'une personne morale pour exercer leurs activités professionnelles. S'ils commettent un acte contraire à la déontologie ou qu'ils manquent à leurs obligations fiduciaires en commettant une infraction environnementale, ils devraient être passibles d'interdiction de travailler pour une entreprise ou d'exercer leur profession. Toute personne abusant de son privilège perd celui-ci.

L'employé, le gestionnaire ou l'administrateur dont les actes ou l'inaction sont assimilables à la commission d'une infraction devrait être frappé de la même interdiction.

Les entreprises responsables, qui s'efforcent de gagner la confiance du public et des gouvernements, seront en accord avec les interdictions fondées sur le principe de chasser les brebis galeuses.

12. Récompenser la bonne conduite – Un processus de détermination de la peine sanctionnant une infraction environnementale, grâce aux moyens et aux outils adéquats et au personnel compétent, peut grandement contribuer à assurer le respect des devoirs fiduciaires de gestion de l'environnement de notre génération envers les générations futures. Pour être en mesure de nous acquitter de ces devoirs avec efficacité, les mécanismes permettant de tenir les contrevenants responsables et de sanctionner tout comportement répréhensible sont essentiels, au même titre, si ce n'est plus encore, que les mécanismes destinés à souligner et à récompenser la bonne conduite. Un régime d'incitation récompensant la bonne conduite comporte plus d'avantages que celui qui sanctionne le comportement nuisible :

- Il est plus souple et mieux adapté au changement des priorités de gestion ;
- Il est plus facile et moins coûteux à appliquer [le coût des poursuites peut être exorbitant] ;
- Il permet de réagir en temps opportun ;
- Alors que les infractions, pour différentes raisons et dans certains cas, ne peuvent faire l'objet de poursuites, la plupart des pratiques exemplaires peuvent être récompensées ;
- Il peut s'appliquer aux individus ou aux groupes et viser une région en particulier ;
- Il ajoute directement une valeur à une activité ;
- Il ne nécessite aucun changement législatif ;
- Il peut être employé indifféremment par les organismes locaux, régionaux et nationaux.

Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de remettre des cartes de libération de peine d'emprisonnement future en gage de récompenses décernées aux bons citoyens. Par contre, ils peuvent invoquer le comportement de citoyen irréprochable d'une entreprise comme circonstance atténuante. Les récompenses peuvent se révéler particulièrement efficaces pour inciter le public à assumer sa responsabilité de gardien de la paix de la Reine en encourageant les efforts déployés pour détecter les contrevenants et dénoncer les comportements nuisibles.

CONCLUSION

Les développements en cours ne permettent pas de tirer de conclusions précises. Il est à espérer que l'amélioration du processus de condamnation pour les infractions environnementales se poursuivra. La collaboration de tous les intéressés est nécessaire pour que les tribunaux puissent contribuer au développement d'un processus de condamnation capable de régir les activités exercées dans les sphères privées et publiques qui sont susceptibles de nuire à l'environnement.

Chapitre 25

Responsabilité des administrateurs et des dirigeants en cas de problèmes environnementaux : détermination de la peine et arrêtés réglementaires

Diane Saxe et Meredith James

Le juge en chef Stuart a raison. Durant les quarante années de ma pratique d'avocate, moi aussi « j'ai été extrêmement frustré[e] et attristé[e] par l'échec de notre système juridique à traiter de manière efficace les questions liées à l'environnement ».

Je pourrais affoler et déprimer tout le monde en évoquant la crise climatique, les espèces en voie de disparition et les dernières preuves que nous empoisonnons nos enfants avec des produits chimiques toxiques. Le niveau de la mer monte et les mers se meurent ; les inondations, les sécheresses et les incendies sont plus fréquents, et nous demeurons le peuple qui produit le plus de déchets au monde. Parallèlement à tout cela, notre gouvernement opère des coupes dans la recherche environnementale, la surveillance de l'environnement et les lois environnementales. Des amendes draconiennes sont à notre disposition, mais elles sont rarement appliquées. Et la plupart des dommages à l'environnement qui se produisent autour de nous sont tout à fait légaux.

Je pourrais aussi passer mon temps à me lamenter sur le manque de littérature scientifique et d'intérêt des juges. Nous avons parcouru un long chemin depuis les qualificatifs du style « gendarme des grenouilles et des arbres » qui

m'étaient adressés. Cependant, la plupart des juges devant lesquels je comparais indiquent qu'ils n'aimaient pas le cours de science au collège et ont du mal à comprendre les données scientifiques. Il n'y a pas si longtemps, un juge de la Cour supérieure a refusé d'examiner des éléments de preuve produits au sujet du danger que représente l'essence sur le plan de l'environnement, parce qu'il affirmait ne pas être un « ingénieur chimiste » ! Et dans la même veine, un juge a accepté comme une preuve « valable » un échantillon qui n'était pas reconnu comme une donnée environnementale fiable selon les normes provinciales, nationales et internationales, et a prononcé une condamnation dont je sais qu'elle est erronée.

Il m'arrive souvent de penser que la situation est sans espoir, mais comme Pete Seeger nous le rappelle, je pourrais avoir tort. Car nous sommes fondés à espérer que le droit et les règles applicables à la détermination de la peine peuvent et doivent :

1) jouer efficacement leur rôle dans le maintien d'un équilibre, difficile, mais essentiel, entre le développement économique et la protection de l'environnement ;
2) permettre aux citoyens de s'acquitter directement du devoir fiduciaire qui s'impose à tous de protéger les intérêts des générations actuelles et futures.

Ainsi, qu'est-ce que tout cela signifie pour les administrateurs et les dirigeants qui se présentent devant les tribunaux dans le cadre de dossiers portant sur des questions environnementales ? La mise en accusation d'administrateurs et de dirigeants est de plus en plus fréquente depuis ces dernières années et elle est maintenant chose courante en Ontario et vise en général les administrateurs et dirigeants de petites entreprises.

Les administrateurs et dirigeants peuvent être reconnus coupables d'une infraction environnementale comme tout autre contrevenant, c'est-à-dire comme partie principale ou partie à l'infraction. Cependant, les administrateurs et dirigeants peuvent aussi se retrouver devant les tribunaux alors que ce n'est pas autant justifié sur le plan moral, en raison de lois environnementales rédigées et interprétées de façon large, du recours excessif au pouvoir discrétionnaire de poursuivre et de délais de prescription peu contraignants, voire inexistants. Le défi que pose la détermination de la peine de ces contrevenants consiste à intégrer la complexité du régime de réglementation et les réelles difficultés liées au respect de la loi, à la matrice habituelle des règles de détermination de la peine, tout en gagnant la confiance du public à l'égard de l'ensemble du processus et en demeurant attachés aux principes de justice et de primauté du droit.

La première partie de ce chapitre discute de l'application aux administrateurs et aux dirigeants des principes de détermination de la peine énoncés par le juge en chef Stuart dans l'arrêt *R* c *United Keno Hill Mines Ltd*[1]. La seconde partie traite de l'arrêt plus récent de l'Ontario, *Baker* c *Directeur, ministère de l'environnement*[2] dans lequel un ancien administrateur d'une société mère, complètement innocent, a été tenu personnellement responsable, de façon rétroactive, des frais de plusieurs millions de dollars liés au nettoyage d'un terrain contaminé dans le passé dont une filiale était propriétaire.

DÉTERMINATION DE LA PEINE DES ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS

Les principes régissant la détermination de la peine en matière environnementale

Comme le juge en chef Stuart le dit dans le chapitre précédent [TRADUCTION] « Nous avons parcouru un long chemin depuis *United Keno Hill* ». Les principes fondamentaux qu'il a énoncés dans cette décision sont cependant toujours ceux qui président à la détermination de la peine tant à l'endroit des sociétés qu'à celui de leurs administrateurs et dirigeants[3].

a) *La nature de l'environnement atteint* – Plus l'environnement menacé est sensible, spécial et unique, plus la peine devrait être sévère ;

b) *L'ampleur du dommage causé à l'environnement* – Plus le dommage est grave, plus la peine devrait être sévère. Dans le cadre de nombreuses infractions environnementales, le dommage causé à l'environnement n'est pas un élément nécessaire de l'infraction. En effet, pour ces infractions, l'absence d'un dommage n'est pas une circonstance atténuante, alors que l'existence d'un dommage est un facteur aggravant[4] ;

c) *Le caractère intentionnel de l'infraction* – L'intention de commettre une infraction n'est pas un élément nécessaire à la plupart des infractions environnementales, mais elle constitue un facteur aggravant important. Le fait d'ignorer des avertissements et celui de tenter de dissimuler sont également des facteurs aggravants[5] ;

---

1. 1980 CarswellYukon 9, 1 YR 299, 10 CELR 43 (CTerr Yukon) [*United Keno Hill*].
2. Voir *Baker* c *Directeur, Ministère de l'Environnement*, ERT Case Nos : 12-158 à 12-169 (Tribunal de l'environnement) [*Baker*].
3. *United Keno Hill*, *supra* note 1, p. 48 à 52 ; *R* c *Bata Industries Ltd*, 1992 Carswell Ont 211, 7 CELR (NS) 245, 9 OR (3d) 329, (*R c Bata Industries Ltd (No 2)*) 70 CCC (3d) 394 [*Bata*].
4. *R* c *Shamrock Chemicals Ltd* (1989), 7 WCB (2d) 417 (CP Ont), var'd 9 WCB (2d) 18 (Cour de district).
5. *R* c *Canadian Industries Ltd* (1977), 8 CELR 121 (Cour des magistrats Y) ; *R* c *Panarctic Oils Ltd*, 12 CELR 78, [1983] NWTR 143, 43 AR 199, 3 FPR 429 (CTerr) [motifs supplémentaires à (1982), 12 CELR 29, p. 87 à 88 [1983] NWTR 47, 44 AR 385, 3 FPR 420 (CTerr).

d) *L'attitude de l'accusé* – Dans l'arrêt *R* c *Bata Industries Ltd.*, le juge Ormston de la Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale) a statué que l'attitude de l'accusée pouvait être appréciée en partie à la lumière de trois facteurs[6] :

1. la vitesse à laquelle la société a réagi pour corriger le problème et l'efficacité des mesures prises ;
2. un signalement effectué de plein gré ;
3. la comparution personnelle des dirigeants de la société devant les tribunaux pour exprimer le regret sincère de la société et expliquer les mesures qui seront prises dans le futur afin qu'elle se conforme à la loi.

e) *La taille et les moyens de la société, la nature de ses activités et son pouvoir* – Pour être sûr que les amendes aient un impact et qu'elles ne soient pas traitées comme de simples frais de licence, plus le contrevenant est important et riche, plus l'amende doit être élevée ;

f) *La mesure dans laquelle il y a eu des tentatives de se conformer à la loi* – Toute mesure prise par la société pour empêcher l'infraction est une circonstance atténuante, même si elle ne convient pas pour fonder une défense de diligence raisonnable ;

g) *Remords* – Des mesures rapides et efficaces pour remédier au problème et empêcher qu'il ne réapparaisse sont des circonstances atténuantes importantes, bien que le nettoyage des déversements ne soit que l'exécution de l'obligation juridique incombant à la société. Dans le même ordre d'idée, bien que le fait de signaler un déversement ou un rejet est une obligation juridique indépendante d'une société, il peut être pris en compte au moment d'évaluer les circonstances atténuantes. La comparution personnelle des membres de la haute direction de la société devant les tribunaux, les dédommagements versés à ceux qui ont subi des dommages du fait de l'infraction, et les autres moyens pris pour exprimer des excuses publiques sont aussi une importante indication d'un remords. Dans l'arrêt Bata, le juge Ormstrom a noté ce qui suit : [TRADUCTION] « La question du remords joue un plus grand rôle dans la détermination d'une peine visant un particulier que celle visant une société[7] » ;

h) *Profits réalisés en perpétuant l'infraction* – Si le défendeur a tiré profit de la perpétration d'une infraction, soit parce qu'il a profité d'une élimination de matières résiduelles peu dispendieuse ou a évité

6. *Bata*, *supra* note 3, par 193.
7. *Ibid.*, par 235.

d'effectuer les réparations ou l'achat d'équipements nécessaires, aucune amende n'a un effet dissuasif s'il revient moins cher de payer l'amende que d'observer la loi. Le montant de l'amende qui serait autrement imposée devrait être augmenté du montant des économies réalisées en commettant l'infraction[8];

i) *Casier judiciaire ou autre élément de preuve de bonne moralité* – S'il y a récidive, la peine sera plus sévère, même si la peine en cours n'est pas une « condamnation subséquente » au sens juridique de ce terme.

Les escrocs

Les principes régissant la détermination de la peine en droit de l'environnement n'ont pas, à mon avis, été suffisamment utiles pour punir le nombre relativement restreint d'escrocs qui font fi des règles et de l'environnement, causant parfois d'immenses dégâts. Nous ne punissons pas assez ce genre de contrevenants, et nous avons tendance à ne pas les empêcher de recommencer. Les infractions touchant la faune, par exemple, sont une entreprise de 17 milliards de dollars par an qui est censée être le quatrième poste de profits du crime organisé, après la drogue, le jeu et la migration clandestine. Pourtant, à notre grand embarras, elles sont encore punies par des peines légères[9].

Dans le même ordre d'idée, considérons l'odieux Jim Sinclair[10]. Il a commis l'erreur d'acheter le terrain très contaminé de Bakelite après qu'Union Carbide et d'autres sociétés n'en avaient plus l'usage. Sinclair a été reconnu coupable de 14 chefs d'accusation dans cinq constats d'infraction distincts contrairement à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[11] découlant de ses tentatives de réaménager la propriété. Ses deux sociétés, chacune étant exploitée par un seul homme, ont été condamnées sous 23 chefs d'accusation supplémentaires. Au mépris le plus total des lois environnementales et des arrêtés particuliers pris par le ministère de l'environnement de l'Ontario (« MEO »), il a passé un « bulldozer » pour drainer une zone humide contaminée, libérant des sédiments contaminés aux biphényles polychlorés (BPC) dans la baie de Quinte, contaminant ainsi tout un bassin hydrographique avec des produits chimiques toxiques persistants.

Au procès, le juge de paix a conclu que l'objectif de Sinclair était [TRADUCTION] « de réaliser le plus de travaux possible sur la propriété aussi vite qu'il le pouvait, en espérant créer un tel chaos que les ministères concernés n'auraient pas le temps de l'arrêter et n'auraient d'autre choix que d'accepter de

8. Voir par exemple, *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c O.40, art 188.
9. *R* c *Deslisle*, [2003] BCJ No 662 (CA).
10. *R* c *Sinclair*, 2009 Carswell Ont 4894, 45 CELR (3d) 222 [*Sinclair*].
11. LRO 1990, c O.40 [OWRA].

le laisser faire ce qu'il voulait avec la propriété[12] ». Son attitude a été décrite comme [TRADUCTION] « détestable, abjecte, arrogante, déplorable, insultante, dégradante, belliqueuse, totalement incorrigible et complètement dénuée de toute volonté de collaboration[13] ».

Au procès, Sinclair a été condamné à une amende personnelle de 71 000 $ et à quatre mois de prison ; les deux sociétés ont reçu des amendes totalisant 588 000 $[14]. En appel, les peines imposées aux sociétés ont été réduites de 140 000 $[15], mais la peine imposée personnellement à Sinclair a été confirmée. Comme l'a écrit le juge Rommel G. Masse de la Cour de justice de l'Ontario[16] :

> [TRADUCTION] [La] culpabilité morale de M. Sinclair est assez importante. Il savait que le terrain était contaminé aux BPC. Il a creusé intentionnellement les tranchées pour drainer la zone humide et les marais sachant très bien que ce faisant, les sédiments contaminés aux BPC seraient libérés dans la baie de Quinte. Il voulait ainsi accroître ses profits ou réduire ses coûts. Il a ignoré les avertissements du ministère. Il a complètement fait fi des arrêtés des fonctionnaires provinciaux, du Directeur et même de la Cour. Il a dévasté la zone humide qui se trouvait sur sa propriété sans tenir compte des conséquences de ses actes sur l'environnement. Des dommages ont effectivement été causés à la baie de Quinte et ces dommages, étant donné la toxicité des BPC, étaient importants. Il a nié la toxicité des BPC, même si c'est un fait bien connu. Ses actes ont été délibérés, flagrants et calculés, et se sont étalés sur une longue période. Il n'a exprimé aucun remords. Son attitude à l'égard du personnel du ministère était déplorable et extrêmement insultante. Il n'a fait preuve d'aucune collaboration. Il a agi au mépris le plus total de l'environnement ou de la loi.

Ma question est la suivante : pourquoi une peine aussi légère ? D'autres crimes sont punis de peines de prison plus longues, alors même que l'atteinte à l'intérêt public est bien moindre que celle de Sinclair.

Le bien intentionné

Le cas de M. Sinclair est, fort heureusement, assez inhabituel. Les contrevenants qui agissent comme dans l'arrêt *United Keno Hill* sont plus communs : bien intentionnés, mais pas assez efficaces. La plupart d'entre eux ne sont pas de « mauvaises personnes » ; ils ne sont que des hommes et des femmes qui font de leur mieux pour composer avec de multiples demandes et des ressources limitées, et qui expriment beaucoup de remords lorsque les choses tournent mal.

---

12. *Sinclair*, *supra* note 10, par 20.
13. *Ibid.*, par 110.
14. *Ibid.*, par 4.
15. *Ibid.*, par 127.
16. *Ibid.*, par 134.

Les principes énoncés dans l'arrêt *United Keno Hill* s'appliquent bien aux administrateurs et dirigeants bien intentionnés, mais inefficaces, qu'ils dirigent une petite entreprise familiale ou des sites d'enfouissement, ou des usines sophistiquées exploitées sur de nombreux terrains par un effectif de centaines voire de milliers d'employés. S'ils n'ont pas fait autant qu'ils auraient dû et qu'un dommage est causé à l'environnement, il n'est que juste qu'ils doivent en assumer les conséquences.

Mais on doit se garder de juger trop vite.

La loi impose maintenant à ces personnes le devoir de prendre des mesures raisonnables pour que leur entreprise se conforme à l'éventail ahurissant de lois environnementales, et aux lois sur la santé et la sécurité au travail et bien d'autres lois. Ces obligations figurent à certains articles comme le paragraphe 280.1 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[17] :

> 280.1(1) Les dirigeants et administrateurs de toute personne morale font preuve de la diligence voulue pour faire en sorte que celle-ci se conforme :
>
> (a) à la présente loi et à ses règlements, exception faite de la section 3 de la partie 7 et de ses règlements d'application ;
>
> (b) aux ordres, directives, interdictions et obligations qui émanent du ministre, des agents de l'autorité ou des réviseurs, exception faite de ceux qui sont liés aux obligations ou aux interdictions visées par cette section ou par ses règlements d'application.
>
> […]
>
> Devoirs des dirigeants et administrateurs – Section 3 de la Partie 7
>
> (3) En cas de perpétration par une personne morale d'une infraction qui résulte de la contravention à la section 3 de la partie 7 ou aux règlements pris sous le régime de cette section, ou qui résulte de la contravention aux ordres, directives, interdictions ou obligations qui émanent du ministre, des agents de l'autorité ou des réviseurs et qui sont liés aux obligations ou aux interdictions visées par cette section ou par ces règlements, chacun de ses dirigeants ou administrateurs qui a dirigé ou influencé ses orientations ou ses activités relativement aux faits reprochés est considéré comme coauteur de l'infraction et encourt la peine prévue pour une personne physique, que la personne morale ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable.

Lorsqu'un malheur arrive, il est évident qu'il le peut et arrivera. Entretemps, ce malheur particulier n'en est qu'un parmi des milliers, voire des dizaines de milliers de situations qui peuvent mal tourner, et ces malheurs ne sont pas tous évitables. Pouvoir démontrer qu'un processus raisonnable visant à repérer et à éliminer les dangers a été mis en place devrait être un moyen de

17. Lequel est fondé sur l'art 194 de la LPE, *supra* note 8.

défense ; puisqu'il n'a pas été accepté comme un moyen de se décharger de sa responsabilité[18], il doit être considéré comme un facteur important dans le cadre de détermination de la peine.

De nombreuses infractions environnementales sont perpétrées sans qu'on puisse imposer un blâme. Par exemple, nous connaissons un dirigeant très motivé qui a été appelé à l'un des nombreuses usines de fabrication dont il est responsable, à la fin d'une longue journée de travail durant une tempête. Il découvre qu'une pompe de puisard située dans le sous-sol est en panne et que le bâtiment a été inondé. Des eaux usées contaminées s'échappent du bâtiment, mais il pense que le déversement est contenu sur le terrain. Ce n'est que quelques heures plus tard qu'on lui dit que le liquide s'est échappé du terrain et se dirige vers une crique avoisinante. Il s'avère que les drains qui devaient contrôler le liquide sur le terrain ont gelé en raison de la rudesse du climat. Il travaille sans relâche à contenir l'inondation et appelle plusieurs fois pour obtenir un camion-vidange. Le fournisseur ne cesse de lui promettre qu'il le rappellera, mais il est très occupé en raison de la tempête et ne se présente que le matin suivant. La plupart des membres du personnel de sa société sont rentrés chez eux, et il ne lui reste qu'une très petite équipe pour l'aider à résoudre le problème. Au moment où il appelle le numéro d'urgence du Centre d'intervention en cas de déversement, le déversement est déjà vieux de quelques heures. Il est accusé d'avoir omis de signaler le déversement.

Techniquement, oui, il aurait probablement dû appeler plus tôt le Centre d'intervention en cas de déversement. Mais sa culpabilité morale est d'une nature entièrement différente et de moins grande envergure que celle de M. Sinclair. Et il est déjà l'une des personnes les plus consciencieuses que nous connaissions.

Ce dirigeant peut choisir de plaider coupable sans tenter d'opposer une défense de diligence raisonnable, car il n'a pas les moyens de se battre. Monter toute une défense à une mise en accusation en matière environnementale coûte incroyablement cher. Outre les frais et honoraires juridiques, une telle défense exige la production d'éléments de preuve d'ordre technique préparés par des experts. Si sa société ne paie pas les frais, lui n'en a certainement pas les moyens.

Le bien intentionné, mais confus

Les principes énoncés dans l'arrêt *United Keno Hill* doivent être appliqués avec précaution lorsque les organismes de réglementation ne sont pas en mesure de décider quelle loi environnementale appliquer et comment la respecter.

18. *R* c *Imperial Oil*, 2000 BCCA 553.

Malheureusement, nous passons beaucoup de temps sur des dossiers comme ceux-là.

En appliquant les critères c) et f), le caractère délibéré de l'infraction et l'ampleur des tentatives de se conformer à la loi, je voudrais voir les juges porter davantage attention au caractère vague et impénétrable d'un grand nombre d'exigences environnementales, et la conduite souvent imparfaite des organismes de réglementation et d'autres organismes publics. Ces questions devront être examinées dans le cadre de la détermination de la peine, parce que la Cour suprême a refusé qu'elles soient examinées dans le cadre de l'examen d'une défense de diligence raisonnable.

Par exemple, dans l'arrêt *Dynamitage Castonguay Ltée* c *Ontario (Environnement)*[19], le défendeur a signalé la projection dans les airs d'éclats de roc comme l'exigeait le propre contrat de la province, et à la satisfaction de l'administrateur supervisant le contrat de la province. Le MEO n'a jamais formellement abordé l'industrie du dynamitage ni demandé à être avisé de la projection dans les airs d'éclats de roc. Il a seulement commencé à couvrir le sujet en signifiant une assignation. Il s'agit d'une piètre façon d'exercer le pouvoir de réglementation.

Dans de nombreux autres cas, le MEO a délivré des permis assortis de conditions qu'il sait qu'elles ne peuvent pas être respectées, comme exiger d'une installation de compostage de maintenir une « pression négative de 100 % », lorsqu'il est inévitable que la pression varie lorsqu'il y a un coup de vent. Dans un autre dossier, le MEO prétendait qu'une remorque pleine de « déchets solides » était contraire à la loi lorsqu'il pleut, car dans ce cas du liquide pénètre les déchets chargés sur la remorque. Qu'en est-il du fait que les déchets étaient transportés pour être enfouis dans un site d'enfouissement où il pleuvait aussi ? Non pertinent, a tranché le MEO.

De nombreux règlements et approbations en matière environnementale sont vagues, comportent beaucoup de zones grises qui laissent place à des points de vue différents même entre personnes raisonnables. Cela fait longtemps que nous recommandons que les entités réglementées écrivent aux organismes de réglementation pour leur expliquer ce qu'ils comprennent et exiger une réponse si l'organisme de réglementation n'est pas d'accord. La Cour suprême vient de rejeter cette approche pratique, tout en n'offrant rien d'autre à la place.

Dans *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale* c *Autorité des marchés financiers*[20], la Cour suprême a rendu le respect d'une réglementation ambiguë

19. 2013 CSC 52.
20. 2013 CSC 63 [*La Souveraine*].

plus difficile que jamais, en statuant qu'il ne suffit pas de faire des efforts honnêtes pour comprendre une loi (même si elle prête à confusion).

La Souveraine était une compagnie d'assurance de l'Alberta dûment inscrite auprès de l'Autorité des marchés financiers (AMF) du Québec pour vendre des produits d'assurance. Elle a été reconnue coupable de 56 constats d'infraction pour avoir offert ses produits par l'intermédiaire d'un courtier non inscrit, chaque chef d'accusation donnait lieu à une amende minimale de 10 000 $.

Avant que les constats d'infraction ne soient déposés, La Souveraine a transmis à l'AMF une explication écrite des raisons pour lesquelles elle pensait que le courtier n'avait pas besoin de détenir un permis. L'AMF n'a pas répondu, laissant La Souveraine penser que ses explications avaient été acceptées. Puis les 56 constats d'infraction ont été déposés, assortis d'une amende minimale de 560 000 $. L'AMF a puni La Souveraine bien plus sévèrement que le courtier contrevenant, un résident du Québec. La Cour suprême du Canada a confirmé toutes les condamnations, bien qu'elle ait exprimé une certaine sympathie pour l'erreur commise par La Souveraine.

La Cour a rejeté l'argument de La Souveraine selon lequel elle devrait reconnaître une erreur de droit raisonnable dans la vaste mosaïque des infractions réglementaires. « Plus spécifiquement [La Souveraine] demande la reconnaissance de cette défense dans les cas où l'ignorance raisonnable ou la confusion honnête au sujet du droit applicable est intimement liée au comportement abusif d'un organisme de réglementation[21] ». Et la Cour de conclure ce qui suit sur ce point[22] :

> Notre Cour a maintes fois affirmé que la diligence raisonnable déployée par un défendeur pour connaître et vérifier la nature du droit applicable ne constitue pas un moyen de défense.
>
> […]
>
> Néanmoins, il convient de souligner que l'absolutisme de la règle *ignorantia juris non excusat* – l'ignorance de la loi n'excuse pas – pourrait entraver sérieusement l'application d'une autre règle cardinale de notre système de justice pénale : il ne saurait y avoir de sanction en l'absence de faute. Le chevauchement de ces règles est d'autant plus significatif que l'on assiste aujourd'hui à une prolifération simultanée de mesures réglementaires et de lois pénales. Plusieurs auteurs soulignent d'ailleurs que la connaissance exhaustive des lois par le citoyen est maintenant chose impossible […]
>
> […] [d]es tensions inévitables résult[e]nt de la place sans cesse croissante qu'occupent les mesures réglementaires. Ces mesures sont indispensables pour la mise

21. *Ibid.*, par 67.
22. *Ibid.*, par 68, 71, 73 à 74 75, 78 à 79.

> en œuvre des politiques d'intérêt public. La règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une défense valable appuie le devoir de l'État à cet égard. Pour cette seule raison, elle doit être respectée.
>
> En même temps, force est de constater que l'accroissement du nombre de textes légaux, conjugué à leur complexité grandissante, augmente le risque qu'un justiciable soit sanctionné dans des circonstances où la méconnaissance de la loi pourrait par ailleurs être compréhensible.
>
> […]
>
> L'organisme de réglementation en cause dans cette affaire, à savoir l'AMF, n'est pas tenu par la loi de répondre ou de renseigner ceux et celles visés par cette loi quant à leurs droits et obligations, si bien qu'en l'espèce, il n'était pas raisonnable pour l'appelante de considérer le silence de l'AMF en tant que confirmation de son interprétation de ladite loi. Cela dit, l'attitude de l'AMF laisse néanmoins songeur. Néanmoins, sans témoigner de la plus grande transparence qui doit normalement guider les actions d'un organisme de réglementation et aussi regrettable qu'elle puisse être, l'attitude de l'AMF ne saurait en l'espèce être assimilée à de l'abus ou de la mauvaise foi de sa part.
>
> De plus, même si la conduite de l'AMF était vexatoire au point de justifier la reconnaissance d'une nouvelle exception à la règle relative à l'ignorance de la loi, solution à laquelle je ne peux conclure en l'espèce, je suis d'avis que les gestes posés par l'appelante afin d'éviter d'enfreindre la loi ne satisfont pas aux exigences de la défense de diligence raisonnable. L'appelante s'est fiée uniquement aux avis juridiques fournis par des professionnels agissant pour le compte d'un tiers, à savoir Flanders au Manitoba. Une personne raisonnable aurait au moins sollicité une opinion indépendante d'un avocat inscrit au Barreau du Québec et exerçant préférablement dans le domaine du droit des assurances. Quoi qu'il en soit, dans le présent cas, l'appelante n'a pas démontré qu'elle a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de contrevenir à la loi.

La Cour suprême a laissé la porte ouverte à l'idée que peut-être, dans des affaires ultérieures, une erreur de compréhension d'un régime de réglementation complexe pourrait constituer une défense. En attendant, toutefois, cette question ne peut être traitée qu'au moment de la détermination de la peine.

Dans le cas de La Souveraine, les juges étaient préoccupés par le fait que l'AMF avait eu la main lourde en déposant 56 constats d'infraction, assortis chacun d'une amende minimale de 10 000 $, alors qu'un seul constat d'infraction aurait constitué une sanction suffisante et plus juste aux efforts honnêtes de La Souveraine de comprendre la loi. Trois des juges auraient ramené les 56 constats d'infraction à un seul ; les autres ont décidé de ne pas intervenir, car la question n'avait pas été entièrement débattue devant les tribunaux précédents. La combinaison d'amendes minimales élevées et d'un procureur vindicatif peut mener à l'imposition d'un fardeau déconcertant et injustifié. J'espère que les juges feront usage de leur pouvoir discrétionnaire au

moment de la détermination de la peine pour éviter d'imposer à des sociétés comme La Souveraine des amendes déraisonnablement élevées.

ARRÊTÉ DES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION : PUNIR LES ADMINISTRATEURS ET DIRIGEANTS INNOCENTS

Les arrêtés pris en matière environnementale ne sont pas censés être punitifs. Ils visent à assurer la protection de l'environnement. Toutefois, ceux qui imposent des frais de nettoyage exorbitants à un innocent peuvent certainement être perçus comme une punition par celui qu'ils visent, et ils sont, d'instinct, tellement injustes qu'ils peuvent sérieusement éroder le contrat social. Ceci est particulièrement vrai dans de nombreux cas où une partie innocente n'a pas de chances raisonnables d'être dédommagée, précisément parce que le pollueur initial est décédé ou n'est pas solvable.

Un exemple de ce genre de situation est l'arrêt *Baker* c *Directeur (ministère de l'environnement)*[23]. Au début des années 1960, les solvants chlorés et le chrome utilisés dans un lieu de fabrication de Cambridge, en Ontario, ont fini par contaminer le sol et les eaux souterraines du terrain et de la propriété voisine. Il y avait également une source d'émission de trichloroéthylène (TCE) dans les environs.

En 1985, Northstar Aerospace Inc. (Canada) (Northstar Canada) achète le terrain, sans savoir qu'il avait été contaminé. Aucun élément de preuve n'a permis d'établir qu'il y avait eu une contamination aux solvants chlorés pendant que Northstar Canada a été propriétaire du terrain.

En 2004, Northstar Canada découvre que le terrain a été contaminé par le passé et que cette contamination pose des risques à la santé de l'être humain et à l'environnement. La société commence alors de son propre chef une vaste remise en état. Malheureusement, des difficultés financières après 2008 ont obligé la société à délaisser le terrain de Cambridge, lequel est vacant dès 2009. En août 2012, la société fait faillite et sa société mère (Northstar Inc.) insolvable, mise sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC), n'a plus d'actif. Tous les administrateurs démissionnent.

Le MEO reprend la remise en état. Il tente de faire passer sa créance avant les créanciers garantis des deux sociétés, mais il perd en appel[24]. Il s'adresse ensuite aux anciens administrateurs et dirigeants des deux sociétés, peut-être dans l'espoir de faire saisir la charge des administrateurs de 1,75 M $ mise en place dans le cadre de la LACC.

---

23. *Baker*, *supra* note 2.
24. *Northstar Aerospace Inc (Re)*, 2013 ONCA 600.

En novembre 2012, le MEO délivre un arrêté ordonnant à 13 anciens administrateurs et dirigeants (le groupe des anciens administrateurs et dirigeants) de Northstar Canada et de sa société mère de faire nettoyer le terrain. Notre client, M. Baker n'avait siégé qu'au conseil d'administration de la société mère, et ne s'était joint à ce conseil qu'après que toutes les activités de fabrication sur le terrain de Cambridge eurent cessé. Il était absolument clair qu'aucune contamination n'avait eu lieu pendant qu'il était administrateur. En fait, la seule chose qui s'était passée pendant son mandat était que la filiale avait dépensé beaucoup d'argent emprunté à effectuer une remise en état efficace, jusqu'au jour de sa faillite.

J'estime que l'ordonnance prononcée à l'endroit de M. Baker était à tous égards illégale.

Le MEO fondait son pouvoir de délivrer l'arrêté sur l'article 18 de la loi intitulée *Loi sur la protection de l'environnement* (Ontario) qui permet qu'un arrêté de prévention soit pris à l'endroit « d'une personne qui est ou était propriétaire d'une entreprise ou d'un bien, qui en assure ou en assurait la gestion ou qui en a ou en avait le contrôle[25] ». Le MEO alléguait que cette disposition l'autorisait à prendre des arrêtés pour ordonner le nettoyage à toute personne qui a déjà été propriétaire ou dirigeant d'une « entreprise ou d'un bien », ou a déjà eu le contrôle, de manière directe ou indirecte, peu importe la faute ou le moment de la contamination.

La prétention du MEO reposait sur deux arguments principaux.

Tout d'abord, la Cour d'appel de l'Ontario a statué dans *Kawartha Lakes (City)* c *Ontario (Environment)*[26], que les arrêtés prévus à l'article 18 peuvent obliger un innocent à nettoyer une contamination causée par d'autres. Dans cette affaire, il a été interdit au propriétaire innocent de démontrer à qui était la faute, car c'était « non pertinent » en ce qui concerne l'arrêté délivré à la Ville. La loi conférait à la Ville le droit d'ajouter le coût du nettoyage aux impôts du propriétaire foncier responsable.

Ensuite, dans des arrêts antérieurs, le Tribunal de l'environnement de l'Ontario a confirmé des arrêtés pris aux termes de l'article 18 à l'endroit de certains administrateurs qui étaient en faute parce qu'ils étaient les âmes dirigeantes de sociétés privées et n'avaient pas fait preuve de diligence raisonnable au moment de la survenance du dommage à l'environnement. Le Tribunal de l'environnement a créé une présomption réfragable selon laquelle ces administrateurs géraient et contrôlaient personnellement les actifs d'une société.

---

25. *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c E.19, art 18.
26. 2013 ONCA 310 [*Kawartha Lakes*].

Toutefois, quelque suspecte sur le plan juridique qu'il puisse paraître, le résultat obtenu était un peu l'affirmation du principe « pollueur payeur[27] ».

Les anciens administrateurs et dirigeants de Northstar ont porté l'arrêté en appel devant le Tribunal de l'environnement. Leur demande de suspension de l'arrêté de nettoyage en attente de leur appel a été refusée, si bien qu'ils étaient obligés de payer des frais de mise en conformité d'environ 100 000 $ par mois, en plus des frais juridiques et d'expert exigés pour l'appel. En outre, même s'ils réussissaient à prouver qu'ils n'avaient pas le « contrôle » du bien ou de l'entreprise, et que l'arrêté avait été par conséquent délivré sans compétence, il n'existait aucun mécanisme aux termes de la *Loi sur la protection de l'environnement* leur permettant de récupérer ces frais. En d'autres termes, ils pouvaient raisonnablement s'attendre à dépenser 5 M $ en frais de mise en conformité irrécouvrables durant l'appel, frais qu'ils ne seraient pas en mesure de récupérer même s'ils gagnaient en appel.

M. Baker et les autres s'attendaient raisonnablement à ce que les tribunaux infirment éventuellement l'arrêté illégal qui avait été pris à leur endroit. Mais étant donné la contrainte financière délibérément créée par la *Loi sur la protection de l'environnement* et le Tribunal de l'environnement, le recours aux tribunaux s'avérait inutile.

En définitive, M. Baker et les autres ont choisi de régler le dossier avant qu'il ne soit entendu par le Tribunal de l'environnement au coût de 4,75 M $, plus les 800 000 $ déjà payés pour se conformer à la loi en attendant l'appel. L'incidence financière de cet arrêté réglementaire est bien plus grande que toute amende environnementale imposée à une personne, et pourtant il a été pris sans examen des facteurs qui s'appliquent généralement dans le cadre de la détermination de la peine en matière environnementale.

La « justification » avancée pour un tel résultat injuste est celle de l'importance de la protection de l'environnement, comme l'indique la Cour d'appel de l'Ontario dans *Kawartha Lakes*[28] :

> [TRADUCTION] Dans cette affaire, tout le monde s'entend sur le fait que l'appelant est innocent de toute faute à l'égard du déversement. Je suis d'accord avec le Tribunal et la Cour divisionnaire que la preuve que d'autres sont responsables du déversement n'est pas pertinente à la question de savoir si l'arrêté pris à l'endroit de l'appelant devait être révoqué. Cet arrêté n'est pas fondé sur la faute. *Il n'est pas*

27. Voir aussi *Currie* c *Directeur, ministère de l'Environnement*, 2011 CarswellOnt 5580, 60 CELR (3d) 91 ; *Caltex Petroleum Inc* c *Ontario (Director, Ministry of Environment & Energy)* (1995), 1995 CarswellOnt, 5348 (Environmental App Bd) ; *P & L Tire Recycling Inc* c *Ontario (Director, Ministry of the Environment)* (1992), 1992 CarswellOnt, 5001 (Com App Env).
28. *Kawartha Lakes*, *supra* note 26, par 19-20 [nos italiques].

> *fondé sur la conclusion de l'existence d'une faute de la part de l'appelant, mais plutôt sur la nécessité d'atteindre l'objectif de protection de l'environnement de la législation.*
>
> Le tribunal devait décider si le fait de révoquer l'arrêté du Directeur servirait cet objectif. Pour répondre à cette question, il n'est pas utile de se pencher sur la question de savoir si d'autres personnes sont responsables du déversement. La preuve de la faute d'autrui n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de savoir comment protéger l'environnement et atteindre l'objectif législatif si l'arrêté du Directeur est révoqué. En effet, en invitant le Tribunal à se livrer à un exercice de chasse à la faute, autoriser le dépôt d'éléments de preuve pourrait même empêcher de répondre à la question dans le délai qu'impose cet objectif législatif.

Imposer des frais de nettoyage à un innocent revient à une infraction de responsabilité absolue – l'accusé peut être « moralement innocent sous tous rapports » et pourtant subir d'énormes pertes financières. Comme la Cour suprême du Canada l'a bien expliqué dans le fameux arrêt *R* c *Sault Ste Marie*, certains avancent que la responsabilité absolue s'impose parce qu'elle est « efficace » et peut-être parce qu'elle peut faire en sorte que « les personnes qui poursuivent certaines activités respectent des normes élevées de diligence et de prudence ». En réalité, imposer une responsabilité absolue à un innocent heurte notre sens de la justice, et il est peu probable que cela permette d'améliorer les comportements[29] :

> On avance des arguments plus convaincants contre la responsabilité absolue. Le plus sérieux est qu'elle viole les principes fondamentaux de la responsabilité pénale ; de plus, elle repose sur des présomptions qui n'ont pas été établies de façon empirique, et ne peuvent pas l'être. Rien ne prouve que la responsabilité absolue incite à une plus grande prudence. Si une personne prend déjà toutes les précautions raisonnables, prendra-t-elle d'autres mesures, sachant que de toute façon, elle ne pourra pas les faire valoir en cas d'infraction ? Sa condamnation aura-t-elle sur elle ou sur d'autres un effet dissuasif si elle a fait preuve de prudence et de compétence ? L'injustice d'une condamnation les conduira-t-elle, elle et les autres, au cynisme et à l'irrespect de la loi ? Voilà quelques questions que l'on pose. L'argument selon lequel il n'y a pas de flétrissure ne résiste pas à l'analyse, car l'accusé aura perdu du temps, encouru des frais judiciaires, il aura été soumis à la procédure criminelle au cours d'un procès et aura subi l'opprobre d'une condamnation, même si l'on en minimise la portée. Il ne suffit pas de dire que l'intérêt public est en jeu et que, par conséquent, la responsabilité peut être retenue même en l'absence de faute […]

Le juge en chef Stuart a raison : nous avons besoin d'assurer la stricte application des lois environnementales et d'imposer des peines qui fassent réfléchir. Mais je vous demande aussi de vous mettre à la place d'un défendeur qui est administrateur ou dirigeant avant de déterminer une peine. Est-ce que

29. *R* c *Sault Ste Marie* [1978] 2 RCS 1299, p. 1311-1312.

cette personne pouvait raisonnablement savoir ce qu'on attendait d'elle avant que le problème ne survienne ? Quelle peine cette personne mérite-t-elle vraiment ? Les organismes de réglementation ou les autres parties sont-ils en tort ? La protection de l'environnement est essentielle, mais la justice et la primauté du droit sont tout aussi importantes. En quelque sorte, ils sont tous nécessaires.

Chapitre 26

La *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales* – l'imposition de peines dans le contexte d'infractions environnementales

Rebecca Moore

Avertissement : *Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne correspondent pas nécessairement à celles d'Environnement Canada ni du gouvernement du Canada.*

La *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales* (LCALE) modifie les régimes de peine et les dispositions relatives à la détermination des peines de neuf lois fédérales sur l'environnement[1]. La majeure partie de la LCALE est entrée en vigueur le 10 décembre 2010, apportant trois principaux changements. 1) Elle précise le contexte de l'imposition de la peine en codifiant les objectifs fondamentaux de la détermination

1. *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales*, LC 2009, c 14 [*LCALE*] modifiant la *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, LC 2003, c 20 [*LPEA*] ; la *Loi sur les aires marines de conservation du Canada*, LC 2002, c 18 [*LAMCC*], la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, LC 2000, c 32 [*LPNC*] ; la *Loi sur les espèces sauvages au Canada*, LRC 1985, c W-9 [*LEP*] ; la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33 [*LCPE 1999*] ; la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, LRC 1985, c I-20 [*LOACEI*] ; la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, LC 1994, c 22 [*LCOM*] ; la *Loi sur le parc marin du Saguenay-Saint-Laurent*, LC 1997, c 37 [*LPMSS*] ; la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, LC 1992, c 52 [*WAPPRIITA*]. Par souci de clarté, les notes de bas de page renvoyant à des dispositions de la *LCALE* serviront comme notes discursives portant sur les modifications apportées par celle-ci aux neuf lois fédérales sur l'environnement qu'elle modifie. Les notes de bas de page renvoyant à la *LPEA*, à la *LAMCC*, à la *LPNC*, à la *LEP*, à la *LCPE 1999*, à la *LOACEI*, à la *LCOM*, à la *LPMSS* et à la *WAPPRIITA* serviront de notes discursives portant sur ces lois, dans leur version antérieure à la *LCALE* (soit avant le 10 décembre 2010 dans la plupart des cas).

des peines liées à des infractions environnementales, en dégageant les principes de base de l'imposition des peines et en établissant une série de circonstances aggravantes dont le tribunal doit tenir compte dans l'établissement du quantum des amendes. 2) Elle uniformise les types d'amendes des neuf lois modifiées en établissant des échelles d'amendes selon les types de contrevenants, en augmentant les amendes maximales et en instituant des amendes minimales obligatoires pour des contraventions précises. 3) Elle dote les tribunaux d'un plus large éventail de pouvoirs d'ordonnance judiciaire.

IMPOSITION DE PEINES POUR INFRACTION ENVIRONNEMENTALE : OBJECTIFS, PRINCIPES ET CIRCONSTANCES

Avant l'adoption de la LCALE, la peine pour infraction environnementale était déterminée selon un ensemble de principes, d'objectifs et de facteurs énoncés dans le *Code criminel*[2], la jurisprudence et, plus rarement, dans la loi sur l'environnement sur laquelle l'accusation est fondée. Le *Code criminel* constituait le principal outil servant à guider les tribunaux quant aux buts à atteindre et aux principes à appliquer dans la détermination des peines, en soulignant les principaux objectifs des sanctions, à savoir la dissuasion, la dénonciation et la réparation, ainsi que les principes fondamentaux de la détermination de la peine, comme la proportionnalité et la parité[3]. Toutefois, vu la nature distincte des infractions environnementales, les tribunaux ont admis la nécessité d'adopter une « approche particulière[4] » pour la détermination des peines en matière environnementale tenant compte de l'importance de l'objectif de protection du public et de l'environnement des lois sur l'environnement. Aux fins de cette approche particulière, les tribunaux ont relevé des objectifs de l'imposition de peines en matière environnementale, comme la protection de l'environnement[5], et ils ont établi des critères de détermination précis à l'aune desquels ces considérations prédominantes devraient être interprétées ou appliquées, notamment, 1) la culpabilité du contrevenant, 2) le casier judiciaire de ce dernier, 3) la manifestation d'un remords du contrevenant, 4) la nature du préjudice causé à l'environnement, 5) l'envergure et la situation financière du contrevenant, 6) les tentatives entreprises pour se conformer à la législation et 7) les bénéfices tirés[6].

---

2. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718 à 718.21.
3. *Ibid.*
4. *R c Kenaston Drilling (Arctic) Ltd* [1973] 41 DLR (3e) 252 (NWT SC). Voir également *R c United Keno Hill Mines Ltd* [1980] 10 CELR 43 au par 6, 1 YR 299 (Yuk Terr Ct) [*United Keno*] ; *R c Terroco Industries Ltd*, 2005 ABCA 141, par 34, 367 AR 1 [*Terroco*].
5. Voir, par ex, *R* c *Corner Brook Pulp and Paper Ltd* [2010] NJ No 206, par 15 (sur CanLII seulement) [*Corner Brook*].
6. *United Keno*, *supra* note 4, par 11 à 37. Voir également *Terroco*, *supra* note 4, par 34 à 64.

En règle générale, l'approche adoptée par les tribunaux consistait à évaluer les circonstances pertinentes eu égard à chaque critère et à fixer le montant de l'amende selon que les circonstances à l'étude étaient jugées aggravantes, atténuantes ou neutres[7]. Cependant, chaque critère ou objectif n'était pas toujours interprété uniformément ni le poids qui lui était accordé, nécessairement le même dans chaque cas[8]. Les modifications apportées par la LCALE règlent ce problème en énonçant l'objet premier et les principaux objectifs de la détermination des peines, en codifiant les critères de détermination et en imposant une façon de les appliquer[9].

Objectif premier de la détermination de la peine en vertu de la LCALE

Selon la LCALE, l'objectif premier de la détermination des peines est de voir au respect des lois sur l'environnement en imposant des sanctions justes dont les objectifs sont la dissuasion, la dénonciation et l'assainissement ou le rétablissement[10]. Essentiellement, la loi codifie l'objectif de protection de l'environnement ou du public reconnu par la jurisprudence et elle reformule les objectifs énoncés dans le *Code criminel* les plus communément évoqués pour l'imposition de peines en matière environnementale[11]. Les modifications apportées par la LCALE énoncent clairement que le respect des lois sur l'environnement, et par conséquent la protection de l'environnement, constitue l'objet premier de la sanction et non un objectif parmi d'autres devant entrer en ligne de compte selon le cas en instance.

Principes de détermination des peines et circonstances aggravantes prévus par la LCALE

Les modifications apportées par la LCALE incitent les tribunaux à examiner la possibilité d'augmenter les amendes pour tenir compte, non seulement de chacune des circonstances aggravantes, mais également de la gravité de chacune de ces circonstances. Les modifications de la LCALE dressent une liste non exhaustive des circonstances aggravantes.

a) L'infraction a causé un dommage ou présenté un risque de dommage à l'environnement ou à la qualité de celui-ci.

---

7. Voir, par ex, *R* c *Domtar*, [1998] OJ No 6408 (CJ), par 5 [*Domtar*].
8. *Ibid.,* par 4, 12 et 28. Comparer avec *Corner Brook*, *supra* note 5, par 15.
9. Prendre note que les arts 48, 102, 122 de la *LCALE* ne sont toujours pas entrés en vigueur. Ces dispositions modifient les dispositions relatives à la détermination des peines de la *LCOM*, de la *LEP* et de la *WAPPRIITA*.
10. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
11. *Ibid.* Voir également *supra* note 2.

b) L'infraction a causé un dommage ou un risque de dommage à un élément de l'environnement unique, rare ou particulièrement important ou vulnérable.

c) L'infraction a porté atteinte ou présenté un risque d'atteinte à la santé humaine.

d) L'infraction a causé un dommage ou une atteinte considérable, persistant ou irréparable.

e) Le contrevenant a agi de façon intentionnelle ou insouciante.

f) Le contrevenant a omis de prendre des mesures raisonnables pour empêcher la perpétration de l'infraction malgré sa capacité financière de le faire.

g) Le contrevenant, en commettant l'infraction ou en omettant de prendre des mesures pour empêcher sa perpétration, a accru ses revenus ou a réduit ses dépenses, ou avait l'intention de le faire.

h) Le contrevenant a commis l'infraction bien qu'il ait reçu de l'agent de l'autorité un avertissement l'informant de la situation ayant par la suite donné lieu à l'infraction.

i) Le contrevenant a dans le passé accompli des actes contraires aux lois fédérales ou provinciales visant la conservation ou la protection de l'environnement ou des espèces sauvages.

j) Le contrevenant, après avoir commis l'infraction :

   (i) a tenté de dissimuler sa perpétration,

   (ii) a omis de prendre rapidement des mesures afin d'empêcher ou d'atténuer les conséquences de l'infraction, ou encore d'y remédier,

   (iii) a omis de prendre rapidement des mesures pour réduire le risque que des infractions semblables soient commises[12].

Il est à noter que les modifications de la LCALE disposent expressément que l'absence d'une circonstance aggravante donnée ne représente pas pour autant une circonstance atténuante[13]. Cette précision va à l'encontre de l'approche généralement adoptée par les tribunaux, qui classent les critères de détermination de la peine en circonstances aggravantes, atténuantes ou neutres[14].

12. *Ibid.*, *LCALE*.
13. *Ibid.*
14. Voir, par exemple, *Terroco*, *supra* note 4, par 34 à 64.

Nature du préjudice causé à l'environnement

Les quatre types de circonstances aggravantes prévus par les modifications de la LCALE[15] codifient les éléments des circonstances relatives au préjudice à l'environnement élaborés par la jurisprudence[16], établissant clairement que tant le préjudice réel que le préjudice potentiel causé à la santé humaine et à l'environnement devraient être considérés comme des circonstances aggravantes, tout comme le dommage causé à des écosystèmes exceptionnels. Un dommage important constitue également une circonstance aggravante.

Comme le précisent clairement les dispositions modificatrices de la LCALE, l'absence de ces éléments ne constitue pas des circonstances atténuantes, ce qui est conforme à l'analyse du juge Ritter dans l'affaire *Terroco*, qui souligne qu'une amende ne devrait pas être diminuée du seul fait que le préjudice ne s'est pas concrétisé[17] et qu'en plus d'avoir pour objectif de dissuader, l'amende s'inscrit dans l'objet premier d'assurer le respect des lois sur l'environnement et, du coup, la protection de l'environnement.

Culpabilité

Dans leur analyse de la culpabilité du contrevenant, les tribunaux évaluent l'intention de celui-ci, la prévisibilité du danger et la facilité avec laquelle le danger aurait pu être écarté[18]. La LCALE codifie ces éléments en disposant que les infractions commises intentionnellement ou par insouciance ou les contraventions qui auraient pu être évitées en prenant des mesures raisonnables constituent des circonstances aggravantes[19]. Les tentatives de dissimulation constituent également des circonstances aggravantes selon les modifications de la LCALE.

Contrairement à l'approche adoptée dans la jurisprudence qui déclare que « plus le contrevenant s'est montré vigilant, plus la peine appropriée sera clémente[20] », les modifications de la LCALE précisent que l'absence d'intention coupable ou d'insouciance ne constitue pas une circonstance atténuante. La LCALE ne permet plus de réduire le montant de l'amende au motif que la contravention a été commise accidentellement ou sans intervention aucune du contrevenant. Cette codification est conforme à l'objectif premier d'assurer le respect des lois sur l'environnement et, partant, de protéger l'environnement, de même que de veiller à ce que les lieux soient remis en état.

---

15. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
16. *United Keno*, *supra* note 4 aux par 11 à 13; *Terroco*, *supra* note 4, par 45 à 51.
17. *Ibid.*, *Terroco*, par 45 à 51.
18. *Ibid.*, voir, par exemple, par 55 et 36.
19. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
20. *Terroco*, *supra* note 4, par 35.

Casier judiciaire et démêlés passés avec les autorités

Selon la LCALE, si le contrevenant ignore l'avis d'infraction d'un agent de l'autorité ou a des antécédents de non-conformité à la législation sur l'environnement fédérale ou provinciale, il s'agit d'une circonstance aggravante. Il s'agit essentiellement d'une codification de la jurisprudence, selon laquelle ce type de comportement revient à accorder la priorité aux bénéfices sur le respect de la loi[21], qui soutient les objectifs de dissuasion et de dénonciation.

Assainissement, remise en état et mesures préventives

Les tribunaux estiment que les mesures de réparation de l'infraction, comme l'assainissement et l'atténuation du dommage, et les mesures préventives vues à travers le prisme du remords sont jugées comme étant des circonstances atténuantes, sauf décision contraire[22]. Par exemple, si le préjudice est attribuable à une infraction qui était prévisible, les tribunaux ont indiqué que le fait de prendre des mesures préventives après la commission de l'infraction ne devrait pas être assimilé à une circonstance atténuante. De même, le fait de procéder à un assainissement dans le but de dissimuler l'infraction constitue une circonstance aggravante[23].

Les modifications apportées par la LCALE imposent une approche différente en disposant que l'omission de procéder rapidement à des travaux d'assainissement, d'atténuer le dommage ou de prendre des mesures préventives constitue une circonstance aggravante et que l'absence de circonstance aggravante ne constitue pas une circonstance atténuante[24]. S'ils pouvaient le faire auparavant, les tribunaux ne peuvent plus réduire le montant de l'amende au motif que le contrevenant a mis en place des mesures préventives ou a procédé à l'assainissement ou à la remise en état des lieux après la commission de l'infraction. Cette prise de position est en phase avec les objectifs d'assainissement et de rétablissement et avec l'objectif premier de respecter les lois sur l'environnement et, du coup, de protection de l'environnement.

Les autres éléments relatifs aux remords pris en compte par les tribunaux, qui ne figurent pas dans la liste des dispositions modificatrices de la LCALE, comme la déclaration volontaire, l'aveu de culpabilité avant procès ou la coopération avec les autorités[25], peuvent toujours constituer des circonstances atténuantes selon la nouvelle structure de détermination des peines.

---

21. *United Keno*, *supra* note 4, par 13.
22. *R c Northwest Territories Power Corp*, 2011 NWTTC 3, par 36 et 37 [*NWT Power*] (sur CanLII).
23. *Terroco*, *supra* note 4, par 39 à 43.
24. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
25. *Supra* note 22, par 36 et 37.

Accroissement du revenu ou réduction des frais

En vertu de la LCALE, si le revenu augmente ou que les dépenses diminuent par suite de la commission d'une infraction, c'est une circonstance aggravante qui justifie l'imposition d'amendes plus élevées[26]. Ces dispositions codifient la jurisprudence actuelle selon laquelle les contrevenants ne devraient pas obtenir d'avantages économiques sur ceux qui se conforment au droit. Dans sa décision rendue dans l'affaire *Terroco*, le juge Ritter a statué qu'il s'agissait d'un facteur à la fois particulier et général de dissuasion[27]. Les dispositions modificatrices de la LCALE stipulent également que l'intention d'accroître les revenus ou de réduire les dépenses en commettant une infraction constitue une circonstance aggravante[28].

De façon générale, les dispositions modificatrices de la LCALE imposent une nouvelle interprétation des circonstances à prendre en compte dans la détermination de la peine que les tribunaux ont définie comme des circonstances aggravantes, limitant ainsi la possibilité de réduire le montant des amendes sur le fondement de circonstances atténuantes comme la commission accidentelle de l'infraction ou la prise de mesures diligentes d'assainissement. Ce faisant, les dispositions modificatrices de la LCALE mettent l'accent sur l'importance de l'objectif premier de respecter les lois sur l'environnement et, par conséquent, de protéger celui-ci, ainsi que sur l'importance des objectifs de dissuasion, de dénonciation et d'assainissement ou de rétablissement. Elles précisent l'interprétation des principes énoncés dans le Code criminel, comme la proportionnalité[29] eu égard au contexte réglementaire, énonçant ainsi clairement que même si la gravité de l'infraction et l'ampleur de la responsabilité du contrevenant constituent des circonstances aggravantes, une déduction a contrario ne peut être faite. Les infractions environnementales sont, de manière générale, de nature réglementaire ; leur sanction est destinée à prévenir un tort à l'environnement et il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice pour motiver l'accusation d'infraction. Par conséquent, ni l'absence de préjudice réel, ni celle d'une intention coupable de la part du contrevenant ne peuvent justifier une réduction des amendes.

---

26. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
27. *Terroco*, *supra* note 4, par 63.
28. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 81, 93, 102, 114 et 122.
29. *Supra* note 2, art 718.1.

AMENDES

Avant la LCALE

Dans leur document d'étude daté de 1985 présenté à la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *La dé*term*ination de la peine dans les affaires environnementales*, John Swaigen et Gail Bunt abordent les problèmes inhérents au recours à une structure d'amendes uniforme pour sanctionner un large éventail d'infractions englobant un aussi grand nombre de fondements juridiques ou de causes, de conséquences et de types de contrevenant. Ils y concluent que l'application d'un principe d'universalité des amendes entraînait une tendance à réduire des amendes, l'imposition d'amendes élevées étant réservée aux contrevenants les plus délinquants et à ceux possédant une plus grande capacité de payer. Or, selon les auteurs, des amendes sur mesure, fixées selon la gravité des infractions ou la capacité de payer des contrevenants, permettraient de régler la question des amendes appropriées[30].

Avant l'adoption de la LCALE, les neuf lois sur l'environnement modifiées comportaient leur propre régime d'imposition d'amendes. L'amende maximale prévue par ces lois variait de 500 $ à 300 000 $ pour les infractions punissables par procédure sommaire et de 5 000 $ à 1 000 000 $ pour les infractions punissables par voie de mise en accusation. Les amendes minimales n'étaient prévues que dans un seul cas, soit à l'article 13(1.1) de la LCOM. La même fourchette d'amendes prévue par cinq des lois s'appliquerait obligatoirement à toute infraction, indépendamment de la gravité de celle-ci ou de la nature du contrevenant, uniquement selon que la déclaration de culpabilité a eu lieu par voie de procédure sommaire ou par voie de mise en accusation. Toutefois, trois lois prévoyaient des fourchettes d'amendes différentes selon le type de contrevenant et une établissait des fourchettes d'amendes différentes selon la gravité de l'infraction[31].

Les régimes d'imposition d'amendes antérieurs à la LCALE posaient les mêmes problèmes que ceux soulevés par Swaigen et Bunt : 1) ils prévoyaient des amendes maximales peu élevées qui ne tenaient pas compte de la gravité des infractions environnementales, 2) les fourchettes d'amendes s'appliquaient à un vaste éventail de contrevenants disposant de ressources financières variables et 3) les fourchettes d'amendes s'appliquaient à une grande diversité d'infractions

---

30. John Swaigen et Gail Bunt : *La détermination de la peine en droit de l'environnement,* Document d'étude, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985, p. 1 à 7 et 24 à 25.
31. *LPEA*, *supra* note 1, art 50 ; *LAMCC*, *supra* note 1, art 24 ; *LPNC*, *supra* note 1, art 24 à 27 ; *LEP*, *supra* note 1, art 13 ; *LCPE 1999*, *supra* note 1, art 272 à 274 ; *IRIA*, *supra* note 1, art 5 ; *LCOM*, *supra* note 1, art 13 ; *LPMSS*, *supra* note 1, art 20 ; *WAPPRIITA*, *supra* note 1, art 22.

imputables à un grand nombre d'activités dont les répercussions possibles étaient nombreuses.

Modifications de la LCALE

La LCALE aborde ces questions. Elle normalise les amendes des neuf lois modifiées et hausse le montant des amendes maximales tout en créant une échelle d'imposition d'amendes en fonction des divers types de contrevenant et de la nature de l'infraction[32].

Types de contrevenant

Les dispositions modificatrices de la LCALE établissent différentes fourchettes d'amendes pour trois catégories de contrevenant, à savoir les particuliers, les personnes morales à revenus modestes et les autres personnes. Ce qui permet d'adapter l'amende pour tenir compte du fait que l'effet dissuasif indiqué dans une situation donnée est lié à la capacité financière du contrevenant. En effet, les modifications de la LCALE remplacent les critères de détermination des peines fondés sur la taille et la fortune du contrevenant établies par la jurisprudence, le message sous-jacent étant essentiellement que les amendes se veulent « plus qu'une tape sur la main, sans pour autant être une condamnation à mort[33] ».

Nature de l'infraction

Les dispositions modificatrices de la LCALE établissent différentes fourchettes d'amendes pour deux catégories d'infraction. Les infractions désignées qui « causent ou risquent de causer des dommages directs à l'environnement ou qui constituent une entrave à l'exercice d'un pouvoir[34] » font l'objet d'amendes comportant des montants maximum et minimum obligatoires. Les autres infractions sont punissables d'amendes comportant un montant maximum inférieur[35], ce qui permet de fixer le montant de l'amende en fonction de la gravité de l'infraction, suivant le principe de proportionnalité selon lequel la sentence devrait être en rapport avec la gravité de l'infraction[36].

---

32. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 24, 33-35, 48, 72, 93, 102, 114 et 122 (il est à noter que les art 48, 102 et 122 de la *LCALE* ne sont toujours pas entrés en vigueur. Ces dispositions modifient les régimes d'amendes de la *LCOM*, de la *LEP* et de la *WAPPRIITA*).
33. *Terroco*, *supra* note 4, par 60.
34. Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, Gaz Can Partie I, vol. 145, nº 27, 2 juillet 2011 (*Règlement sur les dispositions réglementaires désignées aux fins de contrôle d'application – Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*).
35. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 24, 33 à 35, 48, 72, 93, 102, 114 et 122.
36. *Code criminel*, *supra* note 3, art 718.1.

La LCALE reconnaît également que, dans certains cas, malgré la gravité de l'infraction, le contrevenant pourrait ne pas avoir la capacité financière de payer l'amende minimale imposée pour les infractions désignées. Les dispositions modificatrices de la LCALE prévoient pour ce genre de situation un mécanisme particulier qui permet au tribunal d'imposer une amende moins élevée s'il est convaincu que l'amende minimale obligatoire ferait peser une contrainte financière excessive[37].

Pour entraîner l'imposition d'amendes minimales obligatoires et d'amendes maximales plus élevées, l'infraction doit être qualifiée de « désignée ». Les dispositions légales des neuf lois modifiées par la LCALE sont désignées dans les lois mêmes, alors que les dispositions réglementaires doivent être désignées dans les règlements d'application de ces lois. À l'heure actuelle, seuls les règlements d'application de la LCPE 1999 sont en vigueur. Les règlements d'application de la LCOM et de la LEP sont en cours d'élaboration et ont été publiés dans la partie I de la *Gazette du Canada* en décembre 2012[38].

LE TABLEAU SUIVANT PRÉSENTE L'ÉCHELLE DES AMENDES

Contrevenant	Type d'infraction[a]	Procédure sommaire		Mise en accusation	
		MINIMUM	MAXIMUM	MINIMUM	MAXIMUM
Particulier	Désignée	5 000 $	300 000 $	15 000 $	1 000 000 $
	Autre	S.O.	25 000 $	S.O.	1 000 000 $
Personne morale à revenus modestes*	Désignée	25 000 $	2 000 000 $	75 000 $	4 000 000 $
	Autre	S.O.	50 000 $	S.O.	250 000 $
Autres personnes**	Désignée	100 000 $	4 000 000 $	500 000 $	6 000 000 $
	Autre	S.O.	250 000 $	S.O.	500 000 $

* et les navires et vaisseaux de moins de 7 500 tonnes port en lourd.
** et les navires et vaisseaux de 7 500 tonnes port en lourd ou plus.
a Il est à remarquer que la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* ne suit pas ce modèle puisqu'elle prévoit déjà différentes amendes établies selon la gravité de l'infraction, mais, par ailleurs, tous les autres aspects de son régime d'imposition d'amendes concordent avec les modifications apportées par la *LCALE*.

Les amendes sont considérablement plus élevées que celles qui étaient prescrites avant l'adoption de la LCALE. En outre, le montant des amendes

37. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 72, 93, 102, 114 et 122.
38. *Ibid.*, art 12, 24, 33, 48, 72, 93, 102, 114 et 122 ; *Règlement sur les dispositions réglementaires désignées aux fins de contrôle d'application (Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999))*, DORS/2012-134 ; *Règlement sur les dispositions réglementaires désignées aux fins de contrôle d'application (Loi sur les espèces sauvages du Canada)*, Gaz Can Partie I, vol. 146, nº 50, 15 décembre 2012 ; *Règlement sur les dispositions réglementaires désignées aux fins de contrôle d'application (Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs)*, Gaz Can Partie I, vol. 146, nº 50, 15 décembre 2012 ; entré en vigueur en avril 2016.

minimales et maximales double dans les cas de récidives, ce qui tient compte de la gravité du préjudice causé à l'environnement et aide à voir à ce que les objectifs premiers de la sanction, c'est-à-dire la dissuasion, la dénonciation et l'assainissement ou le rétablissement, sont atteignables.

AUTRES OUTILS DE SANCTION

Exception faite de la LOACEI, toutes les lois modifiées par la LCALE conféraient au tribunal le pouvoir de condamner le contrevenant à prendre certaines mesures dans le cadre de sa peine. Toutefois, les possibilités pour le tribunal d'imposer une peine de ce genre variaient grandement d'une loi à une autre, la LCPE 1999 prévoyant le plus large éventail de pouvoirs. Les dispositions modificatrices de la LCALE uniformisent les pouvoirs des tribunaux conférés dans les neuf lois de sorte que ces derniers disposent des mêmes outils d'adaptation des peines, peu importe la loi concernée. Les dispositions modificatrices de la LCALE accordent aussi de nouveaux pouvoirs d'ordonnance, dont certains sont exécutoires.

Pouvoirs d'imposition d'amendes obligatoires

Avant l'adoption de la LCALE, les tribunaux disposaient, en vertu de cinq des neuf lois, du pouvoir discrétionnaire d'imposer au contrevenant une amende additionnelle correspondant à l'estimation par le tribunal de la valeur des biens, des bénéfices ou des avantages acquis par la commission de l'infraction[39]. En vertu de la LCALE, ce pouvoir est maintenant conféré par les neuf lois et l'imposition de cette amende est obligatoire. Cette amende s'ajoute aux autres prescrites par la LCALE et peut être d'un montant plus élevé que les amendes maximales imposées[40]. Cette obligation permettra de s'assurer que les contrevenants ne tirent aucun avantage financier d'une infraction, conformément à l'objectif de dissuasion de la peine.

Les dispositions modificatrices de la LCALE exigent également du tribunal qu'il ordonne aux contrevenants redevables envers un actionnariat d'informer ces actionnaires des faits entourant l'infraction et du dispositif de la sentence, et ce, dans le but recherché de dissuader[41]. Cette obligation s'inscrit dans la lignée de l'arrêt de la cour d'appel de l'Alberta rendu dans l'affaire *Terroco*, où le tribunal conclut que la révélation publique des faits entourant

---

39. *LPEA*, *supra* note 1, art 61 ; *LEP*, *supra* note 1, par 13(5) ; *LCPE 1999*, *supra* note 1, art 290 ; *LCOM*, *supra* note 1, par 13(5) ; *WAPPRIITA*, *supra* note 1, art 22(5).
40. *LCALE*, *supra* note 1, art 12, 25, 37, 48, 72, 93, 102, 114 et 122 (il est à noter que les art 48, 102 et 122 de la *LCALE* ne sont toujours pas entrés en vigueur. Ces dispositions instaurent ou modifient les pouvoirs d'ordonnance obligatoire en vertu de la *LCOM*, de la *LEP* et de la *WAPPRIITA*.
41. *Ibid.*

l'infraction et de la peine imposée est susceptible d'exercer un pouvoir de dissuasion plus grand sur les grandes entreprises que l'imposition d'une amende[42].

Pouvoirs d'imposition de peines discrétionnaires

La LCALE accorde trois nouveaux pouvoirs d'ordonnance dans les neuf lois qu'elle modifie, attribuant aux tribunaux le pouvoir d'ordonner au contrevenant : 1) de verser à la Couronne un montant d'argent destiné à financer la promotion de la conservation et de la protection de l'environnement, 2) de restituer au ministre, tout permis ou toute autorisation accordés en vertu de la loi visée, 3) de s'abstenir de présenter une nouvelle demande de permis ou d'autorisation en vertu de la loi visée[43]. Si le premier pouvoir énuméré peut être considéré comme un outil de large portée visant à promouvoir l'objet de la législation sur l'environnement et le principe de la protection de celui-ci, les deux autres sont beaucoup plus ciblés et visent directement la capacité du contrevenant d'exercer des activités nécessitant l'obtention d'un permis accordé en vertu d'une loi donnée. Il ne faut pas sous-estimer l'effet dissuasif de ces pouvoirs, qui permettent de restreindre la capacité d'un contrevenant de se livrer à une diversité d'activités allant de la chasse aux oiseaux migrateurs au déversement en mer.

Par ailleurs, la LCALE modifie et uniformise les pouvoirs d'ordonnance actuels des tribunaux dans les neuf lois en modifiant les pouvoirs prévus par la LCPE 1999 et en les conférant dans les huit autres lois, avec les adaptations nécessaires[44]. Ces pouvoirs comprennent la possibilité de surveiller ou de prévenir tout dommage à l'environnement au moyen de directives visant à assurer la surveillance des répercussions sur l'environnement, à mettre en œuvre un système de gestion de l'environnement ou à imposer l'exécution d'un contrôle environnemental. Les autres possibilités sont conçues pour dénoncer la conduite du contrevenant et le dissuader de récidiver, notamment en l'obligeant à aviser les personnes lésées ou touchées ou à révéler publiquement les faits entourant l'infraction et la peine imposée. D'autres intervenants ont pour fonction de concourir à l'atteinte des objectifs d'assainissement et de remise en état en habilitant les tribunaux à ordonner au contrevenant de rembourser à une personne les frais engagés pour mettre en place une mesure de redressement ou une mesure préventive par suite de l'infraction[45].

---

42. *Terroco*, *supra* note 4, par 57.
43. *LCALE*, *supra* note 1, art 17, 27, 39, 49, 85, 93, 103, 114 et 122.
44. Prendre note que l'art 122 de la *LCALE* n'est toujours pas entré en vigueur. Cette disposition instaure de nouveaux pouvoirs d'ordonnance en vertu de la *WAPPRIITA* ou modifie les pouvoirs d'ordonnance des tribunaux que celle-ci confère.
45. *LCALE*, *supra* note 1, art 17, 27, 39, 49, 85, 93, 103, 114 et 122.

Dans leur ensemble, les dispositions modificatrices de la LCALE ont élargi et raffermi les pouvoirs d'ordonnance des tribunaux, surtout en ce qui a trait aux trois objectifs de la détermination des peines, à savoir la dissuasion, la dénonciation et l'assainissement ou le rétablissement.

CONCLUSION

Même s'il est encore trop tôt pour évaluer l'efficacité de la LCALE, globalement, elle opère néanmoins une réforme fondamentale du contexte de la détermination des peines à l'échelle fédérale en établissant un cadre procédural uniformisé auquel les tribunaux peuvent recourir pour imposer des peines appropriées, en favorisant l'imposition d'amendes plus élevées et en permettant l'utilisation accrue des pouvoirs d'ordonnance.

1. Détermination de la peine : Les dispositions modificatrices de la LCALE codifient et précisent le contexte de la détermination des peines en cas d'infraction environnementale en déterminant l'objectif premier et les principaux objectifs de l'imposition d'une peine en matière environnementale ainsi que les circonstances aggravantes. Ces précisions règlent certaines difficultés posées par les divergences de vues constatées dans la jurisprudence quant à la détermination des objectifs ou des principes prioritaires. Les modifications apportées par la LCALE codifient en outre les circonstances dont il faut tenir compte dans la détermination des peines établies par la jurisprudence pour fixer le montant de l'amende en les assimilant à des circonstances aggravantes et en disposant expressément que l'absence d'une circonstance aggravante ne constitue pas une circonstance atténuante. Ainsi, les tribunaux ne disposent plus du pouvoir de réduire le montant d'une peine sur le fondement d'une circonstance atténuante, sauf si la circonstance atténuante en cause peut se démarquer des circonstances aggravantes énumérées dans la LCALE.
2. Amendes : La LCALE restructure et normalise les régimes d'imposition d'amendes des neuf lois en abrogeant les fourchettes d'amendes universelles et en les remplaçant par des régimes d'amendes sur mesure qui établissent des distinctions entre les divers types de contrevenant et d'infraction. Ces changements tiennent compte des différences quant à la capacité des contrevenants de payer de même que de la grande diversité des infractions et des préjudices associés aux infractions environnementales. Ils procureront aux tribunaux un cadre structuré à l'aune duquel ils peuvent déterminer les amendes appropriées. Ces amendes sont également considérablement plus

élevées et il y a des minimums obligatoires pour certaines infractions, soulignant ainsi la gravité des délits contre l'environnement.

3. Pouvoirs d'ordonnance : Les modifications de la LCALE confèrent aux tribunaux un plus vaste éventail de pouvoirs d'ordonnance, notamment l'obligation d'exiger des entreprises, d'aviser leurs actionnaires des faits entourant l'infraction et de la punition imposée, et des pouvoirs discrétionnaires d'ordonner aux contrevenants de restituer leurs autorisations et de leur interdire de présenter une demande pour en obtenir de nouvelles pendant une période fixée par le tribunal. Il s'agit là de moyens dissuasifs musclés qui permettent d'exposer les entreprises contrevenantes à la réprobation et, de manière générale, d'entraver les activités exercées ou les actes posés par les contrevenants.

Chapitre 27

La sanction du droit de l'environnement par des pénalités administratives

Jean Piette[1]

Le 4 octobre 2011, l'Assemblée nationale du Québec adoptait le projet de loi n° 89 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*[2] qui a établi de nouvelles mesures visant à accentuer le caractère répressif de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[3] dans le but d'en assurer le respect.

Ces mesures comprennent : (1) une refonte du régime de sanctions pénales afin d'augmenter les peines qui peuvent être imposées par un tribunal, de rendre responsables un plus grand nombre de personnes et d'élargir les pouvoirs d'intervention du tribunal pénal en matière d'environnement ; (2) un élargissement des moyens et des motifs pour lesquels le ministre peut refuser de délivrer ou de renouveler un certificat d'autorisation ou modifier ou suspendre ou révoquer un certificat d'autorisation ; (3) la création de toutes pièces d'un régime de sanctions administratives pécuniaires ; (4) l'accroissement de la possibilité pour l'État de prendre des actions civiles pour assurer le respect de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ; (5) une augmentation des pouvoirs d'ordonnance, d'inspection et d'enquête du ministre et de ses fonctionnaires.

---

1. Associé principal, Norton Rose Fulbright Canada. L'auteur tient à remercier Me Miriam Desmarais dont les recherches et la contribution ont été grandement appréciées par l'auteur.
2. Projet de loi n° 89, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, 2e sess, 39e lég Québec, 2011 (sanctionné le 5 octobre 2011), LQ 2011, c 20 [PL 89].
3. RLRQ, c Q-2. [LQE].

Il n'est pas facile de savoir pourquoi l'ensemble de ces mesures étaient justifiées sauf le besoin de mettre à jour certaines dispositions. On ne sait pas s'il y avait véritablement un haut niveau de délinquance eu égard aux obligations de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou si le problème relevait des tribunaux qui n'imposent pas de peines suffisamment sévères aux contrevenants ou si le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Pares (MDDEP) acheminait trop peu de dossiers pour des fins de poursuites pénales. Les rapports annuels du ministère ne révèlent pas d'indices quant aux raisons pour lesquelles cette panoplie de nouvelles mesures était nécessaire. Tout ce qu'on sait, c'est que les données publiées par le MDDEP en 2011 révélaient que les tribunaux québécois ont imposé 894 400 $ d'amendes à 49 contrevenants qui ont commis 92 infractions à la *Loi sur la qualité de l'environnement*[4]. Lors de la présentation du projet de loi n° 89 à l'Assemblée nationale, le ministre responsable n'a pas non plus apporté beaucoup d'éléments précis pour justifier la présentation du projet de loi sauf pour ce qui est d'un souci « d'améliorer l'efficacité d'intervention du ministère » ou en raison des délais pour l'imposition d'une amende par l'entremise du système de justice pénale[5]. Parmi les motifs qui ont été invoqués, il y a également la perception que les amendes sont insuffisantes et le fait que le régime des « avis d'infraction » n'est pas assez efficace pour obtenir une conformité environnementale.

Il n'en demeure pas moins qu'il semble y avoir un mouvement vers la modernisation des instruments d'intervention de l'État et l'amélioration de leur efficacité afin d'assurer la conformité environnementale et de réprimer les délits environnementaux. Le projet de loi n° 89 s'inscrit dans cette mouvance.

LA NATURE D'UNE SANCTION ADMINISTRATIVE PÉCUNIAIRE

Lors de la présentation du projet de loi n° 89 pour son étude article par article, le ministre responsable de l'environnement s'est fait fort de souligner qu'il modifierait le projet de loi en remplaçant l'expression « pénalités administratives » par l'expression « sanctions administratives pécuniaires[6] ». Il considérait que ce changement terminologique diminuait l'aspect punitif du régime. On

4. Données compilées à partir du registre des déclarations de culpabilité du Ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, [en ligne] <http://www.registres.mddep.gouv.qc.ca/condamnations/recherche.asp> (consulté le 21 mars 2012).
5. Québec, Assemblée nationale, Commission des transports et de l'environnement, Projet de loi n° 89 : *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect* (mardi 10 mai 2011, 17h10) 42 :8 *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*.
6. Québec, Assemblée nationale, Commission des transports et de l'environnement, Projet de loi n° 89 : *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect* (mercredi le 4 mai 2011, 15h17) 42 :6 Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement.

peut douter néanmoins que ce changement terminologique produise réellement un tel effet.

En effet, l'expression « pénalité » est définie comme suit dans le *Nouveau Petit Robert* :

> 1. Caractère de ce qui est pénal ; application d'une peine. 2. Peine ; sanction pécuniaire appliquée par l'Administration[7].

Quant au mot « sanction », il est défini comme suit dans le *Nouveau Petit Robert* :

> 1. Peine ou récompense prévue pour assurer l'exécution d'une loi ; peine ou récompense attachée à une interdiction ou à un ordre, au mérite ou au démérite ; 2. Peine établie par une loi pour réprimer une infraction ; mesure répressive attachée à un ordre non exécuté, une défense transgressée ; action par laquelle un pays, une organisation internationale, réprime la violation d'un droit[8].

Il n'y a pas beaucoup de différence entre une « pénalité » et une « sanction ». Dans les deux cas, il s'agit essentiellement d'une peine visant à réprimer une infraction à une loi.

Lorsqu'on examine le régime de sanctions administratives pécuniaires introduit dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*, on constate que le législateur l'a codifié dans dix-sept articles[9]. Toutes les modalités d'application y sont prévues, y compris le fait qu'il s'applique pratiquement à toutes les contraventions à la loi et aux règlements[10]. Le législateur a cru bon d'établir lui-même tous les paramètres du régime sans avoir recours à la législation déléguée, contrairement au Parlement fédéral et aux Législatures de la presque totalité des provinces qui recourent tous au pouvoir réglementaire pour définir les modalités du régime et déterminer les articles de loi et de règlement auxquels il s'applique[11]. Le législateur québécois a seulement délégué au gouvernement, le soin d'établir

---

7. Josette Rey-Debove et Alain Rey, directeurs, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1996, p. 1624.
8. *Ibid.*, p. 2031.
9. LQE, *supra* note 3, art 115.13-115.28 et 118.5.1.
10. *Ibid.*, art 115.23-115.27.
11. *Environmental Management Act*, SBC 2003, c 53, art 115 et 119 [EMA, C-B] ; *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c E.19, art 14, 93 et 182.1 [LPE, Ont] ; *Loi sur l'assainissement de l'air*, L N-B, c C-5.2, art 31 [LAA, N-B] ; *Environmental Protection and Enhancement Act*, SRA 2000, c E-12, art 2 et 237 [EPEA, Alb] ; *Environmental Management and Protection Act*, SRS 2010, c E-10.22, art 88 [EMPA, Sask] ; *Loi sur la sûreté du transport maritime*, LC 1994, c 40, art 32-41 et 51 [LSTM] ; *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, LC 2001, c 26, art 228-232.2 et 244 [LMMC] ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33, art 280, 280.1 et 330 [LCPE] ; *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement*, LC 2009, c 14 (art 126), art 5. [LPAME].

par règlement, les sanctions pécuniaires applicables aux infractions aux différents règlements déjà adoptés ou à venir[12].

Le législateur a donc procédé, pour ce régime, de la même façon dont il a procédé pour établir le régime des sanctions pénales applicables aux infractions à la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui est codifiée dans dix-neuf articles.

Pour distinguer le régime de sanctions administratives pécuniaires du régime de sanctions pénales, le législateur qualifie le non-respect de la loi et des règlements de « manquements[13] ». Malgré ce particularisme terminologique, on devra s'intéresser à la substance réelle du nouveau régime juridique créé par le législateur et à la façon dont les droits des justiciables sont traités par ledit régime, pour déterminer sa conformité avec les droits protégés par les chartes des droits et libertés, ce dont nous discuterons ci-dessous.

Avant d'aborder cette question, il convient de définir ce en quoi consiste ce régime de sanctions administratives pécuniaires. À tous égards, ce régime en est un par lequel un fonctionnaire de l'État désigné par le ministre impose une sanction monétaire dont le montant ne peut excéder 2 000 $ dans le cas d'une personne physique et 10 000 $ dans le cas d'une personne morale qui aurait omis ou négligé de respecter une disposition de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou d'un règlement adopté sous son empire. Ce fonctionnaire ne peut cependant imposer une peine d'emprisonnement. Une telle peine ne peut être imposée autrement que par une sanction pénale[14]. Nous examinerons ci-dessous les mécanismes selon lesquels une sanction administrative pécuniaire est imposée et selon lesquels, elle peut être contestée, ainsi que l'impact de ce régime sur les droits des justiciables.

LA PORTÉE DU RÉGIME QUÉBÉCOIS

Le Québec a adopté en matière d'environnement, un régime de sanctions administratives pécuniaires différent de tous les régimes de ce genre qu'on retrouve dans les lois habilitantes des différentes provinces et territoires du Canada et de l'État fédéral canadien. En fait, lorsqu'on examine les lois habilitantes des autres provinces canadiennes, on constate rapidement que, à ce jour, seules les provinces de l'Ontario, de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick ont un régime de sanctions pécuniaires administratives qui soit fonctionnel et pleinement en vigueur. Nous avons cherché à savoir dans quelle mesure ces régimes étaient effectivement appliqués. On peut trouver sur le site Internet du

12. LQE, *supra* note 3, art 115.27 et PL 89, *supra* note 2, art 61.
13. Ce terme apparaît pour la première fois à l'article 115.13 de la LQE. Il est utilisé systématiquement pour désigner les contraventions à la loi sanctionnées par une pénalité administrative pécuniaire.
14. LQE, *supra* note 3, art 115.31, 115.32, 115.34 et 115.35.

ministère de l'environnement de ces provinces des données sur l'application de ces régimes. Ceux-ci semblent jouer, en quelque sorte, un rôle d'appoint[15] sauf en Ontario où les sommes recueillies sont importantes[16], parce que ce régime a été conçu pour discipliner une clientèle bien ciblée, identifiée dans le règlement[17] et qui est visée par son programme d'assainissement industriel.

Le régime québécois se caractérise particulièrement par sa portée universelle. Ici encore, contrairement à ce que toutes les autres provinces et l'État fédéral ont fait, le Québec a, dans les faits, créé un régime complet et universel de sanctions administratives pécuniaires qui s'ajoute en parallèle au régime de sanctions pénales qui est, lui aussi, universel puisqu'il s'applique à toutes les contraventions à la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

Ailleurs au Canada, le régime de sanctions administratives est généralement un régime ciblé, de nature complémentaire, qui s'applique à certaines infractions particulières déterminées par règlement[18], dans le but d'inciter à la conformité. Ces régimes prévoient souvent un mécanisme d'ententes, de règlements ou de transactions qui vise à amener le contrevenant à la conformité à la loi et aux règlements. On manifeste de cette façon, une véritable volonté de faire en sorte qu'un tel régime accroisse la conformité puisque ce mécanisme offre davantage une garantie de résultats. Au lieu de se voir imposer une sanction pécuniaire ou pour obtenir une réduction de celle-ci[19], le contrevenant a la possibilité de prendre des engagements écrits ou de conclure une entente avec la personne qui a imposé la sanction ou qui a manifesté l'intention de le faire[20]. La réglementation ontarienne prévoit même qu'une entreprise non conforme peut avoir droit à la réduction d'une sanction administrative pécuniaire si elle a mis en œuvre un système de gestion de l'environnement[21] ou si elle a mis en œuvre des mesures de prévention ou des mesures d'assainissement de l'environnement[22]. Il peut arriver aussi que les fonctionnaires aient la possibilité de conclure une transaction avec quelqu'un qui contrevient à la loi afin de l'amener

15. Environment and Water of Alberta, « Annual and Quarterly Reports – Compliance Assessment Enforcement Reports », [en ligne] <http://environment.alberta.ca/01292.html> et Nouveau-Brunswick, « *Loi sur l'assainissement de l'air* du Nouveau-Brunswick – Site d'accès à l'information par le public », [en ligne] <http://www.gnb.ca/0009/0355/0005/0023-f.asp>.
16. Ontario, *Rapport annuel de 2012 sur les pénalités environnementales*, [en ligne] <http://www.ene.gov.on.ca/stdprodconsume/groups/lr/@ene/@resources/documents/resource/stdprod_084246.pdf>.
17. *Environmental penalties*, Règl de l'Ont 222/07, Table 1 : ce tableau identifie les 115 établissements industriels visés par le régime de sanctions administratives pécuniaires de l'Ontario [*Environmental penalties*].
18. *Ibid.*, Table 2 et Table 3.
19. *Ibid.*, art 6-18.
20. *Ibid.*, art 18 ; LPE, Ont, *supra* note 11, art 182.1(9) et (10) et EMA, C-B, *supra* note 11, art 115(4)-115(7).
21. *Environmental penalties*, supra note 17, art 17.
22. *Ibid.*, art 16.

à la conformité[23]. Le régime de sanctions administratives pécuniaires du Québec n'offre pas de tels mécanismes qui auraient pourtant été une indication irréfutable de l'objectif de conformité environnementale rapide poursuivi par ce régime.

Ainsi, ce qui étonne, dans le régime québécois, c'est que l'accent est mis strictement sur l'imposition d'une sanction pécuniaire par voie administrative pour n'importe quelle infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement* sans que les contrevenants aient accès à des mécanismes de prise d'engagement ou de conclusion d'une entente de conformité.

En agissant ainsi, le législateur québécois a pris un risque susceptible de fragiliser ce régime qui, malgré l'intention apparente exprimée à l'article 115.13, apparaît être en réalité un régime visant à imposer, par voie administrative, des sanctions monétaires à toute personne qui contrevient à la loi et aux règlements sans que la personne ainsi sanctionnée puisse bénéficier des garanties qui s'appliquent normalement lorsqu'on veut imposer une peine à celui qui ne respecte pas la loi comme par exemple : la présomption d'innocence, le droit au doute raisonnable, la protection contre l'auto-incrimination et le droit de ne pas être sanctionné deux fois pour la même contravention. Il s'agit en fait d'un régime de sanctions pécuniaires plus modestes que celui des sanctions pénales qu'on retrouve aux articles 115.29 à 115.32. On aura remarqué d'ailleurs le procédé utilisé par le législateur québécois qui crée, dans quatre articles distincts, quatre catégories de sanctions administratives pécuniaires classées selon l'importance environnementale de chaque contravention, qui sont, en quelque sorte, un miroir fidèle des quatre catégories de sanctions pénales créées aux articles 115.29 à 115.32 qui sont classées de la même façon. Si ce régime s'avère être juridiquement un mini-régime de droit pénal, il sera assujetti à l'ensemble des garanties juridiques protégées par les chartes fédérale et québécoise des droits et libertés[24].

Me Robert Daigneault, dans un article publié en 2010, s'est interrogé sur la nature véritable du régime de sanctions administratives pécuniaires à la lumière des arrêts des tribunaux canadiens qui ont été appelés à statuer sur la légalité de certains régimes de sanctions administratives pécuniaires établis dans des lois adoptées par le Parlement ou la législature d'une province[25]. Ce

---

23. LMMC, *supra* note 11, art 229(1)(a).
24. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 et *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12.
25. Robert Daigneault, « Réforme des sanctions environnementales au Québec : droit pénal dérivé ou une dérive du droit pénal ? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, vol. 329, EYB-2010DEV731 (REJB). Voir aussi Marie-Claude Bellemare et Jan-Martin Leblanc, « La *Loi sur la qualité de*

questionnement nous apparaît pertinent compte tenu des caractéristiques du régime québécois de sanctions administratives pécuniaires.

Les régimes de sanctions administratives pécuniaires analysés par les tribunaux jusqu'à maintenant sont essentiellement des régimes qui régissent des activités économiques ou financières telles que la règlementation des investissements étrangers au Canada, la règlementation des valeurs mobilières, la règlementation fiscale, la réglementation douanière, la réglementation des prélèvements de matière ligneuse dans la forêt domaniale, etc. Ces régimes visent à discipliner les personnes qui se sont volontairement engagées dans une activité économique donnée[26]. L'arrêt-clé dans ce domaine est l'arrêt *R* c *Wigglesworth*[27] qui s'est penché sur l'application de l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[28] à une loi fédérale qui permettait d'imposer une sanction de nature disciplinaire aux agents de la Gendarmerie royale du Canada. Dans cette affaire, madame la juge Wilson avait établi la distinction suivante entre la sanction d'infractions de nature pénale à laquelle s'applique la *Charte canadienne des droits et libertés*, et les sanctions imposées par d'autres régimes punitifs impliquant des autorités administratives ou des organismes quasi-judiciaires :

> A mon avis, si une affaire en particulier est de nature publique et ne vise à promouvoir l'ordre et le bien-être public dans une sphère d'activités publiques, alors que cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l'art. 11. Elle relève de cet article de par sa nature même. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou correctrice ou qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activités privées et limitées […][29].

Or, la *Loi sur la qualité de l'environnemen*t est une loi d'application générale qui vise à protéger l'environnement et à y maintenir l'ordre et le bien-être public par l'entremise d'un système de prohibitions et d'obligations qui s'appliquent à tous les citoyens, à toutes les entreprises et à toutes les municipalités du Québec, y compris tous les ministères, tous les organismes publics et

---

l'environnement et les sanctions administratives pécuniaires : Où en sommes-nous » dans *Droit de l'environnement*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, vol. 18, p. 1-72.

26. C'est également une caractéristique qui a été invoquée par la Cour suprême du Canada pour permettre l'admissibilité en preuve, par la poursuite, de rapports fournis par des pêcheurs au ministère de pêches et océans : *R* c *Fitzpatrick* [1995] 4 RCS 154.
27. [1987] 2 RCS 541. Voir également *Cartaway Resources Corp (Re)* [2004] 1 RCS 672 ; *Lavallée* c *Alberta (Securities Commission)*, 2009 ABQB 17 ; *United States Steel Corporation* c *PG du Canada*, 2011 CAF 176.
28. *Supra* note 24.
29. *Supra* note 27, p. 560.

les sociétés d'État[30]. C'est une loi qui traduit les préoccupations croissantes de la société pour la protection de l'environnement tel que le juge Charles Gonthier de la Cour suprême du Canada l'a reconnu dans le célèbre arrêt *Ontario* c *Canadien Pacifique Ltée*[31] Cette loi établit des règles d'ordre public visant à sauvegarder l'environnement. Les articles 20, 21 et 22, par exemple, s'appliquent à tout rejet de contaminants effectué par une personne au Québec, sans égard à ce que le contaminant soit réglementé ou non. Lorsqu'il n'est pas réglementé, le rejet sera prohibé en fonction de ses conséquences sur l'environnement, lesquelles touchent autant les éléments et les ressources de l'environnement que les éléments de la qualité de vie de l'être humain[32]. Quant à la notion de « contaminant », elle est elle-même aussi très vaste. Ainsi, selon l'article 1, un « contaminant » inclut ce qui suit :

> une matière solide, liquide ou gazeuse, un micro-organisme, un son, une vibration, un rayonnement, une chaleur, une odeur, une radiation ou toute combinaison de l'un ou l'autre susceptible d'altérer de quelque manière la qualité de l'environnement.

La loi vise donc tous les phénomènes susceptibles de modifier la qualité de l'environnement. Elle s'applique autant sur la propriété privée que sur la propriété domaniale[33]. Quant à l'article 22, il régit toutes les activités susceptibles d'émettre des contaminants dans l'environnement. La *Loi sur la qualité de l'environnement* n'est certainement pas une loi qui régit des affaires « privées, internes ou disciplinaires » ou qui vise à « réglementer la conduite dans une sphère d'activités privées et limitées » pour reprendre les propos de madame la juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Le régime de sanctions administratives pécuniaires peut donc s'appliquer à tout citoyen ou toute entreprise qui émet un contaminant dans l'environnement ou qui mène une activité susceptible d'affecter l'environnement.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Wigglesworth* et dans l'arrêt *Martineau*[34], indiqué qu'il fallait vérifier si le régime de sanction prévu est une procédure pénale de par sa nature ou si cette sanction entraîne de véritables conséquences pénales. Or, dans l'affaire *Martineau*, le juge Fish a énoncé trois (3) critères qui permettent de déterminer si nous sommes en présence d'une procédure de nature pénale :

---

30. LQE, *supra* note 3, art 126.
31. *Ontario* c *Canadien Pacifique Ltée* [1995] 2 RCS 1028. Voir également : *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage)* c *Hudson (Ville de)* [2001] 2 RCS 241.
32. LQE, *supra* note 3, art 20, al 2 *in fine*.
33. Yvon Duplessis, Jean C. HÉTU et Jean Piette, *La protection juridique de l'environnement au Québec*, Montréal, Thémis, 1982, p. 49-50.
34. *Martineau* c *MAN* [2004] 3 RCS 737.

> Pour déterminer la nature de la procédure, un examen de la jurisprudence sous l'éclairage des critères suivants s'imposent : (1) les objectifs de la loi et dispositions pertinentes ; (2) le but visé par la sanction ; (3) le processus menant à la sanction[35].

Les objectifs de la *Loi sur la qualité de l'environnement* sont de protéger l'environnement et de protéger la vie, la santé et la qualité de vie des citoyens. Ce sont des objectifs très vastes qui rejoignent l'ensemble de la société. Il ne s'agit pas d'une législation qui réglemente une activité économique particulière. Cependant, certaines sections de la *Loi sur la qualité de l'environnement* règlementent des activités particulières comme, par exemple, la section IV.2 du chapitre I portant sur les attestations d'assainissement qui s'appliquent à certaines catégories bien précises d'activités industrielles et les articles 79 et ss. qui réglementent les détenteurs de permis de gestion de matières dangereuses résiduelles. Cependant, il faut noter que le régime de sanctions administratives pécuniaires ne s'applique pas seulement à la discipline d'activités menées par des détenteurs de permis ou d'attestation d'assainissement mais il s'applique aussi à tous les citoyens, entreprises et municipalités susceptibles d'émettre un contaminant dans l'environnement (articles 20 et 21) ou qui entreprennent une activité susceptible de modifier la qualité de l'environnement (article 22).

Dans l'article 115.13 al 2(1), le législateur indique que les sanctions administratives pécuniaires visent certains objectifs, notamment celui d'inciter rapidement à la conformité et de dissuader la répétition des contraventions. On remarquera cependant la présence du mot « notamment » (c'est dans le texte de la loi), ce qui indique que ces sanctions ont d'autres objectifs, vraisemblablement celui qui est tout naturellement associé à la définition même d'une « sanction », à savoir l'imposition d'une peine à celui qui contrevient à une loi. En outre, l'examen du régime révèle des caractéristiques de celui-ci qui ne sont guère compatibles avec l'objectif déclaré de ce régime qui dit vouloir amener « rapidement » le contrevenant vers la conformité et le dissuader de répéter des manquements à la loi.

En effet, le législateur a introduit dans la loi[36], une règle de prescription de deux ans à compter de la date du manquement et une prescription virtuellement illimitée dans le cas où la contravention porte sur de fausses représentations, dans le cas d'une contravention à l'article 20 ou dans le cas d'un manquement relatif à des matières dangereuses puisque le délai de deux ans, absolument identique d'ailleurs au délai de prescription d'une sanction pénale à l'égard de ces trois types de contraventions[37], se calcule à compter de

35. *Ibid.*, par 24.
36. LQE, *supra* note 3, art 115.21 al 2.
37. *Ibid.*, art 115.46.

la date de l'inspection ou de l'enquête qui a donné lieu à la découverte du manquement[38].

Ces longs délais de prescription sont difficilement compatibles avec un objectif de dissuasion ou un objectif d'amener « rapidement » (c'est dans le texte de la loi) un contrevenant à la conformité. Un court délai de prescription est le seul qui soit vraiment susceptible d'inciter un contrevenant à se conformer « rapidement » ou de le dissuader de récidiver. L'effet dissuasif d'une sanction administrative pécuniaire imposée, par exemple, un an et demi après une contravention n'est pas très différent de celui d'une sanction pénale imposée dans un délai comparable après la commission d'une contravention. De la même façon, une sanction imposée dans un pareil délai est difficilement compatible avec l'objectif d'amener « rapidement » un contrevenant à la conformité.

Dans l'arrêt *Martineau*[39], la Cour suprême a cherché à déterminer si la sanction administrative pécuniaire imposée en vertu de la *Loi sur les douanes*[40], produisait une « véritable conséquence pénale ». S'exprimant pour la Cour, le juge Fish s'est intéressé à différents facteurs susceptibles d'identifier s'il y a une véritable conséquence pénale et, parmi ceux-ci, a mentionné qu'il n'y avait pas de telle conséquence dans le cas d'une pénalité imposée sur un bien importé illégalement au Canada en vertu de la *Loi sur les douanes* puisqu'il s'agit, dans ce cas, d'une pénalité *in rem*, c'est-à-dire « sur la chose » et non pas d'une sanction imposée sur une personne coupable d'une contravention.

Par contre, le juge Fish s'est intéressé au stigmate associé à une condamnation pénale comparativement à celle d'une sanction administrative pécuniaire imposée en vertu de la *Loi sur les douanes* qui, elle, ne stigmatise personne. La distinction que fait le juge Fish dans le cas de l'application de la *Loi sur les douanes* ne peut s'appliquer dans le cas de la *Loi sur la qualité de l'environnement* puisque le législateur a prévu des mesures de publicité identiques pour les sanctions administratives pécuniaires et les sanctions pénales[41]. Dans les deux cas, les sanctions administratives pécuniaires et les sanctions pénales seront affichées dans un registre public qui sera disponible sur le site Internet du ministère responsable de l'environnement[42]. La sanction administrative pécuniaire sera même affichée dès qu'elle sera imposée, tout comme la sanction pénale d'ailleurs.

---

38. LQE, *supra* note 3, art 115.21.
39. *Supra* note 34, par 63.
40. LRC 1970, c C-40, art 124.
41. LQE, *supra* note 3, art 118.5.1-118.5.2.
42. *Ibid.*, art 118.5.3.

Quant à l'indicateur que peut constituer la destination de la pénalité administrative ou de l'amende pénale[43], le législateur a prévu que les deux sont versées au Fonds vert constitué en vertu de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*[44].

Cette égalité de traitement entre les sanctions administratives pécuniaires et les sanctions pénales indique que le législateur accorde une importance égale ou comparable aux deux types de sanction, d'autant plus que le ministre est tenu de publier une foule de renseignements relativement à l'identité du contrevenant, à l'importance de la sanction et aux événements qui ont mené à l'imposition de ces sanctions. Les personnes sanctionnées par voie administrative seront donc aussi connues du grand public que les contrevenants sanctionnés sur le plan pénal et porteront le même stigmate à leur réputation. Même si la procédure de perception des sanctions administratives pécuniaires est une procédure civile, on peut se demander s'il ne s'agit pas, au fond, d'une procédure qui produit des conséquences véritablement pénales.

LE CADRE GÉNÉRAL D'APPLICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES ET DES RECOURS PÉNAUX

Lors de l'adoption du projet de loi n° 89, le législateur a innové en créant, dans la loi, une obligation pour le ministre d'élaborer et de rendre public un cadre général d'application des sanctions administratives et pénales, en spécifiant cinq éléments qui doivent s'y retrouver. L'article 115.13 énonce cette obligation et les éléments qui doivent se retrouver dans ce cadre général. Ainsi, ce cadre général doit préciser ce qui suit :

1) les objectifs poursuivis par ces sanctions qui sont « notamment » :
   a) une incitation à prendre « rapidement » des mesures de conformité ; et
   b) la dissuasion de la répétition de tels manquements ;
2) les catégories de fonctions dont sont titularisées les personnes désignées pour imposer ces sanctions ;
3) les critères qui doivent guider les fonctionnaires désignés, notamment la nature du manquement, son caractère répétitif, la gravité de l'atteinte ou du risque d'atteinte et les mesures remédiatrices prises par la personne en faute ;
4) les circonstances dans lesquelles le recours pénal sera priorisé ;

43. *Wigglesworth*, *supra* note 27, p. 561.
44. RLRQ, c M-30.001, art 15.4 (5.1) et (6).

5) les autres modalités, notamment l'obligation de transmettre préalablement un avis de non-conformité.

Cette liste d'éléments qui doivent figurer dans le cadre général d'application révèle les objectifs des sanctions administratives pécuniaires à savoir :

– une incitation à la conformité rapide ;
– une dissuasion à l'égard de la répétition d'un manquement à la loi ou aux règlements.

Un cadre général d'application intitulé *Cadre général d'application des sanctions administratives pécuniaires* a été publié sur le site Internet du ministère le 1er février 2012, date d'entrée en vigueur du régime des sanctions administratives pécuniaires[45]. Il est accompagné d'une directive administrative émise le 16 janvier 2012 intitulée *Directive sur le traitement des manquements à la législation environnementale* qui décrit le fonctionnement administratif des mesures d'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[46].

L'adoption d'un cadre général d'application répond à une demande faite par de nombreux intervenants au cours des années. L'Ontario et la Colombie-Britannique possèdent le leur[47]. Le gouvernement fédéral possède le sien[48]. Ce cadre général d'application a pour but d'informer le justiciable des circonstances dans lesquelles l'administration choisira d'imposer une sanction administrative pécuniaire ou une poursuite pénale ou de s'en tenir à un avis de non-conformité, tel que nous le verrons plus loin. L'examen de ces documents révèle que la sanction administrative pécuniaire sera appliquée surtout à l'égard de contraventions qui ont des conséquences « mineures », notamment dans les cas de contraventions récurrentes ou d'un affront à l'autorité du ministère.

---

45. Ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, Centre de contrôle environnemental, 2012, *Cadre général d'application des sanctions administratives pécuniaires* (article 115.13 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*), [en ligne] <http://www.environnement.gouv.qc.ca/lqe/renforcement/cadre-application-SAP.pdf>.
46. Ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs du Québec, Centre de contrôle environnemental, *Directive sur le traitement des manquements à la législation environnementale*, 2012, [en ligne] <http://mddep.gouv.qc.ca/lqe/directive-traitement-manquements.pdf>.
47. Ontario, *Guideline for Implementing Environmental Penalties (Ontario Regulations 222/07 and 223/07)*, 2007, [en ligne] <https://www.ontario.ca/page/guideline-implementing-environmental-penalties-ontario-regulations-22207-and-22307> et Colombie-Britannique, Ministry of Attorney General, Administrative of justice, *Administrative Monetary Penalties : A Framework for Earlier and More Effective Regulatory Compliance – A discussion paper*, [en ligne] <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/about-bc-justice-system/mediation/research-publications/admin-monetary-penalties.pdf>.
48. Environnement Canada, « Système de sanctions administratives pécuniaires – Document de consultation », [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=465314E0-1>, Environnement Canada, *Politique d'observation et d'application de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* [LCPE 1999] – mars 2001, [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=8233E4B5-1>, Environnement Canada, *Politique de conformité et d'application des dispositions de la Loi sur les pêches pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution – novembre 2001*, [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=8233E4B5-1>.

LA CODIFICATION DE LA NOTION D'AVIS DE NON-CONFORMITÉ

Une autre innovation du projet de loi n° 89 a été de codifier ce qui était connu jusqu'alors comme étant un « avis d'infraction » qui n'était autre chose qu'un avertissement émanant d'un fonctionnaire qui faisait état d'une infraction alléguée qui aurait été commise par la personne à qui l'avis d'infraction était destiné. Évidemment, cet avis d'infraction ne produisait aucun effet juridique. C'était en quelque sorte un avertissement émanant de l'administration à l'effet que certaines irrégularités ont été constatées par les fonctionnaires au cours d'une inspection. L'avis d'infraction ne produisait pas d'effet juridique mais pouvait être invoqué à l'occasion de mesures administratives d'intervention forcée telle une ordonnance ou une révocation de certificat d'autorisation, lors de mesures judiciaires comme une poursuite pénale ou une demande d'injonction.

La codification de l'avis d'infraction qui portera désormais le nom de « avis de non-conformité » est une initiative qu'on ne retrouve dans aucune autre loi provinciale ou fédérale. Le but de cette procédure est d'inciter la personne à qui l'avis de non-conformité est transmis « à prendre sans délai les mesures requises pour remédier au manquement[49] ». Le législateur mentionne que cet avis doit indiquer que le manquement pourrait donner lieu à une sanction administrative pécuniaire ou à une poursuite pénale. On ne sait pas, cependant, quelles seront les personnes qui émettront ces avis de non-conformité. Tout ce que le législateur dit, c'est qu'un tel avis peut être émis après constatation d'un « manquement » à la loi ou à un règlement. Cependant, à ce stade, aucune décision n'a encore été prise en ce qui concerne l'imposition d'une sanction administrative ou pénale. Le justiciable ne sait pas encore s'il sera sanctionné ou non. La transmission de cet avis de non-conformité n'en n'est pas moins une condition préalable obligatoire à l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire[50].

A cet égard, cet avis fait penser à une mise en demeure transmise avant d'intenter une poursuite judiciaire.

On peut cependant s'interroger sur la suffisance d'un avis de cette nature dans la perspective d'une sanction administrative pécuniaire. Si l'administration considère que la contravention devrait faire l'objet d'une sanction pénale, un constat d'infraction sera porté contre le justiciable et celui-ci aura droit à toutes les protections prévues dans de tel cas par la *Charte canadienne des droits et libertés* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*.

---

49. LQE, *supra* note 3, art 115.15.
50. LQE, *ibid*, art 115.13 al 2(5).

Dans certaines provinces[51], la sanction administrative est précédée d'un avis préalable qui énonce clairement la sanction que l'administration a l'intention d'imposer, ce qui permet à la personne qui le reçoit de faire des représentations conformément aux règles de justice naturelle qui s'appliquent lorsque l'administration rend une décision individuelle susceptible d'affecter les droits d'une personne. Au Québec, cette règle est codifiée à l'article 2 de la *Loi sur la justice administrative*[52]. En fait, pour que cet avis réponde aux critères applicables en la matière, il faut généralement que l'avis soit suffisamment détaillé pour que l'administré puisse savoir ce qu'on lui reproche et faire valoir ses moyens. Pour respecter de tels standards, l'avis devrait énoncer assez clairement non seulement le manquement reproché à l'administré, mais également la sanction administrative pécuniaire à laquelle il s'est exposé. D'ailleurs, l'article 4 de la *Loi sur la justice administrative*[53] requiert que l'administration gouvernementale prenne les mesures appropriées pour qu'un administré ait l'occasion de fournir les renseignements utiles à toute prise de décision le concernant.

Cependant, le législateur n'a prescrit aucun mécanisme ou délai à l'intérieur duquel la personne visée par un tel avis peut répondre ou fournir des explications. On ne sait pas si celui qui émettra l'avis invitera la personne visée à répondre à cet avis. De toute évidence, il est fort probable que l'administré pourra exercer ses droits davantage au stade du réexamen d'une sanction administrative pécuniaire, tel que nous le verrons ci-dessous.

LA PREMIÈRE DÉCISION : L'IMPOSITION DE LA SANCTION ADMINISTRATIVE PÉCUNIAIRE

La sanction administrative pécuniaire conçue par le législateur québécois n'est pas imposée par le ministre mais plutôt par « une personne désignée par le ministre[54] ». La sanction administrative pécuniaire prend la forme d'une réclamation qui énonce le montant réclamé, les motifs de son exigibilité, le délai à compter duquel il porte intérêt, le droit de contester la réclamation en réexamen et des informations relatives aux modalités de perception de la pénalité administrative pécuniaire. Elle comprend aussi la délivrance du certificat de recouvrement prévue à l'article 115.53 et les conséquences de cette sanction quant au risque de refus ou de révocation d'une autorisation et au risque de

51. Ontario : *Environmental penalties*, *supra* note 17, art 5 ; Saskatchewan : EMPA Sask, *supra* note 11, art 88(2) ; Nouveau-Brunswick : LAA, N-B, *supra* note 11, art 31(3).
52. *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c J-3, art 2 [LJA].
53. *Ibid.*, art 4.
54. RLQE, *supra* note 3, art 115.16.

sanctions pénales que l'administration se réserve le droit de prendre[55]. Une sanction administrative pécuniaire peut porter sur plusieurs « manquements » et peut reprocher des manquements à plusieurs dates différentes puisqu'un manquement qui se poursuit pendant plusieurs jours constitue autant de « manquements » séparés[56]. L'effet cumulatif de plusieurs manquements distincts et de manquements qui se poursuivent plusieurs jours peut donner lieu à des réclamations de plusieurs dizaines ou centaines de milliers de dollars, surtout dans le cas d'une personne morale.

Le montant dû porte intérêt à compter du 31e jour suivant la notification de l'avis de réclamation, au taux prévu au premier alinéa de l'article 28 de la *Loi sur l'administration fiscale*[57] sauf qu'il peut y avoir suspension des intérêts si la décision en réexamen est rendue plus de 30 jours après réception de la demande[58] et que le Tribunal administratif du Québec peut adjuger sur cette question dans le cadre d'un éventuel recours en contestation de la sanction administrative pécuniaire[59]. La personne qui impose la sanction jouit d'une discrétion importante puisqu'il lui appartient de déterminer la sanction la plus « appropriée[60] » lorsque plusieurs sanctions seraient applicables aux mêmes faits. Par contre, elle n'a pas de discrétion quant au montant de la sanction à imposer, puisque le montant afférent à chaque manquement est un montant fixe qui est prévu aux articles 115.23 à 115.26 et qui sera différent dans le cas d'une personne physique et d'une personne morale. La discrétion de ce décideur portera sur l'opportunité d'imposer une sanction administrative pécuniaire, sur le choix de l'article de loi à associer au manquement constaté et sur le nombre de jours à sanctionner.

Le fonctionnaire qui impose une sanction administrative pécuniaire n'est tenu à aucune règle procédurale particulière sauf les règles liées au formalisme du contenu de sa décision tel qu'expliqué ci-dessus. Il n'est tenu à aucun préavis. Il suivra la *Directive sur le traitement des manquements à la législation environnementale* et le *Cadre général d'application*[61]. Il n'est pas tenu de produire ou de joindre à sa décision quelque pièce, photographie ou autre rapport.

L'imposition d'une sanction administrative pécuniaire selon une telle procédure ressemble à certains égards, à la fois, à l'acte d'accusation et au jugement qui est rendu contre un individu, une personne morale ou une municipalité à qui on reproche une infraction sanctionnée sur le plan pénal sauf

55. *Ibid.*, art 115.48.
56. *Ibid.*, art 115.22.
57. RLRQ, c A-6.002. [LAF].
58. LQE, *supra* note 3, art 115.20 al 2.
59. *Ibid.*, art 115.49 al 2.
60. *Supra* note 45, p. 4.
61. *Ibid.*

que la personne qui porte l'accusation agit à la fois comme un poursuivant et comme un juge puisqu'elle a le pouvoir non seulement d'apprécier les faits relatés dans un avis de non-conformité mais aussi d'imposer la sanction. Elle est en quelque sorte, à la fois juge et partie. Quant à la personne visée par la sanction, elle n'a évidemment pas droit au doute raisonnable. Elle est, à toutes fins pratiques, présumée avoir commis la contravention qui lui est reprochée. Celui qui a imposé la sanction n'est pas obligé d'en faire la preuve. Par comparaison avec le régime pénal, c'est comme si le poursuivant a fait la preuve de l'*actus reus* de la commission de l'infraction.

À compter du moment où la sanction est imposée, le fardeau de la preuve est renversé[62] et il incombera au justiciable de démontrer que la sanction n'est pas appropriée ou justifiée. Il y a donc effectivement, à partir de ce moment, renversement du fardeau de la preuve. La personne sanctionnée devra, par prépondérance de preuve, chercher à obtenir une révision de la sanction ou la contester, selon la procédure et les modalités qui ont été définies par le législateur.

LA DEUXIÈME ÉTAPE : LE RÉEXAMEN DE LA SANCTION

Lorsqu'elle reçoit une sanction administrative pécuniaire, la personne ou la municipalité visée peut demander le réexamen de la décision dans les trente jours de la notification de l'avis de réclamation[63]. Le réexamen est effectué par une personne désignée par le ministre, laquelle doit relever d'une autorité administrative distincte de celle du premier décideur[64]. On ignore combien de personnes seront désignées pour procéder au réexamen des sanctions administratives pécuniaires mais le ministre a, dans un communiqué de presse du 1er février 2012, annoncé la constitution d'un « Bureau de réexamen des sanctions administratives pécuniaires[65] ». On ignore tout de la formation ou de la compétence de ces personnes mais on sait qu'elles seront dirigées par un réviseur en chef qui a été désigné par le ministre.

Le législateur a prévu que le demandeur en réexamen doit avoir l'occasion de présenter des observations et de produire des documents « pour compléter

62. Dans l'arrêt *R* c *Wholesale Travel Group Inc* [1991] 3 RCS 154, la Cour suprême du Canada a jugé que le renversement du fardeau de la preuve dans le cas d'une infraction de responsabilité stricte enfreint l'article 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que contraire à la présomption d'innocence protégée constitutionnellement, mais a considéré que l'atteinte à la présomption d'innocence est justifiée dans le contexte d'une société libre et démocratique tel que le prévoit l'article 1 de la *Charte*.
63. LQE, *supra* note 3, art 115.17.
64. *Ibid.*, art 115.18.
65. Cabinet du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs du Québec, Communiqué, « Application de la Loi sur la qualité de l'environnement – Mise en place du bureau de réexamen des sanctions administratives pécuniaires » (1er février 2012), [en ligne] <http://www.mddep.gouv.qc.ca/Infuseur/communique.asp?no=2035>

son dossier[66] ». Il n'est indiqué nulle part que le demandeur en réexamen aura le droit, à ce stade, d'avoir accès à son dossier bien qu'on puisse supposer qu'un tel accès est implicite si le justiciable veut avoir l'occasion « de compléter son dossier ». Comment pourrait-il compléter quelque chose dont il ignore le contenu ? Rendu à ce stade, le justiciable ne peut se taire. Il n'a pas droit au silence sinon il sera lié par la présomption de responsabilité créée par la sanction imposée par le premier décideur. À la lumière du dossier dont il aura sans doute pris connaissance[67], le justiciable aura le droit de soumettre des arguments et de soumettre de la preuve pour appuyer ses arguments, le cas échéant. L'article 115.19 prévoit que la personne chargée du réexamen décide « sur dossier », ce qui signifie que le justiciable n'a pas droit à une audition en bonne et due forme comprenant la production de témoins, le contre-interrogatoire du premier décideur ou de l'inspecteur ou autres témoins du ministère responsable de l'environnement. Le législateur a néanmoins accordé la possibilité pour le réviseur, à son entière discrétion, de « procéder autrement[68] ». Ceci pourrait éventuellement permettre la tenue d'une audition et la présentation d'une défense plus élaborée.

Parmi les « observations » que présentera le justiciable, il lui sera loisible d'invoquer les moyens de défense ou de disculpation décrits ci-dessous dans la section consacrée aux moyens de défense.

Quant à la personne chargée du réexamen, elle a le pouvoir de confirmer, d'infirmer ou de modifier la décision originale[69]. Le mot « modifier » peut laisser perplexe puisque le premier décideur n'a aucune discrétion quant au montant d'amende qu'il peut imposer pour chaque « manquement » constaté. Les montants des sanctions administratives pécuniaires prévus par le législateur[70] sont en effet, des montants fixes qui dépendent de la nature du « manquement » relevé. On peut penser que le pouvoir de « modifier » la décision du premier décideur pourra porter sur le nombre de jours pendant lesquels un manquement sera sanctionné ou peut-être la classification de ce « manquement » parmi les quatre catégories prévues aux articles 115.23 à 115.26. Le législateur exige expressément qu'une demande en réexamen soit traitée avec diligence[71], ce qui est de toute façon déjà prévu en des termes semblables à l'article 4(3°) de la *Loi sur la justice administrativ*e. Il en va de même de l'exigence que la décision

66. LQE, *supra* note 3, art 115.19 et LJA, *supra* note 52, art 4(2).
67. En matière pénale, la communication de la preuve au défendeur est obligatoire : voir *R* c *Stinchcombe* [1991] 3 RCS 326.
68. LQE, *supra* note 3, art 115.19.
69. *Ibid.*
70. Un montant de 250 $, 500 $, 1 000 $ ou de 2 000 $ pour une personne physique et de 1 000 $, 2 500 $, 5 000 $ ou de 10 000 $ pour une personne morale ou municipalité selon la classification du « manquement » reproché au justiciable. LQE, *supra* note 3, art 115.23-115.26.
71. *Ibid.*, LQE, art 115.20 al 1.

en réexamen soit rédigée en termes clairs et concis et motivée avec mention du droit de la contester devant le Tribunal administratif du Québec et du délai d'une telle contestation[72]. Le 1égislateur a prévu qu'une décision en réexamen devait être rendue dans les trente jours de la réception d'une demande ou du délai requis pour présenter des observations ou produire des documents sans quoi les intérêts sont suspendus jusqu'à ce que la décision soit rendue[73].

On ignore quelle sera la valeur de ce « réexamen » par un fonctionnaire de la décision de première instance rendue par un de ses collègues du même ministère, même s'il appartient à une « autorité administrative différente » de celle du premier décideur. Généralement, l'instance chargée de réexaminer une décision administrative ou quasi-judiciaire doit avoir une certaine « distance », un certain détachement ou une indépendance par rapport au premier décideur. Cette exigence est requise pour assurer la crédibilité du processus et assurer au justiciable qu'il s'adresse à une instance qui jettera un regard impartial sur son dossier. La crédibilité est en effet un ingrédient essentiel du succès d'un mécanisme de cette nature.

LA TROISIÈME ÉTAPE : LE RECOURS DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU QUÉBEC

Si le justiciable est insatisfait de la décision rendue à l'étape du réexamen parce qu'il n'aurait pas réussi à convaincre le « réviseur » de sa diligence raisonnable ou d'un autre motif justifiant que la sanction administrative pécuniaire soit annulée ou modifiée, il peut la contester devant le Tribunal administratif du Québec (TAQ)[74]. Il s'agit d'une contestation qui se déroulera enfin devant un tribunal qui est une instance véritablement différente et indépendante du ministère responsable de l'environnement et des deux fonctionnaires qui ont rendu les première et deuxième décisions relatives à la sanction administrative pécuniaire imposée au justiciable.

Le TAQ est, depuis de nombreuses années, le tribunal qui agit comme instance d'appel (ou de « contestation ») des décisions administratives rendues en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[75]. C'est devant ce tribunal que le justiciable peut espérer avoir une audition véritablement impartiale. Le justiciable pourra en effet présenter une preuve et faire entendre des témoins[76]. Il pourra invoquer les moyens disculpatoires décrits dans la section consacrée aux moyens de défense. Il devra soumettre une preuve prépondérante à l'égard

72. LJA, *supra* note 52, art 4(3) et 8.
73. LQE, *supra* note 3, art 115.20 al 2.
74. LQE, *ibid*, art 115.49.
75. *Ibid.*, art 96.
76. LJA, *supra* note 52, art 128-142.

de chaque moyen de défense choisi. Si on examine la jurisprudence du TAQ relativement aux recours rendus en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, on constate que ses décisions ont presque toujours confirmé les décisions du ministère responsable de son application. Il n'entre pas dans le cadre de ce chapitre d'analyser les raisons de toutes ces décisions favorables au ministère, mais on doit constater que les justiciables ont eu plus de chance devant la Cour du Québec et la Cour supérieure[77].

Dans les 30 jours de la réception de la requête en contestation, le dossier de la décision contestée est transmis au TAQ et au requérant[78]. Cela équivaut un peu à la communication de la preuve du poursuivant en matière pénale. Dans le cadre du recours devant le TAQ, celui-ci aura à statuer sur le mérite des moyens de contestation invoqués par le justiciable. Il pourra aussi être appelé à déterminer si la décision du ministère est raisonnable. En fait, le TAQ tient une sorte de procès de novo. Il peut substituer sa discrétion à celle des deux décideurs qui l'ont précédé et même statuer sur l'opportunité de la sanction. En effet, comme il s'agit de la contestation d'une décision, le deuxième alinéa de l'article 15 de la *Loi sur la justice administrative* permet au TAQ de confirmer, modifier ou infirmer la décision et, « s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu ».

A l'égard des moyens disculpatoires soulevés par le justiciable, le rôle du TAQ sera comparable à celui d'un tribunal pénal appelé à statuer sur un moyen de défense soulevé à l'encontre d'une accusation portée pour une infraction de nature pénale. La différence, c'est cependant que, devant le TAQ, le justiciable ne bénéficie pas de la présomption d'innocence ni du doute raisonnable. Par contre, devant le TAQ, les inspecteurs du MDDEP et le justiciable peuvent être contre-interrogés puisque les règles de procédure sont celles qui s'appliquent en matière civile.

LES MOYENS DE DÉFENSE OU DE DISCULPATION

Le législateur n'a pas prévu les moyens de défense ou de disculpation que pourrait invoquer une personne qui se voit imposer une sanction administrative pécuniaire contrairement au régime en vigueur en Ontario qui, à l'article 181(6)

---

77. Voir notamment : *9007-5193 Québec inc* c *Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2006 QCCS 4527, j Carol Cohen (Requête pour suspendre l'exécution accueillie (CA, 2006-11-17), 500-09-017036-062. Appel rejeté (CA, 2007-05-10)) ; *Ferme René Gagnon, s.e.n.c.* c *Tribunal administratif du Québec*, 2006 QCCS 968, j Michel Richard ; *Girard* c *Tribunal administratif du Québec, Section du territoire et de l'environnement*, JE 2001-1282, j Micheal Sheehan (CQ) ; *Les atocas de l'érables inc* c *PG,* 2012 QCCS 912, *9047-4784 Québec inc* c *Béchard*, 2007 QCCS 710, j Luc Lefebvre (règlement hors cour) ; *PG* c *Aliments Breton inc*, 2008 QCCQ 4715, j Sylvie Marcotte ; *PG* c *Produits JCV inc*, J.E. 95-1943, j Denis R Lanctôt (CQ) ; *PG* c *Ultramar Canada inc*, JE 98-745, j Jean-Yves Tremblay (CQ).
78. LJA, *supra* note 52, art 114 al 1.

de la *Loi sur la protection de l'environnement*[79], a exclu certains moyens de défense qui, autrement, auraient pu être soulevés par une entreprise réglementée, même s'il les a réhabilités dans la réglementation en permettant à l'entreprise visée par une sanction d'obtenir une réduction du montant de celle-ci si elle peut démontrer certains éléments de diligence[80]. Comme le législateur québécois n'a prévu aucune disposition écartant un moyen ou plusieurs moyens de défense, il est permis d'esquisser ceux qui pourraient vraisemblablement être invoqués pour contester une sanction administrative pécuniaire. En effet, il serait contraire aux règles élémentaires de justice qu'une personne puisse être sanctionnée alors que le manquement qui lui est reproché peut s'expliquer par des faits et des circonstances qui sont de nature à le disculper. La liste des moyens disculpatoires exposés ci-dessous n'a aucun caractère exhaustif. Ces moyens peuvent être soulevés autant à l'étape du réexamen qu'à l'étape de la contestation devant le TAQ quoique le justiciable disposera de moyens procéduraux plus élaborés devant le TAQ (notamment la production de témoins, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire).

La diligence raisonnable

La notion de « diligence raisonnable » fait partie des moyens de défense qu'une personne peut invoquer contre toute accusation dite « de responsabilité stricte » tel que la Cour suprême du Canada l'a énoncé dans l'affaire *R c Sault Ste-Marie*[81]. Ce moyen de défense s'applique notamment aux infractions réglementaires comme les infractions en matière d'environnement. La diligence raisonnable a également été reconnue comme étant un moyen de défense légitime à l'encontre des sanctions administratives pécuniaires[82]. Dans le contexte d'une sanction administrative pécuniaire, il s'agit pour le justiciable de démontrer qu'il a pris toutes les mesures requises pour respecter la loi et éviter le manquement qui lui est reproché.

Les erreurs d'interprétation des faits ou du droit

Il devrait être loisible à un justiciable de soulever toute erreur de droit dans l'interprétation de la loi ou d'un règlement ou toute erreur relativement à l'appréciation des faits allégués dans le manquement qui est reproché au

---

79. LPE, Ont, *supra* note 11.
80. *Environmental penalties*, *supra* note 17, art 16-18. Voir également LPAME, *supra* note 11, art 11.
81. *R* c *Sault Ste-Marie* [1978] 2 RCS 1299 [*Sault Ste-Marie*].
82. Voir notamment : *Pillar Oilfield Projects Ltd* c *R* [1993] TCJ N 764 ; *Whistler Mountain Shi Corp* c *British Columbia (Liquor Control & Licensing Branch)*, 2002 BCCA 426 ; *504174 NB Ltd* c *New Brunswick (Minister of Public Safety)*, 2005 NBCA 18 ; *Consolidated Canadian Contractors Inc* c *Canada* [1999] 1 CF 209 ; *Installations électriques Aubert inc* c *Corp des maîtres électriciens du Québec* (1985) DTE 85T-671 (CA), p. 5.

justiciable. Le justiciable trouvera peut-être aussi des arguments dans l'application du *Cadre général d'application des sanctions administratives pécuniaires* (article 115.13 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*) qui a été promulgué par le ministre en vertu de l'article 115.13. Il s'agit d'un de ces documents normatifs « officiels » au statut juridique imprécis adopté par le ministre en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* qui n'a pas le caractère obligatoire d'un texte réglementaire mais qui sert de cadre à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi, notamment les pouvoirs prévus aux articles 115.16 et 115.19.

Les erreurs quant à la légalité procédurale

Le justiciable devrait être en mesure d'obtenir un redressement s'il y a eu non-respect des règles d'équité procédurale prescrites par l'article 2 de la *Loi sur la justice administrative*, notamment le défaut de transmettre préalablement un ;vis de non-conformité, le défaut d'accorder l'occasion de présenter des observations au stade du réexamen ou le défaut de respecter toute exigence procédurale prescrite aux articles 115.14 à 115.22, 115.48 ou 115.49 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.

L'erreur de fait raisonnable

La notion d'« erreur de fait raisonnable » est un moyen de défense apparenté à la diligence raisonnable qui a également été reconnue dans l'affaire *R* c *Sault Ste-Marie*[83] et qui permet à une personne de se disculper d'une accusation en invoquant une erreur portant sur un fait matériel constitutif du manquement qui est reproché à la personne sanctionnée[84]. Cette erreur doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle réfère au comportement d'une personne raisonnable placée dans des circonstances semblables. Comme en matière pénale, l'erreur de droit ne devrait pas constituer un moyen de disculpation acceptable sauf si celle-ci est induite par un fonctionnaire tel qu'indiqué ci-dessous.

La défense d'erreur provoquée par les autorités

Si un fonctionnaire a, par ses écrits, ses paroles ou son comportement, laissé croire à un justiciable qu'une chose était permise, celui-ci pourra invoquer la défense d'erreur provoquée par les autorités[85]. Pour être recevable, ce moyen de défense doit toujours être raisonnable, selon la règle du comportement

83. *Sault Ste-Marie*, *supra* note 81, p. 1326.
84. *R* c *Chapin* [1979] 2 RCS 121.
85. Paule Halley, *Le droit pénal de l 'environnement : l'interdiction de polluer*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 242-260.

d'une personne raisonnable placée en pareilles circonstances. Ce moyen de défense ne peut servir à justifier la mauvaise foi ou la négligence d'un justiciable. En matière pénale, ce moyen de défense peut donner lieu à un arrêt des procédures[86] ou à un acquittement[87]. Dans le cas d'une sanction administrative pécuniaire, ce moyen de disculpation devrait pouvoir infirmer la décision qui l'impose.

La défense de nécessité

Ce moyen de défense s'applique lorsqu'une personne accomplit un acte dans un contexte d'urgence parce que cet acte lui paraît être celui qui causera le moins de conséquences négatives sur le plan de l'environnement ou sur tout autre plan tel que la protection des biens ou de la vie. Il doit s'agir d'un acte qui n'était pas véritablement volontaire parce que le justiciable n'avait pas vraiment d'autres choix.

La défense d'impossibilité

Ce moyen de défense réfère à une impossibilité physique d'agir en raison d'un événement fortuit ou d'une force majeure qui est hors du contrôle du justiciable. Ces événements créent une situation où le justiciable n'a plus la possibilité d'agir dans le respect de la loi.

De minimis non curat lex

Pour être en mesure d'invoquer ce moyen de défense, il faut que la contravention reprochée constitue une banalité ou un cas de peu d'importance qui ne mérite pas d'être sanctionné. Ce moyen de défense s'applique notamment lorsque le législateur établit une prescription juridique en des termes généraux, ce qui permet un certain degré d'appréciation des faits eu égard aux termes de la loi. Ce moyen de défense a notamment été reconnu dans l'affaire *Ontario* c *Canadien Pacifique Ltée*[88].

LA CLASSIFICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES PÉCUNIAIRES

Le législateur a réparti en quatre catégories distinctes tous les « manquements » qu'il est possible de faire à l'égard de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Ces catégories regroupent les manquements en fonction de leur gravité ou de leurs conséquences environnementales tel que l'a déterminé le législateur. Il a

86. *Lévis (Ville)* c *Tétreault*; *Lévis (Ville)* c *2629-4470 Québec inc* [2006] 1 RCS 420.
87. *PG du Québec* c *Allard*, JE 2001-401.
88. *Supra* note 31.

donc procédé, pour le régime des sanctions administratives pécuniaires de la même façon dont il a procédé pour le régime des sanctions pénales. D'ailleurs, on remarque que les quatre catégories de manquements reproduisent chacune approximativement les mêmes contraventions qui sont qualifiées d'« infractions » pour les fins du régime de sanctions pénales qu'on retrouve aux articles 115.29 à 115.32 et de « manquements » pour les fins du régime de sanctions administratives pécuniaires. Voici le tableau des sanctions administratives pécuniaires prévues par le législateur :

TABLEAU 1 : CLASSIFICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES PÉCUNIAIRES PRÉVUES PAR LA LOI SUR LA QUALITÉ DE L'ENVIRONNEMENT

Article L.Q.E.	Personne physique	Personne morale
115.23	250 $	1 000 $
115.24	500 $	2 500 $
115.25	1 000 $	5 000 $
115.26	2 000 $	10 000 $

Le législateur a prévu qu'une sanction administrative pécuniaire imposée en vertu de ce régime serait d'un montant fixe. Celui qui a le pouvoir de l'imposer ne jouit d'aucune discrétion quant au montant à réclamer de la personne qui a commis un manquement. Il ne peut ni l'augmenter ni la diminuer en raison des circonstances de l'affaire[89]. La sanction sera moins élevée si le contrevenant est une personne physique. Ainsi, les manquements les plus bénins sont punis d'une sanction de 250 $ dans le cas d'une personne physique et de 1 000 $ dans le cas d'une personne morale. Les manquements les plus importants sont punis d'une sanction de 2 000 $ dans le cas d'une personne physique et de 10 000 $ dans le cas d'une personne morale.

Ces sanctions administratives pécuniaires sont dans le même ordre de grandeur que celles prévues dans les autres lois environnementales provinciales. Ainsi, en Alberta et au Nouveau-Brunswick, la sanction administrative pécuniaire ne peut excéder un montant de 5 000 $[90]. Cependant, la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario prévoit qu'une telle sanction peut être, dans les cas les plus graves, de l'ordre de 100 000 $[91]. Une contravention qui se poursuit dans le temps peut donner lieu à un manquement séparé pour

89. Contrairement à l'Ontario et à l'Alberta où la règlementation permet de moduler la sanction en raison des faits et circonstances de la contravention. Voir : *Environmental penalties*, *supra* note 17, art 7-18 et *Administrative Penalty Regulation*, Alta Reg 23/2003, art 3.
90. *Ibid.*, *Administrative Penalty Regulation*, art 3(3) et LAA, N-B, *supra* note 11, art 31(5).
91. LPE, Ont, *supra* note 11, art 182.1(5).

chaque jour durant lequel il se poursuit, ce qui peut avoir pour effet de multiplier le montant total de la sanction[92].

L'EXÉCUTION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES PÉCUNIAIRES

La sanction administrative pécuniaire de la *Loi sur la qualité de l'environnement* prend la forme, techniquement, d'un avis de réclamation émanant de la personne qui a imposé la sanction[93].

Le montant dû porte intérêts à compter du 31e jour suivant la notification de l'avis de réclamation, au taux prévu au premier alinéa de l'article 28 de la *Loi sur l'administration fiscale*[94]. Il peut y avoir suspension des intérêts si une décision en réexamen n'est pas rendue dans les trente (30) jours de la réception d'une demande de réexamen ou de tout délai requis par le demandeur pour présenter des observations ou produire des documents[95]. Également le TAQ peut, lorsqu'il rend sa décision sur la contestation d'une sanction administrative pécuniaire, statuer sur les intérêts courus pendant la durée du recours[96].

L'État dispose de bien des moyens pour assurer le paiement d'une sanction administrative pécuniaire. Par exemple, l'article 115.50 prévoit que les administrateurs et dirigeants d'une personne morale sont solidairement tenus, avec la personne morale, au paiement d'une sanction administrative pécuniaire. Ils peuvent se disculper de cette responsabilité en établissant avoir fait preuve de prudence et de diligence pour prévenir le manquement qui a donné lieu à la sanction. Il s'agit ici d'une sorte de défense de diligence raisonnable en matière civile. On l'appelle une « preuve de prudence et de diligence ». La preuve de prudence et de diligence doit porter non pas sur le non-paiement de la sanction, mais sur la prévention du manquement qui a donné lieu à la sanction.

Pour assurer le paiement de la sanction, l'État bénéficie aussi d'une garantie par hypothèque légale sur les biens meubles et immeubles du débiteur[97]. Le législateur a prévu que le débiteur et le ministre peuvent conclure une entente de paiement du montant dû et il a prévu aussi que le paiement ou toute entente de paiement conclue avec le ministre ne constitue pas une reconnaissance des faits ayant donné lieu à la sanction[98].

---

92. LQE, *supra* note 3, art 115.22.
93. *Ibid.*, art 115.48.
94. LAF, *supra* note 57.
95. LQE, *supra* note 3, art 115.20 al 2.
96. *Ibid.*, art 115.49 al 2.
97. *Ibid.*, art 115.51.
98. *Ibid.*, art 115.52.

Si le débiteur ne paie pas la totalité du montant dû ou ne respecte pas une entente conclue avec le ministre à cette fin, celui-ci peut délivrer un certificat de recouvrement à l'expiration de l'un ou l'autre des délais suivants :

(i) le délai pour demander le réexamen de la décision ;

(ii) le délai pour contester la décision devant le TAQ ; ou

(iii) un délai de trente (30) jours suivant la décision finale du TAQ[99].

Le ministre a même la possibilité de délivrer un certificat de recouvrement avant l'expiration de ces délais s'il considère que le débiteur tente d'éluder le paiement[100]. Après délivrance du certificat de recouvrement, tout remboursement dû au débiteur par le ministre du Revenu peut faire l'objet d'une retenue[101]. Ce mécanisme a été conçu pour faciliter la perception des sanctions administratives pécuniaires ainsi que de tous les autres montants dus au ministre en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ou de ses règlements[102].

En outre, le ministre peut déposer son certificat de recouvrement au greffe d'un tribunal, accompagné d'une copie de la décision définitive qui établit la dette, ce qui rend le certificat exécutoire comme s'il s'agissait d'un jugement définitif et sans appel du tribunal[103]. Le débiteur est également tenu au paiement de frais de recouvrement dans les cas et selon les modalités prévus par arrêté ministériel[104]. Enfin, le ministre peut déléguer ses pouvoirs en matière de recouvrement d'un montant dû à un autre ministère ou à un organisme[105].

LE CUMUL DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES PÉCUNIAIRES ET DES SANCTIONS PÉNALES

Un des aspects les plus controversés du projet de loi n° 89 concerne le cumul des sanctions administratives pécuniaires et des sanctions pénales. Cela veut dire que le ministère responsable de l'environnement peut, lorsqu'il y a une contravention à la *Loi sur la qualité de l'environnement*, réclamer du contrevenant à la fois une sanction administrative pécuniaire suivie d'une sanction pénale pour la même contravention. Le législateur a prévu qu'une personne pouvait donc être sanctionnée deux fois pour la même contravention, selon

99. *Ibid.*, art 115.53.
100. *Ibid.*, art 115.53 al 2.
101. *Ibid.*, art 115.54.
102. Par exemple, *Ibid.*, art 115.01 et 115.1 et le *Règlement sur la redevance exigible pour l'utilisation de l'eau*, RLRQ 1981, c Q-2, r 42.1.
103. LQE, *supra* note 3, art 115.55.
104. *Ibid.*, art 115.56.
105. *Ibid.*, art 115.57.

des modalités différentes. Il a cependant prévu, à l'article 115.14, qu'une sanction administrative pécuniaire ne peut pas être imposée si un constat d'infraction a été signifié relativement à une contravention à la même disposition de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, survenue le même jour et fondée sur les mêmes faits.

Le concept de sanctionner deux fois une même personne pour une même contravention heurte les règles qui s'appliquent habituellement lorsqu'il s'agit d'imposer une peine à une personne. Cette règle importante a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Kienapple*[106]. Il s'agit d'une règle qui est maintenant constitutionnalisée et protégée à l'article 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[107] et à l'article 37.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[108].

L'à-propos de permettre une double sanction pour une contravention de la *Loi sur la qualité de l'environnement* nous semble bien discutable. En effet, on peut se demander pourquoi l'administration devrait-elle intenter des poursuites pénales contre des personnes qu'elle a déjà choisi de sanctionner par voie de pénalités administratives. Après tout, une peine est une peine. D'ailleurs, ce type de législation est peu fréquent dans les lois environnementales des différentes provinces du Canada et au niveau fédéral. En fait, les doubles sanctions pour la même contravention sont interdites en vertu de l'article 41 de la *Loi sur la sûreté du transport maritime*[109], de l'article 233 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*[110], de l'article 237(3) de l'*Environmental Protection and Enhancement Act* de l'Alberta[111], de l'article 115(8) de l'*Environmental Management Act* de la Colombie-Britannique[112], de l'article 31(8) de la *Loi sur l'assainissement de l'air* du Nouveau-Brunswick[113] et de l'article 13(1) de la *Loi fédérale sur les pénalités administratives en matière d'environnement*[114]. Seul l'Ontario permet d'intenter une poursuite pénale même lorsqu'une personne a déjà été sanctionnée par une pénalité administrative[115].

106. *Kienapple* c *R* [1975] 1 RCS 729.
107. *Supra* note 24.
108. *Ibid.*
109. LSTM, *supra* note 11.
110. LMMC, *supra* note 11.
111. EPEA, Alb, *supra* note 11.
112. EMA, C-B, *supra* note 11.
113. LAA, N-B, *supra* note 11.
114. LPAME, *supra* note 11, art 126.
115. LPE, Ont, *supra* note 11, art 182.1(11).

Il faut dire également que la dissuasion est aussi une considération pertinente pour la détermination d'une peine en matière pénale[116] et que le retour à la conformité peut être obtenu par les menaces inhérentes au mécanisme de l'avis de non-conformité. Enfin, outre l'aspect de la double condamnation qui nous apparaît contestable, on devra se pencher également sur l'aspect de la gestion de la preuve qui aura été faite en réexamen ou devant le TAQ.

CONCLUSION

Le nouveau régime de sanctions administratives pécuniaires adopté pour faciliter l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement* n'est pas sans susciter des préoccupations sérieuses, notamment au plan du respect des droits et libertés de la personne. Ce régime permet sans doute de sanctionner les contrevenants plus rapidement et d'engranger des sommes d'argent dans le Fonds vert. Dans ce sens, c'est une sorte d'éco-justice expéditive. Mais, cette forme d'éco-justice est-elle conforme aux standards de nos règles de justice ?

En instaurant un régime de portée universelle, c'est-à-dire un régime de sanctions administratives pécuniaires qui s'applique à toutes les dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* en parallèle au régime de sanctions pénales qui s'applique aux mêmes dispositions, le législateur s'est trouvé à mettre en place dans une même loi deux régimes de sanctions qui visent à infliger des peines à toutes les personnes qui contreviennent à la *Loi sur la qualité de l'environnement* et à ses règlements même si les peines du régime de sanctions administrative pécuniaires semblent viser prioritairement certains objectifs précis. Bien qu'il ne prévoie pas l'imposition d'une peine d'emprisonnement, le régime des sanctions administratives pécuniaires est susceptible d'avoir un impact non négligeable auprès des justiciables qui pourront ainsi être sanctionnés sans pouvoir bénéficier des droits qui s'appliquent normalement quand l'État cherche à punir une personne qui a contrevenu à une loi.

116. *R* c *Kenaston Drilling (Arctic) Limited* (1973) 12 CCC (2d) 383 ; *PG* c *Services environnementaux Laidlaw (Mercier)* JE 98-117 (CS), p. 13 ; *R* c *United Keno Hill Mines Limited* (1980) 10 CELR 43 (Cterr Y).

Chapitre 28

La détermination des peines innovantes dans le cadre des poursuites pour infraction environnementale : aperçu du droit canadien

John D. Cliffe, c.r.

CONTEXTE

Il va sans dire que le moment le plus déterminant d'un procès criminel est la sentence. Il en va de même d'un procès pour une infraction environnementale.

La Cour suprême du Canada envoie clairement aux tribunaux de première instance le message que la détermination des peines pour les infractions aux lois sur l'environnement doit être prise très au sérieux[1].

La Cour suprême du Canada a qualifié les mesures de prévention de la pollution de nos lacs, de nos rivières et de nos cours d'eau de « question d'intérêt public considérable[2] ». Elle a également statué que la protection de l'environ-

---

* Comme ce chapitre ne se veut être qu'un aperçu, je me contenterai de relater mon expérience vécue dans des causes avec peines innovantes plaidées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut. Je me reporterai également à la législation fédérale sur l'environnement.

1. *R* c *Sault Ste-Marie* (1978) 40 CCC (2e) 353, p. 374 ; *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, (1986) 23 CCC (3e) 289, p. 314 ; *R* c *Wholesale Travel Group Inc.*, (1991) 67 CC. (3e) 193, p. 260 ; *Ontario* c *Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 RCS 1031, par 55 ; *Procureur général du Canada* c *Hydro-Québec* (1997) 118 CCC (3e) 97, p. 163-164 ; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage), et al* c *Ville d'Hudson*, (2001) 2 RCS 241, p. 248-249.
2. *Ibid.*, *Ville de Sault Ste-Marie*, p. 374.

nement est « devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne[3] ». Dans le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2)*, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada ont, dans leur analyse de la constitutionnalité de la disposition de la *Motor Vehicule Act* de la Colombie-Britannique, déclaré « En réalité, l'intérêt public concernant les infractions relatives à la pollution de l'air et de l'eau exige que le coupable soit traité avec fermeté […][4] ».

Dans l'affaire *R* c *Vac Daniels Ltd.*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, saisie de l'appel d'une sentence rendue contre une entreprise et son président reconnus coupables d'une infraction à la loi provinciale intitulée *Environmental Protection Act*, souligne la gravité de l'infraction à la loi en soulignant que : [TRADUCTION] « [L]a violation des règles régissant la protection de l'environnement porte atteinte aux intérêts de tous les individus et justifie l'imposition de peines très dissuasives […][5] ».

Dans *R* c *Terroco Industries Ltd.*, la Cour d'appel de l'Alberta s'est penchée sur une sentence contestée rendue à l'encontre d'une entreprise reconnue coupable d'avoir laissé échapper du chlore gazeux d'un camion transportant des produits chimiques liquides et a statué que : [TRADUCTION] « les principes de détermination des peines sanctionnant les infractions environnementales imposent une "approche particulière[6]" ».

Par conséquent, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense devraient prendre connaissance des dispositions relatives aux peines ou aux amendes de la législation applicable, surtout les dispositions portant sur les peines innovantes et les autres sanctions de ce type. Il faut noter que les lois sur l'environnement ne prévoient pas toutes des peines innovantes.

Les procureurs devraient également se familiariser avec les principes et facteurs à l'œuvre en *common law* et dans la législation applicable[7].

Les tribunaux ont déclaré à maintes reprises que la dissuasion constitue le critère prépondérant de la détermination des peines sanctionnant les infractions environnementales. Dans l'affaire *Terroco*, la Cour d'appel de l'Alberta déclarait

---

3. *Canadien Pacific*, *supra* note 1, par 55.
4. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, supra* note 1, p. 314.
5. *R* c *Vac Daniels Ltd.*, (1997) 23 CELR (NE) 127, p. 129 (CA NB).
6. *R* c *Terroco Industries Ltd.*, (2005) 196 C.C.C. (3e) 293, par 34.
7. *R* c *United Keno Mines Ltd*, (1980) 10 CELR 43 ; *R* c *Cotton Felts Ltd*, (1982) 2 CCC (3e) 287 ; *R* c *Shamrock Chemicals Limited et Samuel John Shirley*, décision non publiée rendue par un tribunal des infractions provinciales de St. Thomas (Ontario) le 13 février 1989 ; *Ibid.*, *Terroco* ; *R* c *Northwest Territories Power Corporation*, 2011 NWTTC 03. Voir également d'autres éléments ou facteurs de détermination des peines aux art 718, 718.1, 718.2(b) et 718.21, *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 ; l'art 50.91, *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, LC 2003, c 20 ; l'art. 287 et 287.1, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33 ; l'art 13(4.1), *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, LC 1994, c 22 ; l'art 102, *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29.

qu'« [TRADUCTION] Un des éléments principaux des peines imposées pour infraction aux lois sur la protection de l'environnement devrait être leur caractère spécial et généralement dissuasif […][8] ».

Les procureurs devraient en outre être informés des différentes méthodes préconisées pour la détermination de la peine selon l'infraction commise et la nature de l'écosystème que l'infraction a touché ou potentiellement touché. Les tribunaux du nord du Canada ont adopté une telle méthode dans plusieurs affaires[9].

Dans l'affaire *R* c *Ville d'Iqaluit*, le tribunal a reconnu coupable la municipalité d'avoir répandu des eaux usées dans les eaux de l'Arctique et a souligné :

> [TRADUCTION] [L]'expérience a démontré qu'un préjudice causé au milieu arctique est plus facile à prévenir qu'à réparer. Toutes les circonstances suggèrent que la commission d'une infraction environnementale dans la région arctique justifierait l'imposition de lourdes peines, qui seraient proportionnelles non seulement au risque élevé de préjudice à l'environnement, mais également aux coûts associés à la réhabilitation des zones touchées.
>
> Au Nunavut, les entreprises qui se livrent en toute connaissance de cause à des activités susceptibles de causer un préjudice au milieu arctique sont en fait les « intendants » des terres et des eaux qu'ils exploitent. Elles ont le devoir, lorsqu'elles mènent de telles activités, d'exercer une vigilance particulière. C'est un devoir envers les nombreux résidents inuits et non inuits qui sont les premiers à pâtir des ravages causés à la faune ou à l'habitat marin, ou encore de leur destruction[10].

Les autres principes et facteurs à l'œuvre dans la détermination des peines pour les infractions environnementales comprennent notamment l'amende maximale prévue par la loi applicable, l'objet de celle-ci, le caractère criminel de la conduite, la culpabilité, le préjudice causé à l'environnement, le danger potentiel de causer un préjudice à l'environnement, le nettoyage et la remise en état nécessaire de l'écosystème touché, le moment où l'infraction a été portée à l'attention des instances gouvernementales, la collaboration avec les enquêteurs du gouvernement, la reconnaissance de la culpabilité, l'authenticité du remords, la norme de soin à appliquer en l'espèce, l'ampleur des efforts déployés pour respecter la législation applicable, les antécédents judiciaires et antécédents en matière de respect, le bénéfice ou l'avantage tiré de l'infraction, la situation financière du contrevenant et, si celui-ci est une entreprise, sa taille et la parité[11].

---

8. *Terroco*, *supra* note 6, par 53.
9. *R* c *Kenaston Drilling (Arctic) Ltd*, (1973) 12 CCC (2e) 383, p. 386 ; *United Keno Hill Mines*, *supra* note 7, p. 47-48 ; *R* c *Esso Resources Canada Ltd*, (1983) NWTR 59, p. 64 ; *R* c *Ville d'Iqaluit*, décision non publiée, dossier nº 08-01-693, Cour de justice du Nunavut, rendue le 8 août 2002, par 8-0.
10. *Ibid.*, *Ville d'Iqaluit*, par 9-10.
11. *United Keno Hill Mines*, *supra* note 7, p. 47 à 52 ; *Shamrock*, *supra* note 7, p. 3 à 9 ; *Terroco*, *supra* note 6, p. 35-65 ; *Northwest Territories Power Corporation*, *supra* note 7, par 14-47, 92, 105 et 107.

DÉFINITION DE LA PEINE INNOVANTE

La peine innovante, dans le contexte de poursuites pour des infractions environnementales, désigne la peine ou une partie de la peine qui est imposée au contrevenant et qui ne constitue ni une amende ni une peine d'emprisonnement. À cet égard, l'information suivante est pertinente.

Depuis la fin des années 1980, les dispositions relatives aux peines imposées pour infraction à la législation sur l'environnement ont été modifiées de sorte à inclure un vaste éventail de peines dites « innovantes ». La plupart des régimes de détermination des peines des lois habilitent les tribunaux, outre les peines prévues, à décréter une interdiction, à intimer un ordre ou à imposer une condition en tenant compte de la nature de l'infraction et des circonstances entourant sa commission.

De plus, le *Code criminel* a été modifié afin de permettre aux tribunaux de prononcer des ordonnances de probation dans le cas d'entreprises trouvées coupables[12]. Conformément à l'article 34(2) de la *Loi sur l'interprétation*, les dispositions du *Code criminel relatives aux ordonnances de probation* s'appliquent à la législation fédérale sur l'environnement, sauf disposition contraire dans celle-ci.

De plus, les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense font montre de plus en plus d'inspiration dans la détermination de ce qui peut constituer une peine innovante, quelle que soit l'affaire en cause.

Enfin, l'imposition d'une peine innovante n'est pas un phénomène nouveau. Par contre, on s'en servait très rarement avant que les modifications législatives susmentionnées soient effectuées.

ÉTAT DU DROIT AVANT L'ADOPTION DES DISPOSITIONS ACTUELLES SUR LES PEINES INNOVANTES

Avant la promulgation des dispositions sur la détermination de peines innovantes maintenant incluses dans la panoplie de sanctions prévues par plusieurs lois fédérales sur la protection de l'environnement, les peines imposées étaient généralement conventionnelles, c'est-à-dire soit des amendes, soit des périodes d'emprisonnement[13]. Or, la peine d'emprisonnement était très rarement prononcée, si bien que les amendes étaient les sanctions les plus souvent imposées.

---

12. Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 732.1(3.1)
13. Il est à noter que certaines lois provinciales et territoriales créant des infractions ne prévoyaient pas d'ordonnance de garantie, notamment la mise en probation décrétée au moment de l'inculpation ; *Shamrock Chemicals*, *supra* note 7, p. 13 et 14.

Pour ce qui est de la législation fédérale, compte tenu du libellé du *Code criminel*, l'imposition d'une ordonnance de probation pour les entreprises coupables n'était pas possible[14].

Comme il est mentionné plus haut, les dispositions permettant l'imposition d'une peine innovante étaient peu nombreuses et avaient une portée limitée. L'exemple le plus cité est l'article 41(2) de la *Loi sur les pêches* (auparavant art 33(7)), maintenant abrogé et remplacé par l'article 79.2, qui conférait au tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance interdisant des actes ou enjoignant de prendre des mesures, en plus d'imposer une amende[15]. La disposition prévoyait notamment que :

> [L]e tribunal peut […] enjoindre au contrevenant de ne pas récidiver ou de cesser l'activité spécifiée dans l'ordonnance et dont la poursuite, à son avis, *entraînera ou risque d'entraîner une nouvelle infraction, ou encore de prendre les mesures qu'il juge de nature à empêcher toute récidive*. [nos italiques]

Il existe très peu de causes dans lesquelles cette disposition a été appliquée. Dans l'affaire *R* c *Canadian Marine Drilling Ltd*, le juge Bourassa a qualifié l'article de [TRADUCTION] « pratiquement négligé », mais constituant « un outil de détermination de peines efficaces ayant potentiellement une grande portée[16] ». Le juge Bourassa interprète la portée de l'article ainsi :

> [TRADUCTION] [G]râce à cet article, le tribunal prononçant la sentence peut intervenir dans le fonctionnement interne et externe de l'entreprise. En fait, il peut soulever le voile corporatif de manière considérable si de l'avis du tribunal, « les mesures [sont] de nature à empêcher toute récidive ».
>
> Dans les circonstances appropriées, cet article peut sans doute servir de fondement pour rendre des ordonnances portant sur le dédommagement, le remboursement, les mesures positives ou la remise en état, voire des ordonnances enjoignant au contrevenant de reconstituer le stock de poissons d'un plan d'eau, le tout, bien entendu, dans la mesure où l'ordonnance empêche ou est susceptible d'empêcher la commission d'une autre infraction par le contrevenant. Il me semble qu'une telle ordonnance, dont l'effet est d'engager la responsabilité financière de ce dernier pour le préjudice causé par suite des activités auxquelles il s'est livré, pourrait avoir un effet dissuasif considérable et positif[17].

Je souligne que les propos du juge dans la décision *Canadian Marine Drilling* présageaient le recours aux dispositions relatives aux peines innovantes maintenant incluses dans plusieurs lois sur la protection de l'environnement

---

14. Bien qu'on m'ait signalé certaines exceptions par consentement des parties dans des causes tranchées par la Cour territoriale du Yukon.
15. Cette disposition était applicable aux interdictions d'émission de substances délétères et de destruction de l'habitat du poisson prévues par la *Loi sur les pêches*.
16. *R* c *Canadian Marine Drilling Ltd*, [1984] N.W.T.R. 48. p. 55.
17. *Ibid.*

fédérales et provinciales qui ont été promulguées à la fin des années 1980, au début des années 1990 et par la suite.

Sans doute quelque peu cyniques quant à l'effet véritable d'une amende et souhaitant que les sentences rendues dans les procès en matière environnementale soient plus significatives, certains procureurs de la Couronne et avocats de la défense de la Colombie-Britannique ont entrepris de convaincre les tribunaux de recourir à cette disposition de manière innovatrice – d'aucuns diraient en faisant quelques acrobaties – pour par exemple : intimer l'ordre de construire un fossé le long d'une route et un bassin de sédimentation, de procéder à l'ensemencement hydraulique, de retirer des débris d'arbre et d'effectuer un enrochement[18] ; de construire une cuve d'immersion conforme pour le traitement du bois à une scierie[19] ; de verser une somme à des programmes d'amélioration de l'environnement visant à réhabiliter les populations halieutiques, à mettre en place un programme de marquage des poissons et à améliorer l'habitat des poissons[20] ; d'apporter des améliorations à un parc de stockage de carburant[21] ; de retirer 200 mètres de voie et d'effectuer des travaux d'amélioration de l'environnement[22] ; de verser à Pêches et Océans Canada une somme devant servir à financer la gestion et l'exploitation d'une écloserie pour la mise en valeur du saumon par les membres d'une Première Nation[23] ; de verser une somme à un organisme sans but lucratif exploitant une écloserie de saumon[24].

L'article 41(2) (ancien art 33(8)) de la *Loi sur les pêches* a été appliqué par les tribunaux ailleurs au Canada[25]. Malgré le recours à cette disposition

---

18. *R* c *Jackson Bros Logging Co Ltd*, décision non publiée, nº CC810445, greffe de Vancouver, Cour de comté de Vancouver, le 6 septembre 1983.
19. *R* c *CIP Inc*, décision non publiée, dossier nº 12680, greffe de Campbell River, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 16 décembre 1986.
20. *R* c *MacMillan Bloedel Limited*, décision non publiée, dossier nº 1777, greffe de Masset, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 31 mai 1989.
21. *R* c *Shell Canada Products Limited*, décision non publiée, dossier nº 23343, greffe de Richmond, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 31 mai 1989.
22. *R* c *British Columbia Railway Company et BC Rail*, décision non publiée, dossier nº 6339, greffe de Squamish, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 25 janvier 1990.
23. *R* c *Rivers Inlet Resort Ltd*, ordonnance inscrite, dossier nº 49576T2, greffe de Vancouver, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 29 mai 1992.
24. *R* c *District of Surrey*, décision non publiée, dossier nº 52955, greffe de Surrey, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 13 janvier 1992.
25. *R* c *Robinsons' Trucking Ltd*, (1985) 14 CELR 90 (CTerr TNW) (Le tribunal a ordonné au contrevenant d'équiper tous ses camions citernes d'un dispositif d'intervention en cas de déversement, de désigner un dirigeant de l'entreprise comme commandant sur place en cas de déversement futur d'hydrocarbures et d'assurer la formation d'une équipe d'intervenants en cas d'urgence environnementale) ; *R* c *Enheat Inc*, décision non publiée, Amherst, Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, le 13 novembre 1985 (Le tribunal a ordonné au contrevenant de soumettre au ministère de l'environnement une stratégie de gestion des déversements de produits chimiques, d'effectuer des travaux relativement au traitement des produits chimiques et des eaux de rinçage contaminées et d'élaborer des méthodes de surveillance et des procédures de déclaration des déversements d'effluents liquides).

par certains tribunaux, la plupart des peines imposées en vertu des dispositions portant sur la protection de l'habitat du poisson et sur la prévention de la pollution de la *Loi sur les pêches* consistaient à condamner les entreprises reconnues coupables à payer une amende.

PORTÉE DE L'INNOVATION DANS LE CHOIX DES PEINES

Pour ce qui est des peines prévues par la législation sur l'environnement, la latitude laissée dans la détermination de peines innovantes est grande, permettant de rendre des sentences qui imposent un grand nombre de sanctions, notamment des ordonnances judiciaires[26], des amendes additionnelles pour compenser les avantages pécuniaires tirés de l'infraction[27], l'annulation de permis et de licences et l'interdiction d'en demander de nouveaux[28] et la confiscation de biens saisis[29].

Je m'attarderai plus particulièrement sur les ordonnances judiciaires qui constituent des solutions efficaces de détermination de peines innovantes pour plusieurs raisons.

Premièrement, des dispositions comme celles susmentionnées prévoient plusieurs options pour décréter une interdiction ou imposer une mesure et des conditions.

Par exemple, le tribunal prononçant la sentence peut : décréter l'interdiction d'exercer une activité ayant pour effet de perpétuer l'infraction ou faisant en sorte que le contrevenant récidive ; ordonner au contrevenant de prendre une mesure visant à remédier au préjudice à l'environnement ou à

---

26. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, LC 2003, c 20, art 66 ; *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, LC 2001, c 26, art 193 ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33, art 291 ; *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, art 79.2 ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, LC 1994, c 22, art 16 ; *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29, art 105 ; *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, LC 1992, c 34, art 34 ; *Loi sur la protection d'espèces animales et végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, LC 1992, c 52, art 22(6).
27. Voir par exemple : *Ibid.*, *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique,* art 50.7 ; *Ibid., Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, art 274.1 ; *Ibid.*, *Loi sur les pêches*, art 79 ; *Ibid., Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, art 13(5) ; *Ibid.*, *Loi sur les espèces en péril*, art 97(6).
28. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, supra note 26, art 66(5) ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, *supra* note 26, art 291(5) ; *Loi sur les pêches*, *supra* note 26, art 79.1 ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, *supra* note 26, art 18.22.
29. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, *supra* note 26, art 24 ; *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, *supra* note 26, art 41-42 ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, *supra* note 26, art 230-231 ; *Loi sur les pêches*, *supra* note 26, art 72 ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, *supra* note 26, art 14 ; *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 26, art 103.

l'empêcher ; ordonner au contrevenant de procéder à une surveillance de l'environnement, ordonner que soient rendues publiques les circonstances de l'infraction ; ordonner le versement de fonds au gouvernement ou à une personne en remboursement des frais que le gouvernement a engagés pour la remise en état et la mise en place de mesures préventives ; ordonner le paiement d'une indemnité ; exiger du contrevenant qu'il remette ses permis ou ses autorisations ; interdire au contrevenant de présenter une demande de permis ou d'autorisation ; ordonner l'exécution de travaux communautaires ; ordonner le paiement au gouvernement d'une somme servant à financer la promotion de la protection et de la conservation de l'environnement ; ordonner au contrevenant de verser une somme destinée à des bourses pour étudiants inscrits à un programme d'études sur l'environnement ; ordonner au contrevenant de fournir une caution afin de garantir le respect de l'ordonnance rendue.

Deuxièmement, ces dispositions prévoient habituellement une ordonnance « fourre-tout » dont le tribunal peut se servir pour exiger du contrevenant qu'il respecte « toute autre condition que le tribunal juge appropriée » afin d'assurer la bonne conduite du contrevenant et de le dissuader de récidiver[30]. Par conséquent, les procureurs et le tribunal ne sont pas indûment limités dans leurs choix d'ordonnances adéquates.

Troisièmement, sauf disposition contraire de la législation, aucune limite d'ordre financier n'est prévue pour ces ordonnances[31]. Ainsi, les dépenses que devra engager le contrevenant pour se conformer à l'ordonnance pourraient excéder le montant de l'amende maximale prescrite[32].

Quatrièmement, ces ordonnances peuvent être modifiées par le tribunal et, de ce fait, celui-ci dispose d'une marge de manœuvre. À cet égard, la législation habilitante prévoit souvent – mais pas toujours – des dispositions permettant tant à la Couronne qu'au contrevenant, voire aux deux, de présenter une requête en modification de l'ordonnance en cas de changement de la situation de ce dernier[33]. La modification peut inclure un changement de

---

30. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, *supra* note 26, art 66(1)(n) ; *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada, supra* note 26, art 193(e) ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, *supra* note 26, art 291(1)(q) ; *Loi sur les pêches*, *supra* note 26, art 79.2(i) ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, *supra* note 26, art 16(1)(h) ; *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 26, art 105(k) ; *Loi sur la protection d'espèces animales et végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, *supra* note 26, art 22(6)(h).
31. Voir, par exemple, l'art 34(3) de la *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, *supra* note 26, qui limite les dépenses à un million de dollars pour une première contravention associée aux ordonnances rendues en vertu de l'article 34.
32. Voir, par exemple : *Robinsons' Trucking*, *supra* note 25, p. 93 ; *Northwest Territories Power Corporation*, *supra* note 7, par 10, 101-102.
33. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, supra note 26, art 67-68 ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, *supra* note 26, art 293-294 ; *Loi sur les pêches*,

l'ordonnance consistant à dispenser la personne qui y est liée de continuer de s'y conformer ou à prolonger ou à réduire la durée d'application de l'ordonnance.

Dans *R* c *City of Dawson*, une requête déposée conjointement par la Couronne et la contrevenante en vertu de l'article 79.5 de la *Loi sur les pêches* en vue de faire modifier une ordonnance rendue selon l'article 79.2 de la loi contraignant la contrevenante à construire une usine de traitement des eaux a été accueillie et la durée de l'ordonnance prolongée compte tenu des dépenses en immobilisations considérablement élevées, de l'augmentation des frais prévisionnels d'exploitation et d'entretien annuels de l'usine projetée et du changement dans la situation financière de la ville[34].

Cinquièmement, ces ordonnances sont contraignantes. À cet égard, la législation habilitante crée souvent – mais pas toujours – une infraction de non-respect d'une ordonnance de peine innovante rendue en vertu de la loi[35]. À défaut d'une telle disposition, il est possible d'invoquer l'article 126 du *Code criminel*, qui permet au tribunal d'imposer le paiement d'une somme en cas de désobéissance à un ordre légal.

Sixièmement, comme il est précisé plus haut, les dispositions du *Code criminel* relatives aux ordonnances de probation sont applicables aux procédures judiciaires intentées en vertu de la législation fédérale sur l'environnement, sauf disposition contraire de la loi applicable. Ainsi, si une loi sur l'environnement ne prévoit pas de disposition sur la détermination de peines innovantes, telles que les ordonnances judiciaires susmentionnées, les procureurs et le tribunal peuvent envisager le recours à une ordonnance de probation en guise de peines innovantes[36].

Tout comme les ordonnances judiciaires imposant une peine innovante, les ordonnances de probation peuvent être modifiées par le tribunal à la

---

supra note 26, art 79.5 ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, *supra* note 26, art 16(4)-16(6). Il n'existe aucune disposition du genre dans la *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 26, dans la *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, *supra* note 26, et dans la *Loi sur la protection d'espèces animales et végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, *supra* note 26.

34. *R* c *City of Dawson*, (2004) 10 CELR (3e) 197 (CTerr Y). D'autres requêtes présentées devant le tribunal en vertu de l'article 79.5 de la *Loi sur les pêches* en vue d'obtenir une modification de l'ordonnance ont été accueillies et les ordonnances, modifiées avant que celles-ci soient respectées.

35. Voir par exemple : *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, *supra* note 26, art 50(1)(c) ; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, *supra* note 26, art 272(1)(j) ; *Loi sur les pêches*, *supra* note 26, art 79.6 ; *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, *supra* note 26, art 13(1)(c) ; *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, *supra* note 26, art 34(4).

36. Voir également les alinéas 732.1(3)(h) et (3.1)(g) du *Code criminel*, qui confèrent au tribunal le pouvoir discrétionnaire, dans le cas d'une personne physique contrevenante et celui d'une entreprise contrevenante, respectivement, d'imposer l'obligation « d'observer telles autres conditions raisonnables » qu'il juge souhaitable.

présentation d'une requête par la Couronne et le contrevenant[37]. Les ordonnances de probation sont appliquées par voie d'accusation de violation de l'ordonnance, conformément à l'article 733.1 du *Code criminel*.

Voici des exemples d'ordonnances rendues en vertu des dispositions relatives à la peine innovante :

- des ordonnances rendues en vertu de l'article 664.1 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (maintenant l'article 193 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*) imposant l'obligation de verser à Environnement Canada une somme destinée à l'étude de la conservation et de la protection des oiseaux marins et de leur habitat[38] ;
- des ordonnances rendues en vertu de l'article 291 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* imposant l'obligation de verser à Environnement Canada une somme devant être affectée à des travaux de recherche universitaire sur l'incidence des agents de pollution marine sur les oiseaux[39] ;
- des ordonnances rendues en vertu de l'article 79.2 de la *Loi sur les pêches* imposant l'obligation de construire et d'exploiter une usine de traitement des eaux dont les effluents d'épuration respectent les exigences du paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*[40] ; de construire et d'exploiter une usine de traitement des effluents, de déposer devant le tribunal une lettre de garantie irrévocable d'un montant de 500 000 $ pour garantir la construction exigée, de verser une somme destinée à l'amélioration de l'environnement, de financer une bourse en sciences des technologies des ressources et de l'environnement[41] ; de payer à Pêches et Océans Canada une somme servant à financer la promotion de la conservation et de la protection des poissons et de leur habitat[42] ; de verser à Pêches et Océans Canada des fonds servant à financer un projet de réhabilitation d'une rivière et un incubateur à poissons pour un laboratoire d'enseignement dans une école locale[43] ; de verser à

37. Voir *Code criminel*, art 732.2(3).
38. *R* c *Motor Vessel « Cape Benat »*, décision non publiée, dossier nº 131190, greffe de Vancouver, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 21 octobre 2003 ; *R* c *Motor Vessel « Andre »*, décision non publiée, dossier nº 47249-1, greffe de Vancouver Nord, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 21 novembre 2007.
39. *R* c *Champion Shipping A/S et al*, décision non publiée, dossier nº 157673-1, greffe de Victoria, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 25 janvier 2013.
40. *R* c *City of Dawson* (2003) 50 CELR (NS) 99.
41. *R* c *Corner Brook Pulp and Paper Limited*, ordonnance inscrite, Corner Brook, Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, le 14 mai 1996.
42. *Northwest Territories Power Corporation*, *supra* note 7.
43. *R* c *City of Dawson et al*, décision non publiée, dossiers nº TC 95-11049 et TC 95-11050, greffe de Whitehorse, Cour territoriale du Yukon, le 19 janvier 1996.

Pêches et Océans Canada une somme devant être affectée conformément à l'ordre du conseiller en planification communautaire à un programme de marquage des collecteurs d'eaux pluviales et à l'amélioration de la végétation riveraine d'un ruisseau de la région[44]; de retirer d'un estran un amoncellement de blocs, de planter de la végétation de marais salés et de verser à Pêches et Océans Canada une somme devant servir à financer des projets de conservation et de protection des poissons et de leur habitat[45]; de verser à Pêches et Océans Canada une somme destinée à la conservation, à la protection et à l'amélioration des poissons et de leur habitat[46]; de reverdir la rive d'un ruisseau touché, de procéder à l'évaluation d'un dispositif d'alarme central pour lutter contre la pollution et de verser à Pêches et Océans Canada une somme devant être consacrée à la conservation, à la protection et à l'amélioration de l'habitat des poissons dans le bassin hydrographique régional[47]; d'enlever d'un estran, un amas de pierres concassées sous la supervision d'une personne compétente et de verser à Pêches et Océans Canada une somme destinée à la conservation et à la protection des poissons et de leur habitat à un lac de la région[48];

– des ordonnances rendues en vertu de l'article 16 de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* condamnant au versement à Environnement Canada d'une somme destinée à l'acquisition d'équipements de réhabilitation des oiseaux mazoutés, à la mise au point et à la prestation de formation sur les techniques de réhabilitation des oiseaux mazoutés et au financement de la recherche sur ces oiseaux[49]; au versement à Environnement Canada d'une somme destinée à la conservation et à la protection des oiseaux migrateurs[50];

– des ordonnances rendues en vertu du paragraphe 22(6) de la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial* condamnant au versement

44. *R* c *Town of Gibsons*, décision non publiée, dossier nº 11797, greffe de Sechelt, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 26 novembre 2001.
45. *R* c *Vito Ialungo et Vito's Service Ltd*, décision non publiée, dossier nº 12961C2, greffe de Sechelt, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 17 mars 2003.
46. *R* c *Cameron Logging Ltd*, décision non publiée, dossier nº 13040-1, greffe de Powell River, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 3 mars 2004.
47. *R* c *District of Kitimat*, décision non publiée, dossiers nº 23306-1 et 23318-1, greffe de Terrace, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 7 septembre 2004.
48. *R* c *John Seibold, Dennis Levasseur et Imperial Concrete Floors Ltd*, décision non publiée, dossier nº 11720, greffe de Sechelt, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 23 octobre 2000.
49. *R* c *West Coast Reduction Ltd*, décision non publiée, dossier nº C35883-01, greffe de Vancouver, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 1er octobre 1998.
50. *R* c *Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd*, décision non publiée, dossier nº 36550, greffe de Vancouver Nord, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 26 mars 2001.

d'une somme à l'organisme TRAFFIC, du Fonds mondial pour la nature (Canada), devant servir à financer l'exploitation de son réseau de surveillance du commerce des animaux sauvages[51]; au versement d'une somme servant à financer des travaux de recherche sur l'ADN végétal et animal[52]; au versement à Environnement Canada d'une somme destinée à financer un programme de sensibilisation du public et un aquarium local en guise de dédommagement des dépenses engagées pour prodiguer des soins aux animaux capturés[53].

OPTIONS DE DÉTERMINATION DE PEINES INNOVANTES CONNEXES

Il existe deux autres options plus ou moins apparentées à la détermination de peines innovantes qu'il y a lieu de mentionner.

Bien que cette situation soit peu commune, citons d'une part les travaux exécutés ou les mesures prises par le contrevenant après l'ouverture des procédures judiciaires, mais avant le prononcé de la sentence, lorsque ces travaux ou mesures auraient correspondu aux conditions d'une ordonnance imposant une peine innovante. Ainsi, à l'étape de l'audience sur sentence, l'avocat de la défense peut plaider devant le tribunal que ces travaux ou ces mesures font partie de la condamnation et que, par conséquent, il y a lieu d'alléger la sanction, consistant habituellement en une amende. Cette option est pertinente dans le cas d'un procès intenté en vertu d'une loi sur l'environnement ne prévoyant aucune disposition sur la détermination de peines innovantes[54].

D'autre part, il est possible de conclure un accord sur des mesures de rechange ou de déjudiciarisation si les parties y consentent ou si une disposition de la loi le prévoit. Dans ce dernier cas, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[55] et la *Loi sur les espèces en péril*[56] prévoient des accords sur des mesures de rechange. Il est à noter que l'article 717 du *Code criminel* prévoit également de telles mesures.

---

51. *R* c *Yuk Ming Ho*, décision non publiée, dossier nº 51252, greffe de Richmond, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 11 octobre 2007.
52. *R* c *Sun 2006 Import & Export Ltd et al*, décision non publiée, dossier nº 202133-1, greffe de Vancouver, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 6 décembre 2010.
53. *R* c *Kenneth Grant Howard*, décision non publiée, dossier nº 144890-1, greffe de Surrey, Cour provinciale de la Colombie-Britannique, le 25 octobre 2005.
54. Il existe quelques précédents pour cette option, dont l'affaire *R* c *Boart Longyear*, une décision non publiée rendue par la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest, produite au greffe de Hay River, dans le cadre d'une poursuite intentée en vertu de la *Loi sur les eaux des Territoires du Nord-Ouest* (LC 1992, c 39 ; remplacée par LC 2014, c 2, art 2) qui ne prévoyait aucune peine créative.
55. LCPE, *supra* note 7, art 295-309.
56. LEP, *supra* note 7, art 108-119.

Les accords sur les mesures de rechange ou de déjudiciarisation ne sont que ce qu'ils sont, à savoir une entente conclue entre la Couronne et le contrevenant pour régler l'infraction autrement que par voie de procès, autrement dit « hors cour ».

Qu'ils soient conclus grâce au consentement de la Couronne et du contrevenant ou conformément à la législation susmentionnée, ces accords sont généralement consignés et comprennent un acte de reconnaissance de culpabilité de l'infraction reprochée au contrevenant ainsi que diverses conditions, notamment la remise en état de l'écosystème touché, les changements apportés aux méthodes d'exploitation et un don à un organisme communautaire s'occupant de protection de l'environnement. De plus, habituellement, ces accords comportent la condition que, si le contrevenant déroge à l'accord, il y aura reprise des procédures dans le cas d'un contrevenant ayant signé un tel accord après avoir été inculpé ou une mise en accusation formelle dans le cas d'un contrevenant n'ayant pas été déjà inculpé.

Il y a lieu de noter que le recours à ce type d'accords est rare.

QUELQUES CONSEILS PRATIQUES

Je constate que bon nombre des procès en matière environnementale que j'ai plaidés se sont soldés par un plaidoyer de culpabilité. Dans plusieurs de ces affaires, les procureurs ont présenté une proposition de sentence conjointe à l'appui d'une peine innovante basée sur un exposé conjoint des faits.

Que la détermination de peine innovante repose sur une proposition conjointe ou qu'elle soit contestée, les avocats doivent s'assurer que les positions respectives des parties s'appuient sur les faits de l'affaire et qu'elles soient motivées par les principes et facteurs dont il est fait mention plus haut pour que le tribunal soit guidé adéquatement et prononce une sentence raisonnable.

Pour ce qui est de la détermination d'une peine innovante et dans le cas d'ordonnances judiciaires particulières, je recommande ce qui suit :

1) Les avocats devraient effectuer des recherches approfondies sur les options de peines innovantes offertes.
2) Pour ce qui est de la Couronne, elle devrait consulter les enquêteurs locaux qui se sont penchés sur l'infraction et les techniciens du gouvernement pour s'informer de ce qui pourrait constituer une peine adéquate.
3) Quant à l'avocat de la défense, il devrait consulter son client et ses experts à ce même propos. N'hésitez pas à vous adresser aux enquêteurs et aux experts de la Couronne.

4) Il faut toujours garder à l'esprit les circonstances entourant l'infraction.
5) Si possible, rédigez et déposez un exposé conjoint des faits.
6) Il ne faut pas oublier les principes de proportionnalité et de parité.
7) Prenez en considération la capacité du contrevenant de se conformer à la peine innovante. Dispose-t-il des moyens financiers nécessaires ? Est-il apte à s'y conformer ?
8) Rédigez un projet d'ordonnance judiciaire réalisable, applicable et raisonnable. Parfois, plus c'est simple, mieux c'est !
9) Enfin, chose la plus importante, il faut s'assurer que les deux procureurs communiquent l'un avec l'autre et, si possible, qu'ils s'entendent sur la forme et la teneur de la proposition d'ordonnance.

Chapitre 29

La détermination de la peine : l'expérience de l'autre côté de la planète

Sharon Mascher

En Australie, il est toujours difficile de déterminer la meilleure façon d'imposer une peine à un contrevenant reconnu coupable d'une infraction environnementale. Formulant des commentaires sur les sanctions criminelles en général, le juge Goldring de la Cour de district de la Nouvelle-Galles du Sud (NGS) écrivait que [traduction] « l'imposition d'une peine constitue la tâche la plus difficile à laquelle fait face tout membre de l'appareil judiciaire au cours du processus de justice pénale[1] ». Dans ses réflexions sur ce commentaire dans le contexte de la détermination de la peine à la suite d'infractions environnementales, l'honorable juge Pepper de la New South Wales Land and Environment Court soulignait que [traduction] « [e]n fait, le temps que j'ai passé sur le banc […] ne m'a nullement convaincu du contraire[2] ».

L'amende constitue la peine traditionnelle imposée à la suite d'infractions environnementales en Australie. Or, cette approche de la détermination de la peine en matière environnementale continue de [traduction] « susciter diverses critiques parce qu'on impose principalement des amendes, des amendes trop légères pour avoir un pouvoir de dissuasion, qu'on impose des peines qui

1. L'hon juge J Goldring, Cour des terres et de l'environnement de la NGS, « Facts and Statistics in the Sentencing Process » (2009) 32 *Austl Bar Rev* 281, p. 282 et 286.
2. L'hon juge R Pepper, Cour des terres et de l'environnement de la NGS, « Recent Developments in Sentencing of Environmental Offences » (communication présentée au cours de la Conférence australasienne de planification et des cours et tribunaux environnementaux, Perth, 28 août au 2 septembre 2012), p. 1.

ne sont pas proportionnelles au délinquant ou à l'infraction et qui ne reflètent pas le caractère moralement répugnant du crime[3] ». Comme dans d'autres juridictions, beaucoup d'assemblées législatives de l'Australie ont donné suite à ces critiques à la fois en haussant le plafond des sanctions pécuniaires et en élargissant l'éventail des peines à la disposition des tribunaux.

Ce chapitre porte sur la créativité dans les ordonnances de détermination de la peine, ainsi que sur la pratique en la matière en Australie, et s'appuie particulièrement sur les méthodes d'établissement des peines dans l'État de NGS.

LA POURSUITE EN CAS D'INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES

Comme c'est le cas au Canada, les infractions environnementales alléguées ne font pas toutes l'objet d'une poursuite, les organismes de réglementation réservant souvent les poursuites pénales pour les violations les plus graves[4]. Cette approche se reflète dans les lignes directrices sur les poursuites établies par l'Agence de protection de l'environnement (EPA) de la NGS qui précisent que, même lorsque les éléments de preuve sont suffisants, [TRADUCTION] « a) … le dépôt d'accusations est discrétionnaire et b) l'intérêt public est le facteur dominant de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire[5] ». Les lignes directrices reconnaissent aussi qu'il se peut que la poursuite ne constitue pas toujours la réponse appropriée. C'est pourquoi la loi prévoit tout un éventail d'autres possibilités[6]. La poursuite pénale constitue donc un [TRADUCTION] « élément de la stratégie globale suivie par l'EPA pour atteindre ses objectifs […] comme réponse stratégique lorsqu'il est dans l'intérêt public d'agir ainsi[7] ».

---

3. *Ibid.*
4. S Bricknell, *Environmental Crime in Australia*, Research and Public Policy Series 109, Canberra, Institut australien de criminologie, 2010, p. xii ; *Ibid.*, Pepper, p. 8.
5. NGS, Environment Protection Authority, *EPA Prosecution Guidelines*, Sydney, NSW : Dept of Environment and Conservation, 2013, p. 3 [*EPA Prosecution Guidelines*]. Les *EPA Prosecution Guidelines* énumèrent plusieurs facteurs dont il est possible de tenir compte individuellement ou collectivement pour déterminer s'il est dans l'intérêt public d'intenter une poursuite.
6. *Protection of the Environment Operations Act*, 1997 (NGS) No 156 [*POEO Act*]. Les juridictions de l'Australie utilisent couramment des outils administratifs comme les engagements exécutoires, les avis de peine ou les régimes de peine au civil au lieu de poursuites pénales. Pour une discussion sur ces solutions de rechange à la poursuite pénal, voir : NGS, Environment Protection Authority, *Guidelines on Enforceable Undertakings*, Sydney, NSW : Dept of Environment and Conservation, 2017.
7. *EPA Prosecution Guidelines*, supra note 5, par 2.2.7.

LA DÉTERMINATION DE LA PEINE À LA SUITE D'INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES

Raison d'être de la peine

Lorsqu'une infraction environnementale fait l'objet d'une poursuite, le tribunal doit tenir compte de plusieurs raisons qui se chevauchent pour déterminer une peine appropriée : caractère rétributif ou punitif, dénonciation, dissuasion, protection de la communauté, réadaptation du contrevenant et rétablissement et réparation du tort causé[8]. Même si tous ces aspects sont pertinents dans la détermination de la peine en matière environnementale, la fin utilitaire que constitue la dissuasion importe particulièrement. Les lignes directrices sur la poursuite de l'EPA de la NGS le précisent clairement : [TRADUCTION] « [d]ans la criminalisation des violations des lois environnementales, le Parlement vise principalement à dissuader, même si ce n'est pas le seul but[9] ».

Considérations relatives à la détermination de la peine

Les tribunaux doivent toutefois tenir compte de tout un éventail de facteurs pour en venir à arrêter une peine afin d'assurer que celle-ci reflète à la fois, la gravité objective de l'infraction et les circonstances subjectives de l'intimé[10].

L'article 241 de la *Protection of the Environment Operations Act* de 1997 (*POEO Act*) de la NGS, oblige le tribunal à tenir compte des cinq facteurs suivants lorsqu'il impose une peine :

– l'importance du dommage causé ou susceptible d'être causé à l'environnement ;

---

8. *Crimes (Sentencing Procedure) Act*, 1999 (NSW), s 3A. Comme l'a affirmé la Cour supérieure de l'Australie :

   [TRADUCTION] « Les raisons d'être des peines au criminel sont diverses : protection de la société, dissuasion du contrevenant et d'autres personnes qui pourraient être tentées de causer une infraction, caractère rétributif et réformateur. Les raisons d'être se chevauchent, aucune d'entre elles ne peut être prise en considération séparément des autres dans la détermination de ce qui constitue une peine appropriée dans un cas en particulier. Ce sont là des balises à suivre pour déterminer la peine appropriée mais qui pointent parfois dans des directions différentes. » (*Veen* c *R (No 2)* [1988] HCA 14 ; (1988) 164 CLR 465, p. 476.) En NGS, l'art 3A de la *Crimes (Sentencing Procedure) Act* de 1999 énonce aussi les mêmes fins. Pour une discussion complète de ces raisons d'être de l'établissement de la peine dans le contexte d'une infraction environnementale, voir : l'hon juge Brian J Preston, CJ Land & Environment Court of NSW, « Principles Sentencing for Environmental Offences » (communication présentée au 4e Colloque international de l'Académie du droit de l'environnement, *Compliance and Enforcement : Toward More Effective Implementation of Environmental Law*, Faculté de droit de l'Université Pace, du 16 au 20 octobre 2006), p. 1-12.

9. *EPA Prosecution Guidelines*, *supra* note 5, par 2.2.5. Voir aussi : *Ibid.*, Preston, p. 40.

10. *Veen* c *R (No 1)* (1979) 143 CLR 458, p. 490 ; *Veen* c *R (No 2)* (1988) 164 CLR 465, p. 472 ; *R* c *Scott* [2005] NSWCAA 152, par 15. Pour une discussion complète des facteurs dont il faut tenir compte dans l'établissement de la peine, voir : Preston, *supra* note 8, p. 12-29.

– les mesures pratiques prises pour prévenir, contrôler, réduire ou atténuer le dommage ;
– la prévisibilité raisonnable du dommage causé par le contrevenant ;
– la mesure dans laquelle le contrevenant contrôlait les causes à l'origine de l'infraction ;
– la question de savoir si, lorsqu'il a commis l'infraction, le contrevenant se conformait aux ordres d'un employeur ou d'un superviseur.

La Cour peut aussi considérer les facteurs suivants[11] :

– impartialité ;
– principe de la totalité ;
– principe de la proportionnalité ;
– plaidoyer rapide de culpabilité ;
– aucune condamnation antérieure ;
– repentir authentique ;
– collaboration avec l'enquête ;
– mesures de remise en état prises ;
– probabilité de récidive ;
– toute entente conclue volontairement entre le défendeur et l'organisme de réglementation pour le bénéfice de l'environnement.

Peines d'emprisonnement et amendes

Applicables à la fois [TRADUCTION] « à la limite supérieure du pouvoir discrétionnaire du juge qui détermine la peine[12] » et comme expression de l'opinion des législateurs sur la gravité de l'acte criminel[13], les peines maximales possibles en cas d'infraction jouent un rôle important dans la détermination de la gravité objective de l'infraction dans le processus d'établissement de la peine[14]. En Australie, les peines maximales pour infractions environnementales se sont alourdies considérablement au cours des dernières années. Dans la *POEO Act*, par exemple, les infractions de niveau 1 (infractions intentionnelles) entraînent maintenant une peine maximale de cinq millions de dollars pour une personne morale et d'un million de dollars ou sept ans de prison pour un

11. New South Wales Environmental Defender's Office, "Court Imposed Fines and their Enforcement" (Submission to the NSW Sentencing Council, 8 June 2006), dans G Bates, *Environmental Law in Australia*, Australia, Butterworths, 2002, p. 226-227.
12. Pepper, *supra* note 2, p. 3.
13. *Ibid.*, Preston, *supra* note 8, p. 8-33.
14. *Ibid.*, Pepper, p. 3.

particulier[15]. Les infractions de responsabilité stricte entraînent une peine maximale d'un million de dollars pour une personne morale et de 250 000 $ pour un particulier, ainsi que d'autres peines maximales de 120 000 $ et 60 000 $ respectivement[16]. De plus, un contrevenant reconnu coupable d'avoir pollué l'eau ou le sol, d'avoir transporté des déchets ou d'en avoir disposé illégalement (les infractions liées aux déchets) au cours des cinq années précédentes s'expose à une amende maximale pour une responsabilité stricte et, dans le cas d'un particulier, jusqu'à deux ans de prison[17].

En Australie, on explique souvent l'existence des peines maximales de plus en plus lourdes pour infractions environnementales par le fait que l'on souhaite mettre l'accent sur la dissuasion. Lorsque les peines maximales prévues à la *POEO Act* ont été augmentées en 2005, par exemple, dans le discours en deuxième lecture présentant la loi modificatrice, on a insisté sur la nécessité de maintenir l'effet dissuasif initial des peines[18]. Comme l'a déclaré le juge Lloyd de la New South Wales Land and Environment Court de la NGS dans l'affaire *Director-General of the Department of Environment and Climate Change* c *Taylor* :

> [TRADUCTION] […] les amendes symboliques ne dissuaderont personne de commettre une infraction environnementale. Il faut maintenir l'intégrité du système de planification qui vise à protéger et préserver les communautés écologiques en péril. Il faut envoyer un avertissement ferme à ceux qui pourraient être tentés d'enfreindre la loi en indiquant que de tels actes auront des conséquences importantes[19].

Dans l'affaire *Bentley* c *BGP Properties*[20], la New South Wales Land and Environment Court de la NGS a aussi souligné qu'il faut que la peine vise non seulement à dissuader le contrevenant, mais qu'elle [TRADUCTION] « serve aussi à la fin que constitue la dissuasion générale ou publique[21] » dans le cas d'autres personnes qui pourraient autrement être tentées de commettre des infractions semblables. Ce facteur est particulièrement important dans le contexte des infractions environnementales[22].

---

15. *POEO Act*, art 119.
16. Voir, par exemple, *POEO Act*, art 123.
17. *POEO Act*, art 144AB. Cet amendement a été présenté par la *Protection of the Environment Operations (Illegal Waste Disposal) Act*, 2013. Voir P Crofts, « Communicating the Culpability ofIllegal Dumping : Banstown v Hanna (2014) » (2015) 2 *AELJ* 57 [Crofts] pour une discussion sur les raisons ayant présidées à cet amendement.
18. M Bob Debus, procureur général, ministre de l'Environnement, HANSARD, discours de 2e lecture, 28 novembre 2005.
19. [2007] NSWLEC 530, par 32.
20. *Bentley* c *BGP Properties* [2006] NSWLEC 34 (6 février 2006), par 139.
21. *Ibid.*
22. *Ibid.*

Les tribunaux ont toutefois reconnu aussi que le concept de la proportionnalité conjugué à d'autres facteurs subjectifs liés à la détermination de la peine peut limiter l'atteinte de l'objectif de dissuasion visé par la détermination des peines[23]. À ce sujet, le juge Bignold a, dans la décision rendue dans l'affaire *Director-General of the Department of Land and Water Conservation* c *Robson*, souligné : [TRADUCTION] « Je suis conscient de […] la nécessité de la dissuasion générale et de celle d'appliquer la politique sur les peines non pas injustement (ou de façon disproportionnée à la gravité de l'infraction lorsqu'il s'agit de pénaliser le défendeur), mais pour jouer le rôle d'éducation publique qui est celui du droit pénal[24] ».

D'autres considérations relatives à la détermination de la peine comme l'impartialité qui oblige la Cour à tenir compte des tendances générales des peines dans des affaires judiciaires pertinentes, peut aussi atténuer les peines et par le fait même le message de dissuasion[25].

Même si elles constituent peut-être l'élément de dissuasion ultime, les peines de prison imposées pour des infractions environnementales sont rares en Australie et généralement réservées aux cas les plus flagrants[26]. L'amende constitue la peine la plus courante en Australie[27]. Les tendances semblent indiquer que les amendes imposées pour infractions environnementales en Australie sont à la hausse[28], mais souvent, elles représentent seulement une fraction de l'amende maximale possible[29].

---

23. R Bartel, « Sentencing for Environmental Offences : An Australian Exploration » (présenté à la conférence sur l'établissement des peines, Collège judiciaire national d'Australie, Collège de droit de l'UNA, février 2008), p. 4 ; Preston, *supra* note 8.
24. *Director-General of the Department of Land and Water Conservation* c *MW Robson* [1998] NSWLEC 174, par 20.
25. Voir G Bates, *Environmental Law in Australia*, 7e éd, Australie, LexisNexis Butterworths, 2010, par 16.83, pour une discussion sur l'application de l'impartialité dans le contexte des peines environnementales.
26. Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Janna* [2013] NSWLEC 41 ; *Environmental Protection Authority* c *Gardner* [1997] NSWLEC 169 ; *R* c *Moore* [2003] 1 Qld Reports 205 ; *R* c *Dempsey* [2002] QCA 4.
27. C Abbot, « The Regulatory Enforcement of Pollution Control Laws : The Australian Experience » (2005) 17 *J Envtl L* 161, p. 170.
28. Pepper, *supra* note 2, p. 2. Voir aussi David Cole « Creative Sentencing – Using the Sentencing Provisions of the South Australian Environment Protection Act to Greater Community Benefit » (2008) 25 *EPLJ* 94, p. 95. Il est difficile de dégager une tendance statistique parce que les peines individuelles dépendent énormément de facteurs objectifs et subjectifs qui éclairent la décision sur l'établissement de la peine. La New South Wales Land and Environment Court de la NGS a créé une base de données sur les peines afin d'essayer de donner aux juges, aux assemblées législatives et aux membres du public, un accès plus facile à l'information plus nuancée au sujet des peines environnementales (l'hon B Preston, CJ, « A Judge's Perspective on Using Sentencing Databases » (présenté à la Conférence sur le raisonnement judiciaire : art ou science, Université nationale d'Australie, Canberra, les 7 et 8 février 2009)).
29. Bricknell, *supra* note 4, p. xii. Bricknell indique que ces amendes faibles peuvent s'expliquer en partie par le rôle que jouent les peines environnementales dans les cours de magistrat car, contrairement aux

Quelle que soit l'amende imposée, les sanctions pécuniaires ne constituent pas toujours le meilleur moyen de dissuasion ou, lorsque c'est justifié, de rétribution[30]. On craint plus particulièrement que certains défendeurs, et en particulier les personnes morales, n'aient la capacité financière d'absorber les amendes comme « coût d'activité[31] » – ce qui fait qu'il est peu probable qu'une amende constitue un élément de dissuasion pour la personne morale à l'origine de l'infraction ou pour une personne morale en général[32]. C'est particulièrement le cas lorsqu'une personne morale a des chances de profiter d'une infraction, préoccupation particulière en Australie en ce qui a trait aux infractions relatives au défrichage de la végétation indigène et aux infractions reliées aux déchets mentionnées ci-dessus[33]. À l'autre extrême, il est aussi peu probable que la Cour impose des amendes importantes à des particuliers qui n'ont pas la capacité de payer[34], auquel cas l'amende symbolique ne constitue pas, là encore, un réel moyen de dissuasion.

En Australie donc, la justification du fait que l'on fournit aux tribunaux d'autres possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination des peines se trouve en grande partie dans la réponse à la question suivante : Comment la détermination des peines pour des infractions environnementales peut-elle produire un résultat plus acceptable sur le plan social ?[35]. Les possibilités de faire preuve de créativité dans l'établissement des peines permettent aux tribunaux de [TRADUCTION] « traiter des situations où une amende ou une peine de prison est considérée comme inappropriée ou insuffisante[36] ».

---

tribunaux spécialisés en environnement de la NGS et de l'Australie-Méridionale, les cours de magistrat sont rarement saisies d'infractions environnementales et n'ont pas la formation judiciaire nécessaire pour traiter de questions environnementales.

30. *Ibid.*, Bricknell.
31. Pepper, *supra* note 2, p. 4-5. Voir aussi, Cole, *supra* note 28, p. 96.
32. *Ibid.*, Pepper, p. 6 ; *Ibid.*, Cole ; Commission de réforme du droit d'Australie, *Compliance with the Trade Practices Act 1974*, ALRC Report No 68, Sydney, Commonwealth d'Australie, 1994, par 10.3. Voir aussi NSW EPA, « Guidelines for seeking environmental court orders » [« Lignes directrices » de la NSW EPA], [en ligne] <http://www.epa.nsw.gov.au/legislation/environ_courtorders.htm>. Les lignes directrices précisent que : « On peut certainement soutenir que même l'amende maximale disponible pour une infraction de niveau 2 ne constitue pas vraiment un moyen de dissuasion pour une grande entreprise ».
33. Le communiqué annonçant l'augmentation des peines et des possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination des peines découlant d'infractions liées aux déchets précise que : « Les peines en vigueur ne l'emportent pas sur les profits d'une activité illégale et tant que ce sera le cas, des transporteurs de déchets peu scrupuleux continueront d'exploiter le système ». (Ministre de l'Environnement Robyn Parker, communiqué, « NSW Government to Crack Down on Illegal Dumping » (29 mai 2013), [en ligne] <http://www.environment.nsw.gov.au/resources/MinMedia/MinMedia13052901.pdf>.)
34. NGS EPA, « Lignes directrices », *supra* note 32.
35. Cole, *supra* note 28, p. 96.
36. NGS EPA, « Lignes directrices », *supra* note 32.

Possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination des peines

Beaucoup d'assemblées législatives de l'Australie ont maintenant ajouté à leurs lois environnementales un éventail de possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination des peines. Toutefois, les ordonnances qui font preuve de créativité sonnt surtout utilisées dans les États de Victoria et de la Nouvelle-Galles du Sud[37].

En Nouvelle-Galles du Sud, en vertu de la *POEO Act*, la Cour peut imposer au défendeur n'importe laquelle ou plusieurs des obligations suivantes :

- faire connaître l'infraction, ses conséquences environnementales et toutes autres ordonnances prises contre lui à une catégorie de personnes en particulier ou en général[38] ;
- effectuer des travaux prescrits d'amélioration ou de remise en état de l'environnement à un endroit public ou pour le bénéfice du public et fournir à l'EPA des garanties financières si celle-ci est partie aux instances[39] ;
- effectuer des audits environnementaux prescrits[40] ;
- verser une somme prescrite au Fonds de fiducie environnementale de la Nouvelle-Galles du Sud ou à une organisation particulière pour les besoins de travaux prescrits de remise en état ou d'amélioration de l'environnement ou pour des fins environnementales[41] ;
- suivre une formation ou des cours prescrits ou concevoir des cours prescrits à l'intention des employés ou des entrepreneurs[42] ;
- prendre des mesures pour prévenir, corriger et atténuer tout dommage causé à l'environnement par l'infraction, réparer tout dommage qui en découle pour l'environnement et prévenir la continuation de l'infraction ou la récidive[43] ;

---

37. Pepper, *supra* note 2, p. 6-7.
38. *POEO Act*, art 250(1)a)-b). Voir, par exemple : *Environment Protection Authority* c *Queanbeyan City Council (No 3)* [2012] NSWLEC 220 (18 septembre 2012).
39. *POEO Act*, art 250(1)c). Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Yolarno Pty Ltd* [2004] NSWLEC 264, par 25.
40. *POEO Act*, al 250(1)d). Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Ramsay Food Processing Ltd* (No 2) [2010] NSWLEC 150.
41. *POEO Act*, art 250(1)e). Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Caltex Refineries* (NSW) Pty Ltd [2006] NSWLEC 335.
42. *POEO Act*, art 250(1)f)-g).
43. *POEO Act*, art 245. Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Warringah Golf Club* (No 2) [2003] NSWLEC 140.

– indemniser une autorité publique ou toute autre personne des dépenses engagées ou des dommages subis à la suite de l'infraction[44];
– payer les coûts et les frais associés à l'enquête menée au sujet de l'infraction[45];
– rembourser l'avantage financier tiré de l'infraction[46].

La Cour a aussi imposé des ordonnances de service communautaire dans les situations appropriées[47]. Ces ordonnances peuvent être prises en plus ou au lieu de toute peine pécuniaire ou peine de prison qui pourrait être imposée et il est possible de prendre une ordonnance ou plus d'une à l'égard du contrevenant[48].

LIGNES DIRECTRICES DE L'EPA DE LA NGS RELATIVES À LA DEMANDE D'ORDONNANCE DES TRIBUNAUX EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Les lignes directrices de l'EPA de la NGS relatives à une demande d'ordonnance des tribunaux en matière environnementale[49] divisent les peines possibles en deux groupes : ordonnances visant à rétablir l'environnement ou à prévenir la récidive et ordonnances visant à punir ou à dissuader les contrevenants.

Ordonnances visant à rétablir l'environnement ou à prévenir la récidive

Les lignes directrices placent dans le premier groupe les ordonnances de nettoyage, les ordonnances d'indemnisation, les ordonnances relatives aux coûts d'enquête, les ordonnances relatives à la peine liée à l'avantage pécuniaire et les ordonnances environnementales (c'est-à-dire les ordonnances visant à remettre l'environnement en état ou à prévenir tout dommage qui pourrait lui être causé). Ces ordonnances visent collectivement à [TRADUCTION] « essayer de remettre l'environnement en état et les contrevenants ou les victimes dans la même position qu'ils étaient avant l'infraction et aussi à assurer que le contrevenant prend des mesures pour éviter toute violation future[50] ».

---

44. *POEO Act*, art 246. Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Obaid* [2005] NSWLEC 171.
45. *POEO Act*, art 248(1). Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Centennial Newstan Pty Ltd* [2010] NSWLEC 211.
46. *POEO Act*, art 249(1).
47. *Sentencing Procedure Act*, (NSW), art 86. La loi prescrit un maximum de 500 heures de service communautaire (art 8(2)). Voir, par exemple : *Environmental Protection Authority* c *Coggins* [2003] NSWLEC 111.
48. *POEO Act*, art 244.
49. NSW EPA, « Lignes directrices », *supra* note 32.
50. *Ibid.*

Conformément aux lignes directrices, on cherche habituellement à obtenir une ordonnance de nettoyage ou d'indemnisation, sauf si l'EPA détermine que le défendeur n'a pas suffisamment d'argent. Conformément au principe selon lequel un contrevenant ne doit pas profiter d'une infraction, on cherche aussi généralement à obtenir des ordonnances sur les avantages pécuniaires et sur les coûts d'enquête. Par contre, on cherche à obtenir une ordonnance pour un audit environnemental lorsque le contrevenant [TRADUCTION] « n'a pas les systèmes essentiels de protection de l'environnement » ou lorsque « les systèmes en place ont des défaillances continues[51] ». Là encore, les lignes directrices précisent clairement que ces ordonnances visent non pas à punir, mais plutôt à garantir que le contrevenant prend des mesures pour se livrer à ses activités d'une manière acceptable sur le plan environnemental.

Ordonnances visant à punir ou à dissuader les contrevenants

Avec les amendes et les peines de prison, les ordonnances de publication et les ordonnances relatives aux services environnementaux sont classées comme des ordonnances visant à punir ou à dissuader les contrevenants.

Les ordonnances de publication doivent servir en grande partie à donner suite aux critiques selon lesquelles il se pourrait que les amendes seules ne suffisent pas comme élément de dissuasion dans le cas des grandes entreprises. C'est pourquoi, selon les lignes directrices, ce type d'ordonnance est réservé principalement aux [TRADUCTION] « entreprises délinquantes, car il est probable que ce sont ces ordonnances qui ont le plus grand pouvoir de dissuasion pour elles[52] ». Pour déterminer si une ordonnance de publication est appropriée, l'EPA doit aussi tenir compte de la culpabilité du défendeur, de son bilan environnemental, ainsi que des dommages éventuels ou réels causés à l'environnement par l'incident. La collaboration ou la contribution après coup ne sont toutefois pas des facteurs pertinents dont il faut tenir compte pour déterminer le caractère approprié d'une ordonnance de publication. Habituellement, l'ordonnance précise que l'avis doit être publié au moins dans un journal diffusé dans tout l'État et, dans le cas des entreprises publiques, dans le sommaire du rapport annuel de l'entreprise en cause[53].

Une ordonnance portant sur le service environnemental permet à la Cour d'ordonner l'exécution de travaux en particulier pour la remise en état ou l'amélioration de l'environnement à un endroit public ou pour le bénéfice du public. Le résultat vise peut-être à produire un avantage pour le public, mais les lignes

51. *Ibid.*
52. *Ibid.*
53. *Ibid.*

directrices précisent clairement qu'une telle ordonnance vise à punir ou à dissuader. C'est pourquoi, on demande toujours une ordonnance de publication en même temps qu'une ordonnance portant sur leservice environnemental afin qu'il soit entendu que les travaux sont exécutés parce que l'infraction a été commise et non, par exemple, parce que le contrevenant « agit simplement en bon citoyen[54] ». On demandera une telle ordonnance de la Cour seulement lorsqu'il est possible de trouver un projet approprié dans le voisinage où l'infraction a été commise et ensuite seulement si le contrevenant a la capacité, les moyens et la volonté nécessaires pour les exécuter. Seuls les travaux produisant des résultats faciles à quantifier sont jugés appropriés[55].

Créativité et détermination de la peine dans la pratique

Entre 2012 et 2013, six ordonnances de publication, deux ordonnances portant sur le service environnemental et treize ordonnances d'indemnisation (portant sur les coûts d'enquête) ont été imposées dans le contexte de poursuites intentées en vertu de la *POEO Act*. Certaines de ces ordonnances ont été prises dans le cas d'une seule infraction.

Dans l'affaire *Environment Protection Authority* c *Queanbeyan City Council* (No 3)[56] par exemple, après un plaidoyer de culpabilité en vertu de l'article 120(1) de la *POEO Act* qui porte sur la pollution de l'eau, à la suite du rejet d'eaux usées dans la rivière Queanbeyan, le contrevenant a dû verser 80 000 $ à Murrumbidgee CMA pour financer des travaux d'aménagement paysager de Numeralla East, faire connaître les détails de l'infraction dans *The Sydney Morning Herald*, *The Canberra Times* et *Queanbeyan Age* et payer des coûts d'enquête de 1 189 $.

LA CRÉATIVITÉ DANS LA DÉTERMINATION DES PEINES : L'AVENIR

L'EPA de la NGS a revu les mesures alternatives aux peines et les pénalités en matière environnementale applicable dans son territoire et d'autres juridictions de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Selon son rapport annuel de 2012-2013, l'examen a révélé que même si les mécanismes de sanction se ressemblent, les juridictions ont aussi utilisé des approches comme la justice réparatrice et les pénalités civiles[57]. À la suite de l'examen, on dit que l'EPA a

54. *Ibid.* Voir aussi, Preston, *supra* note 8, p. 38.
55. *Ibid.*
56. [2012] NSWLEC 220. Voir également *Environment Protection Authority* c *Clarence Colliery Pty Ltd*; *Office of Environment and Heritage* c *Clarence Colliery* [2017] NSWLEC 82.
57. NSW Environment Protection Agency, *Annual Report 2012-13* (octobre 2013) à 15 [*Annual Report 2012-13*]. Pour une discussion sur la Nouvelle-Zélande, l'administration qui a intégré de façon proactive la justice réparatrice dans ses processus de détermination des peines en matière

[TRADUCTION] « déterminé tout un éventail de mesures qu'elle peut prendre pour garantir qu'un éventail plus vaste de réponses et de sanctions soit disponible dans le cas des infractions environnementales en NGS[58] ».

Comme les ordonnances sur les peines qui font preuve de créativité visent souvent à la fois à dissuader les contrevenants de causer des dommages à l'environnement et à remettre l'environnement en état là où il a subi ces dommages, l'attention porte non seulement sur le contrevenant, mais aussi de plus en plus sur la victime du délit environnemental – qu'il s'agisse d'une personne, de la communauté en général, y compris les générations futures, ou de l'environnement même. Cette convergence sur la victime coïncide avec le concept de la justice réparatrice – qui donne au contrevenant et à une victime, qui participent tous deux volontairement, la possibilité de se rencontrer et de décider ensemble comment aborder les enjeux découlant du délit commis. Lorsqu'on amorce ce processus après un plaidoyer de culpabilité mais avant la détermination de la peine, il joue un rôle en orientant le pouvoir discrétionnaire de la Cour dans la décision relative à la peine.

Le juge Preston de la New South Wales Land and Environment Court a présenté les concepts de la justice réparatrice comme option dans le processus de détermination de la peine dans l'affaire *Garrett* c *Williams*[59]. Dans cette affaire, le contrevenant a consenti à participer à une conférence sur la justice réparatrice après avoir plaidé coupable d'avoir causé ou permis sciemment la destruction d'objets autochtones contrairement à l'article 90 de la *National Parks and Wildlife Act 1994* (NSW). Depuis cette décision, le juge Preston a continué de formuler des commentaires sur le rôle que la justice réparatrice pourrait jouer en permettant à la communauté en général, aux générations futures et à l'environnement de participer aux processus de remise en état en tant que victimes d'une infraction environnementale[60]. Comme les générations futures et l'environnement sont représentés par des « victimes de remplacement » pour faire entendre leurs demandes[61], de nombreux outils et des possibilités de faire preuve de créativité dans la détermination de la peine auxquels la Cour a déjà accès peuvent servir à produire ces « résultats réparateurs ». Par exemple, un résultat réparateur peut obliger le contrevenant à prendre des mesures pour prévenir, contrôler ou atténuer le dommage causé à

environnementale, voir : M Hamilton, « Restorative Justice Intervention in an Environmental Law Context : *Garrett v Williams*, Prosecutions under the *Resource Management Act* 1991 (RMA), and Beyond » (2008) 25 *EPLJ* 263.

58. *Ibid.*, *Annual Report 2012-13*.
59. *Garrett* c *Williams* (2007) 1551 LGERA 92. Voir aussi : Hamilton, *supra* note 57.
60. L'hon juge B Preston, « The Use of Restorative Justice for Environmental Crime » (2011) 35 *Criminal Law Journal* 136.
61. *Ibid.*, p. 147-149.

l'environnement par l'infraction commise – ce qui pourrait être mis en œuvre par la Cour qui détermine la peine et établit une ordonnance de réparation ou de prévention du dommage d'une manière qui correspond au résultat réparateur[62]. De même, on pourra aussi recourir aux ordonnances d'indemnisation en cas de dommage causé à l'environnement, aux ordonnances portant sur les audits environnementaux ou sur le service environnemental.

Sans compter que ces moyens atteignent les buts que constituent la réparation ou la dissuasion, le juge Preston signale que des processus réparateurs peuvent permettre d'aborder les délits environnementaux d'une façon plus holistique, pourraient transformer des relations et des comportements et fournir un moyen de responsabiliser la collectivité en général et l'environnement et de leur donner voix en tant que victimes d'un délit environnemental[63]. Il reste à voir si les mécanismes de la justice réparatrice seront adoptés de façon plus intégrale dans le processus qui permet de faire preuve de créativité dans la détermination des peines.

62. *Ibid.*, p. 152-153.
63. *Ibid.*, p. 155-158.

Chapitre 30

La détermination de peines innovantes en matière environnementale – la perspective des entreprises

Allan E. Ingelson

Dans un essai publié en 2012 intitulé « Getting Creative with the Law », Dianne Saxe et Jackie Campbell se sont penchées sur les avantages de la détermination de peines innovantes, notamment en ce qui a trait à la possibilité que les entreprises versent des sommes d'argent pour financer des projets visant l'amélioration de l'environnement et, par leur participation et parrainage, de veiller à ce que les lois sur l'environnement soient mieux respectées à l'avenir. Les auteurs observent que, dans certains cas, l'apport des entreprises contrevenantes peut être beaucoup plus précieux pour l'environnement que leur simple contribution financière et que la participation de ces entreprises dans la « restauration du milieu naturel permet la réhabilitation des contrevenants, les sensibilise davantage à ces questions et donne l'exemple aux autres[1] ». Saxe et Campbell rappellent qu'auparavant, la province de l'Ontario était le chef de file en matière de détermination de peines innovantes, mais que les procureurs du gouvernement fédéral, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta assument maintenant ce rôle de premier plan à l'échelle nationale[2].

Pourquoi certaines entreprises sont-elles disposées à présenter des propositions conjointes avec la Couronne pour que soient imposées des peines

1. Dianne Saxe et Jackie Campbell, « Getting Creative with the Law » (16 avril 2012) *Water Canada* 1.
2. *Ibid.*

innovantes ? C'est sur cette question que nous nous pencherons. Nous procéderons d'abord à un examen des objectifs de la détermination des peines innovantes au Canada. La mise en valeur accélérée et importante des sables bitumineux au cours des années a donné lieu à de nombreuses infractions aux lois fédérales et provinciales sur l'environnement à l'occasion desquelles les tribunaux de l'Alberta ont accepté une diversité de peines innovantes. À la lumière des renseignements disponibles sur les peines innovantes approuvées dans la province au cours des dernières années, nous examinerons ensuite les ordonnances imposant l'obligation pour les entreprises contrevenantes de financer des travaux de recherche et de sensibilisation, la préservation de l'habitat, la surveillance et la protection de la qualité de l'eau, les interdictions d'exercer certaines activités précises et des projets de publication.

L'ÉMERGENCE DES PEINES INNOVANTES AU CANADA

Dans une décision rendue en 1980 dans l'affaire *R* c *United Keno Hill Mines Ltd*[3], le juge en chef Barry Stuart a jeté les bases de la détermination de peines innovantes au Canada. Le juge en chef a abordé la question des « éléments particuliers » dont le tribunal devait tenir compte au moment d'imposer une peine à une grande entreprise d'extraction minière d'envergure nationale après que celle-ci a déversé des eaux usées en excédant du volume autorisé en vertu de son permis d'utilisation des eaux, en infraction à la *Loi sur les eaux internes du Nord*[4]. Le tribunal a pris en compte les facteurs suivants pour déterminer la peine appropriée : la nature du milieu touché ; l'étendue du préjudice (le degré de dommage infligé)[5] ; la taille, la situation financière et le pouvoir d'influence de l'entreprise[6] ; la "conduite criminelle" ; les efforts déployés par l'entreprise pour se conformer ; le remords ; les profits tirés de l'infraction ; le casier judiciaire de l'entreprise[7].

À la suite de cette affaire, le gouvernement canadien a créé le Fonds pour dommages à l'environnement afin que les sommes versées au titre d'amendes imposées en vertu des lois comme la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* (LCOM)[8], la *Loi sur les pêches*[9] et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[10] servent à financer les projets

3. *R* c *United Keno Hill Mines Ltd* (1980) 1 YR 299 (CTerr Y) [*Keno*].
4. RSC 1970 (1st Supp), c 28, s 6 ; LRC 1970 (1er supp), c 28, art 6(1).
5. *Keno*, *supra* note 3, par 12-13.
6. *Ibid.*, par 17.
7. *Ibid.*, par 21-36.
8. LC 1994, c 22.
9. LRC 1985, c F-14.
10. LC 1999, c 33.

d'amélioration de l'environnement plutôt que d'être versées au fonds consolidé du revenu[11].

Dix-huit ans après la décision rendue dans *Keno Hill*, dans une autre cause de déversement illicite de substances dangereuses dans l'environnement, la Cour provinciale de l'Alberta, dans *R* c *Van Waters & Rogers Ltd*[12], a pris en considération les éléments suivants pour déterminer la peine appropriée :

> [TRADUCTION]]
>
> 1. la protection du public, même en l'absence de préjudice grave ;
> 2. la dénonciation des contrevenants ;
> 3. la dissuasion et non la réhabilitation ;
> 4. e fait que le préjudice soit uniquement potentiel ou qu'il y ait un simple risque découlant de la contravention ne constitue pas un facteur atténuant, mais le préjudice réel est un facteur aggravant ;
> 5. l'absence d'intention coupable n'est pas un facteur atténuant, par contre le délit volontaire ou l'insouciance constitue un facteur aggravant ;
> 6. le profit ou le bénéfice tiré de la contravention à une loi sur l'environnement, même s'il est difficile à quantifier, devrait être pris en considération s'il y a lieu ;
> 7. l'imposition d'une peine légale maximale peut être appropriée lorsqu'il y a intention coupable, un déversement important et que le contrevenant a des antécédents ;
> 8. la taille et les ressources financières de l'entreprise devraient être prises en considération ;
> 9. il y a lieu de déterminer les remords du contrevenant (le remord du contrevenant peut être évalué à la lumière des mesures que l'entreprise a mises en place, et non en fonction des paroles) ;
> 10. la conformité uniquement après le fait ne devrait pas constituer à proprement parler un facteur atténuant ;
> 11. le laxisme du gouvernement dans l'application de la loi n'est pas un facteur atténuant ;
> 12. il y a lieu de considérer les condamnations antérieures ;
> 13. la possibilité pour l'entreprise de prendre des mesures simples qui auraient pu éviter la pollution ou le fait que l'entreprise exerce des activités dangereuses tout en sachant qu'il sera difficile de contrôler le niveau de pollution sont tous deux des facteurs aggravants[13].

---

11. Gouvernement de Canada, « Précédents jurisprudentiels (amendes, montants adjugés au Fonds par des tribunaux) » [en ligne] <http://www.ec.gc.ca/edf-fde/default.asp?lang=Fr&n=F6B9CA63-1&pedisable=true>.
12. *R* c *Van Waters & Rogers Ltd* (1998) 220 AR 315 (CP Alb) [*Van Waters & Rogers*].
13. *Ibid.*, *Van Waters & Rogers*, par 23-39.

Pour ce qui est du 9e facteur, la conclusion selon laquelle le remords de l'entreprise doit être évalué en fonction des mesures que celle-ci a prises et non de ses paroles peut être un facteur propre à inciter, dans certains cas, les entreprises à participer au processus de détermination de peines innovantes.

Dans son analyse de la détermination des peines innovantes publiée en 2004, Gordon Scott Campbell abordait la question du rôle que les mesures ne constituant pas des amendes pourraient jouer afin d'inciter les entreprises à se conformer aux lois sur l'environnement, comme des projets positifs pour l'environnement, la dénonciation publique et l'application de mesures de conformité sur une base volontaire[14]. En 2009, la professeure Elaine Hughes et Larry Reynolds se sont penchés sur les options offertes pour l'imposition de peines innovantes en vertu de la législation fédérale et provinciale, notamment la confiscation des bénéfices tirés de la commission d'une infraction à la législation sur l'environnement, l'imposition d'une obligation de dédommager les pertes de biens, le versement de sommes à des fiducies en vue de financer la remise en état du milieu ou la recherche, les ordonnances de prévention comme la formation obligatoire des employés, le respect de normes "volontaires" comme la norme ISO 14001 de systèmes de gestion, les ordonnances de travaux communautaires, les ordonnances de publication et d'information et la probation[15]. Mme Hughes et M. Reynolds font remarquer que les ordonnances de publication étaient fréquemment utilisées en association avec le financement de la recherche, le financement de la sensibilisation, la prévention ou les ordonnances de remise en état. Les auteurs examinent les conditions préalables à la détermination d'une peine innovante au Canada, notamment le fait que l'entreprise contrevenante doit reconnaître sa responsabilité dans la commission de l'infraction et doit être en état de respecter la loi ou le règlement sur l'environnement avant que la peine innovante ne soit déterminée. L'entreprise ne peut tirer parti du non-respect d'une loi et le montant de l'amende et du financement de la peine innovante doit être assez important et structuré de manière à dissuader d'autres contrevenants éventuels[16].

Suivant leur examen de la législation fédérale et provinciale, les auteurs ont constaté que [TRADUCTION] « le plus important groupe d'ordonnances potentielles prévues dans les lois et mises en pratique était constitué d'ordonnances enjoignant le contrevenant à mener des projets précis ayant des bénéfices directs pour l'environnement (qu'il s'agisse de remise en état ou de prévention)

14. Gordon Scott Campbell, « Fostering a Compliance Culture through Creative Sentencing for Environmental Offences » (2004) 9 *Can Crim LR* 1, p. 19.
15. *Ibid.*, p. 114-119.
16. E Hughes et L Reynolds, « Creative Sentencing and environmental protection » (2008) 19 *J Envtl L & Prac* 105-137.

habituellement en finançant des ONG ou des ministères du gouvernement, et des ordonnances dont le bénéfice est quelque peu incertain de réaliser des travaux de recherche (là encore, le plus souvent avec des ONG en éducation)[17] ». Les entreprises financent des projets pour se conformer à une peine innovante. Les projets visaient surtout à assurer le respect des normes de protection de l'environnement grâce à des mesures de dissuasion précises et de nature générale, ciblant précisément les bénéfices actuels et futurs pour l'environnement. Les types de sanction pouvant être qualifiées de peines innovantes comprennent les interdictions d'exercer des activités précises, la publication des faits entourant la contravention, les travaux ou mesures communautaires visant à inciter l'adoption d'une conduite acceptable par le contrevenant et le financement des mesures de remise en état.

LA DÉTERMINATION DES PEINES INNOVANTES EN ALBERTA

En 2003, Susan McRory, coordonnatrice des dossiers en matière d'environnement pour la section des projets spéciaux du ministère de la justice de l'Alberta, et Lynda Jenkins, procureure en matière d'environnement, déclaraient que la détermination de peines innovantes [TRADUCTION] « s'était imposée comme caractéristique importante de la quasi-totalité des procès en matière d'environnement de la province[18] ». Un des premiers exemples est la décision rendue en 2003 dans l'affaire *R* c *Canadian 88 Energy Cor*p. La pétrolière avait été accusée de déverser une substance selon un débit ou une quantité susceptible d'entraîner des effets néfastes considérables sur l'environnement selon larticle 98(2) de la loi intitulée *Alberta Environmental Protection and Enhancement Act* (AEPEA)[19], et d'avoir illicitement déversé une substance nocive dans l'eau, en contravention du paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*[20]. La société a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation et le tribunal a imposé une peine globale de 154 650 $, dont 15 000 $ en amendes et en suramendes[21]. Le reste de la peine pécuniaire a été divisé également entre les

17. *Ibid.*, p. 131. Les auteurs signalent six catégories de peines innovantes en matière environnementale : ordonnances d'interdiction ; ordonnances de publication ; ordonnances d'effectuer ou de financer des travaux de recherche ; ordonnances de financer des projets de sensibilisation ; ordonnances de prévention portant sur l'amélioration des méthodes d'exploitation internes ; et ordonnances correctives de financement de projets précis de remise en état ou d'amélioration réalisés par des organisations non gouvernementales (ONG).
18. Environmental Law Centre News Brief, « Action Update, Creative Sentencing Part I – Overview » (2003) 18 : 2 *News Brief*; Environmental Law Centre, "Action Update, Creative Sentencing Part I – Overview" (2003) 18 : 2 *News Brief* p. 8. Les ordonnances de peines innovantes constituent une option en Alberta depuis septembre 1993.
19. RSA 2000, c E-12 ; *R* c *Canadian 88 Energy Corp*, 2003 CarswellAlta 1547 (CP Alb), par 1 [*Canadian 88 Energy Corp*].
20. LRC 1985, c F-14.
21. *Canadian 88 Energy Corp*, *supra* note 19, par 40-41.

diverses contraventions à la législation fédérale et provinciale et la majeure partie de l'argent versé par la société a été déposé dans le Fonds pour dommages à l'environnement afin [TRADUCTION] « de remettre en état et de restaurer le milieu naturel endommagé d'une manière qui soit le plus économique possible […][22] ».

Le tribunal a fait remarquer que l'entreprise contrevenait à la loi pour la première fois, qu'elle était un modèle d'entreprise socialement responsable qui avait pleinement reconnu sa responsabilité pour le dommage à l'environnement causé tout au long des procédures, qu'elle avait consacré 2,5 millions de dollars en frais de nettoyage et qu'il était entendu qu'elle continuerait de collaborer avec le ministère de l'environnement de l'Alberta[23] au cours des 10 prochaines années pour surveiller et remettre en état la zone touchée[24]. Dans cette première affaire, la majeure partie de l'argent versé par la société était destinée à l'amélioration de l'environnement.

Aujourd'hui, en vertu du paragraphe 234(1) de l'AEPEA, les tribunaux de la province peuvent adopter une démarche novatrice dans la détermination des peines en ordonnant que les fonds soient affectés au financement de projets précis visant l'amélioration de l'environnement. Le juge chargé de la détermination de la peine décidera de la peine appropriée en l'espèce et établira le montant d'argent qui sera affecté aux projets dont le public et l'environnement peuvent bénéficier et que l'entreprise contrevenante devra financer. En règle générale, les entreprises ne sont pas autorisées à déduire le coût de la remise en état du montant global de la peine[25]. Mme McRory fait observer que la tendance dans la province consiste à [TRADUCTION] « scinder la peine en deux moitiés égales entre l'amende et la peine innovante, comme le préconise la Couronne provinciale », et que certaines des conditions rattachées aux peines innovantes comprennent les suivantes : la dissuasion est l'objectif principal de la peine innovante, l'ordonnance doit être punitive, elle doit être en lien avec la contravention et le ou les projets financés dans le cadre de la peine innovante et le ou les projets doivent véritablement réparer le tort[26]. Les lignes directrices servant à déterminer une peine innovante prévoient que le principal bénéficiaire du ou des projets financés dans le cadre de la peine innovante par l'entreprise [TRADUCTION] « doit être le public[27] ». En 2012, le ministère responsable de

22. Annexe II de l'ordonnance.
23. Maintenant l'*Alberta Environment and Parks* (EDDRA).
24. *Canadian 88 Energy Corp*, *supra* note 19, par 5.
25. *R* c *VanWaters & Rogers Ltd* (1998) AR 315 ; *R* c *Chem-Security (Alberta) Ltd* (1998) 29 CELR (NS) 60 (CP Alb).
26. Environmental Law Centre, « Creative Sentencing, Part I – Overview, Creative Sentencing Workshop Part II » (2003) 18:3 *News Brief*, p. 8 et 10.
27. EDDRA et ministère de la Justice et Procureur général de l'Alberta, *Creative Sentencing in Alberta 2012 Report*, p. 4 [*Rapport de 2012*].

l'environnement et le ministère de la justice de l'Alberta déclaraient que pour clarifier les responsabilités administratives, une fois qu'une ordonnance a été rendue par le tribunal, [TRADUCTION] « il incombe à l'agent de liaison des enquêtes en matière environnementale de s'assurer que l'ordonnance est exécutée conformément aux documents du tribunal. Une ordonnance peut être prolongée jusqu'à trois ans ou peut l'être moyennant le consentement du tribunal[28] ».

Il arrive souvent que l'information concernant les facteurs devant être pris en compte par les entreprises pour décider s'il y a lieu ou non de participer à la détermination de la peine innovante soit lacunaire. Même si les causes citées ci-après et les ordonnances y afférentes n'ont aucune valeur de précédent, elles donnent un aperçu des types de peines innovantes récemment acceptées par les entreprises. Les neuf peines innovantes choisies ont été autorisées par les tribunaux de l'Alberta au cours de la période qui s'est écoulée entre 2009 et 2013. Comme le prévoient les modalités des peines innovantes, les entreprises financent une diversité de projets novateurs, notamment les projets de recherche et de sensibilisation, la préservation de l'habitat, la surveillance de la qualité de l'eau et l'amélioration de l'environnement, les bourses d'études et les bourses de recherche.

R c *Suncor Energy* (2009)[29] – Recherche et sensibilisation visant à éviter la récidive

Suncor Energy (Suncor), la première entreprise du secteur de l'énergie en importance au pays, publie un rapport annuel sur son rendement environnemental, social et économique[30]. Les activités aux installations *in situ* d'exploitation des sables bitumineux de Suncor Firebag ont commencé en décembre 2003. La conception initiale de l'usine prévoyait des unités de récupération de vapeur sur toutes les citernes d'eau des installations. Les plans de conception ont été par la suite modifiés pour supprimer les unités de récupération sur les citernes d'eau qui, à la lumière de l'expérience d'un autre projet, n'ont pas été jugées nécessaires. La modification de la conception n'a pas été incluse dans la demande de projet qui avait été présentée au gouvernement provincial. Après enquête par le ministère de l'environnement de l'Alberta, la société a été inculpée en vertu des paragraphes 227(e) et (b) de l'AEPEA pour contravention à une autorisation légale en ayant omis d'installer l'équipement de contrôle des émissions de substances dangereuses et pour avoir omis de

28. *Ibid.*, p. 2.
29. Alberta Environment, « Enforcement Actions », [en ligne] <https://open.alberta.ca/publications/1766023l>.
30. Suncor, « Presentations and Key Dates », [en ligne] <http://www.suncor.com/fr/responsible/1434.aspx>.

déclarer que l'équipement n'avait pas été installé, comme le prévoyait l'autorisation de projet. Le 2 avril 2009, l'entreprise a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation et a versé une amende de 675 000 $.

En outre, comme les dirigeants souhaitaient que l'entreprise évite de récidiver et, dans le cadre de son programme de responsabilité sociale d'entreprise, Suncor a versé 315 000 $ à l'Université de Calgary pour que les chercheurs entreprennent un projet de recherche et de sensibilisation portant sur la conformité réglementaire. Les chercheurs ont rédigé une étude de cas et des documents d'information à l'intention des dirigeants qui ont été remis à l'occasion d'un atelier de deux jours s'adressant aux dirigeants d'entreprises, aux gestionnaires et aux autorités de réglementation du secteur[31]. Les représentants de Suncor ont participé à l'atelier. Le projet de recherche financé en vertu de la peine innovante a révélé une lacune dans la supervision du projet par la direction. Grâce à 46 entrevues réalisées auprès des employés de Suncor, des autorités de réglementation et des avocats au courant des circonstances entourant les infractions aux lois sur l'environnement, de même qu'à une étude des documents connexes, les chercheurs de l'Université ont dégagé trois « causes fondamentales » des infractions à la législation sur l'environnement :

1) le processus de gestion du changement de l'entreprise était lacunaire ;
2) le dispositif de suivi de la conformité des activités de l'entreprise était lacunaire ;
3) l'entreprise faisait montre d'une culture de conformité laxiste[32].

De plus, les chercheurs ont relevé des facteurs contextuels qui ont eu pour effet d'accroître les causes profondes des infractions environnementales, notamment les perturbations dans le secteur industriel, la nouvelle technologie et le manque de main-d'œuvre qualifiée[33].

En plus de financer la recherche sur la gestion afin de réduire le plus possible le risque de récidive par la société, l'autre facteur ayant motivé Suncor à participer au processus de détermination de la peine innovante était son engagement en tant qu'entreprise socialement responsable[34]. Certaines

---

31. F. Bowen et coll., « Lessons for Environmental Compliance from One Company's Creative Sentencing Case » (présenté à la conférence organisée par Canadian Society for Unconventional Gas du 19 au 21 octobre 2010) CSUG/SPE 138226, p. 2-3.
32. *Ibid.*
33. *Ibid.*
34. L'école Kennedy de l'Université Harvard a défini la responsabilité sociale des entreprises comme suit :

    [TRADUCTION] « [L]a responsabilité sociale des entreprises englobe non seulement ce que les entreprises font de leurs bénéfices, mais également la manière dont elles les réalisent. Cette responsabilité dépasse la philanthropie et le respect des lois et concerne la manière dont les entreprises gèrent les répercussions économiques, sociales et environnementales de leurs activités de même que leurs relations dans toutes les principales sphères d'influence : la collectivité et l'intérêt public. »

entreprises canadiennes sont plus soucieuses de leurs responsabilités sociales que d'autres. Compte tenu de l'attention médiatique dont fait l'objet les activités d'exploitation de sables bitumineux, certaines entreprises du secteur de l'extraction jugent que la participation à des projets d'amélioration de l'environnement fait preuve de leur responsabilité sociale et que les projets en question leur conféreront la légitimité sociale pour exercer leurs activités à long terme. L'Institut international du développement durable déclare que la responsabilité sociale de l'entreprise fait la promotion d'une vision de la responsabilité sociale de l'entreprise auprès d'une grande diversité de parties prenantes, mis à part les actionnaires et les investisseurs. Les principaux domaines d'intérêt pour ces entreprises sont la protection de l'environnement, de la communauté et de la société civile en général, tant maintenant qu'à l'avenir[35]. Dans le cadre de son rapport sur le développement durable de 2009, Suncor Energy affichait les renseignements suivants au sujet des infractions de Firebag sur son site Web :

> [TRADUCTION] Cet incident n'aurait jamais dû se produire. Nous n'avons pas répondu aux attentes des autorités de réglementation et à nos propres attentes. Il y a eu un manquement dans la supervision de la direction et nous en assumons pleinement la responsabilité. Nous avons raffermi nos mesures de contrôle de projet afin d'empêcher qu'une telle situation se reproduise[36].

Ce type d'aveu public et de communication de l'information laisse entendre que la responsabilité sociale de l'entreprise était également un facteur ayant motivé cette grande entreprise à participer au processus de détermination d'une peine innovante. En plus de financer le projet de recherche sur la sensibilisation à la conformité réglementaire susmentionné, conformément à une autre des modalités de la peine innovante, la société a versé la somme de 75 000 $ à un fonds de dotation d'un collège pour soutenir un programme d'études en sciences de l'environnement et de la conservation.

R c *Syncrude Canada Ltd* (2010)[37] – Préservation des habitats

La préservation des habitats est un autre type de projet financé dans le cadre d'une peine innovante. En l'espèce, la poursuite en matière d'environnement a retenu l'attention des médias à l'échelle nationale et internationale en 2010. Syncrude, une entreprise d'extraction de sables bitumineux, a été inculpée en vertu du paragraphe 5.1(1) de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* (LCOM)[38] pour avoir déposé des substances dangereuses

35. [Institut international du développement durable (IIDD), *IISD's Business and Sustainable Development : A Global Guide – Corporate Social Responsibility (CSR)*, [en ligne] <http://www.iisd.org/business/issues/sr.aspx>.
36. Suncor Energy, « Firebag Control Orders », p. 1.
37. *R* c *Syncrude Canada Ltd* (2010) ABPC 229 [*Syncrude Canada Ltd*].
38. LC 1994, c 22.

pour les oiseaux migrateurs et, en vertu du paragraphe 155 de l'AEPEA, pour avoir [TRADUCTION] « omis de garder ou de stocker la substance dangereuse de manière à éviter le contact avec les animaux », ce qui a entraîné la mort d'environ 1 600 oiseaux migrateurs qui avait trouvé refuge dans un étang de résidus miniers qui contenait des minéraux argileux, du limon et des résidus d'hydrocarbure[39]. Comme la mine de sables bitumineux est située le long d'un corridor de migration, d'après une étude d'impact environnemental, la société savait que des oiseaux étaient susceptibles de trouver refuge dans l'étang en question ou dans d'autres lacs environnants. Syncrude avait auparavant installé des épouvantails et des canons à propane et avait eu recours à d'autres méthodes pour éloigner les oiseaux au cours des années précédentes. Même si l'entreprise s'est farouchement défendue, le tribunal a conclu qu'elle avait omis de prendre les mesures suffisantes pour empêcher les oiseaux de se poser dans l'étang de résidus minéraux et a imposé à la société une amende de 300 000 $ en vertu de la LCOM et une amende de 500 000 $ en vertu de l'AEPEA[40]. Conformément aux modalités de la peine innovante, la société a convenu de verser 2 200 000 $ au financement de plusieurs projets, notamment le paiement de la somme de 900 000 $ à l'Association de Conservation en Alberta afin qu'elle puisse acheter l'habitat Golden Ranches[41]. En plus du financement de la préservation des habitats, la société a versé 1 300 000 $ à un projet de recherche aviaire réalisé à l'Université de l'Alberta ainsi que 250 000 $ pour financer l'élaboration du cursus d'un programme de diplôme de technicien en gestion de la faune d'un collège situé à Fort McMurray (Alberta) pour répondre aux conditions de la peine innovante.

R c *Statoil Canada Ltd* (2011)[42] – Formation en ligne sur les pratiques exemplaires de l'industrie afin d'éviter de futurs procès

En octobre 2011, Statoil Canada Ltd. a plaidé coupable à une accusation lui reprochant d'avoir contrevenu aux « modalités » d'un permis de galerie de dérivation provisoire, en contravention à l'alinéa 142(1)(e) de la loi albertaine intitulée *Water Act*[43]. Un rapport sur l'utilisation de l'eau présenté au ministère de l'environnement de l'Alberta par l'exploitant de sables bitumineux ne comportait aucune évaluation du volume d'eau qui avait été détournée pour les

39. *Supra* note 37.
40. Borden Ladner Gervais, « Syncrude Sentenced $3 Million for Waterfowl Fatalities » (November 2010), [en ligne] <http://blg.com/en/News-And-Publications/Documents/publication_1717.pdf>.
41. *Rapport de 2012*, *supra* note 27, Annexe II, p. 12.
42. *R* c *Statoil Canada Ltd*, ordonnance du juge Henderson (CP Alb) 31 octobre 2011, [en ligne] <http://aep.alberta.ca/about-us/compliance-assurance-program/compliance-enforcement/operations-division-prosecutions/documents/StatoilCanadaCSO-Oct31-2011.pdf>.
43. RSA 2000, c W-3.

fins de ses activités de forage. L'entreprise a admis que le volume estimatif de l'eau détournée quotidiennement n'avait pas été consigné et que ses employés n'avaient pas pris note des niveaux d'eau du lac, comme il était exigé[44]. Enfin, la société n'avait pas installé de grillage de la taille stipulée dans le permis, une condition du règlement provincial conçu pour protéger la population de poissons. L'entreprise a été condamnée à payer une amende de 5 000 $, puis, comme peine innovante, à verser 185 000 $ pour financer le développement d'un projet de formation en ligne nommé « Surface Water Diversion for the Oil and Gas Industry – Best Practices[45] ». Le projet avait pour objet [TRADUCTION] d'« établir un guide clair et précis de diversion des eaux de surface » afin de sensibiliser les exploitants du secteur pétrolier et gazier et de réduire les possibilités que Statoil et d'autres membres du secteur industriel commettent la même infraction à l'avenir[46]. La peine innovante imposait la condition que l'Association canadienne des producteurs pétroliers[47], l'un des intervenants du projet, organise en collaboration avec Statoil une présentation d'information adressée aux exploitants du secteur industriel. L'Association héberge un portail en ligne sur son site Web pour une période de trois ans à compter de la date du prononcé de l'ordonnance de peine innovante[48].

R c *Devon Canada Corporation* (2011)[49]– Bourse d'études

En août 2011, Devon Canada Corporation a été reconnue coupable d'une infraction aux alinéas 142(1)(i) et 142(1)(b) de la *Water Act*[50], pour ne pas avoir déclaré le franchissement d'un cours d'eau dans son projet de construction d'un pipeline. La société pétrolière a été condamnée à verser une amende globale de 85 000 $, dont 25 000 $ d'amende et 60 000 $ affectés à la création d'une bourse d'études pour un programme d'études en gestion des ressources agraires et hydriques d'un collège albertain.

---

44. *R* c *Statoil Canada Ltd*, exposé conjoint des faits (2011), p. 2.
45. *Rapport de 2012*, *supra* note 27, Annexe A.
46. *Ibid.*
47. L'association industrielle représente la plupart des sociétés pétrolières canadiennes.
48. *Rapport de 2012*, *supra* note 27, Annexe A.
49. *Ibid.*, p. 10.
50. Rapporté au troisième trimestre de 2011, « Enforcement of the *Environmental Protection and Enhancement Act* and *Water Act* ».

R c *All-Can Engineering and Surveys Ltd* (2012)[51] – Sensibilisation des membres des associations sectorielles

La firme d'ingénierie a plaidé coupable pour avoir omis de fournir des renseignements au gouvernement provincial au sujet d'un franchissement de cours d'eau dont la déclaration est exigée en vertu de l'alinéa 142(1)(b) de la *Water Act*[52]. En plus de devoir verser une amende de 10 000 $ selon les modalités de la peine innovante, la société a dû verser 40 000 $ à un compte en fiducie pour financer un projet de recherche devant être réalisé par des chercheurs de l'Université de Calgary dont l'objectif est de favoriser davantage le respect de la *Water Act* par les membres de l'industrie[53]. Le projet de recherche comprend une enquête sur les incidents dans le cadre de laquelle les chercheurs universitaires [TRADUCTION] « recueilleront et analyseront systématiquement l'information » concernant les incidents qui ont mené à la commission de l'infraction par la firme d'ingénierie « afin de déceler les causes et de faire des recommandations pour empêcher que l'incident ne se reproduise[54] ». En plus de recueillir des données et de faire des synthèses, les chercheurs élaboreront des pratiques exemplaires pour assurer le respect de la législation sur l'environnement[55]. Les conditions de la peine innovante exigent une large diffusion des conclusions du projet auprès des associations provinciales d'arpenteurs.

R c *Permolex Ltd* (2012)[56]– Surveillance de l'environnement afin d'améliorer la qualité de l'eau

La société a plaidé coupable à une contravention aux « conditions » d'un permis délivré conformément à l'AEPEA[57]. Le permis exigeait de la société qu'elle déverse ses eaux usées dans le système d'égouts sanitaires de la municipalité, conformément aux conditions imposées par cette dernière, et qu'elle n'émette dans l'atmosphère que des effluents provenant du conduit d'évacuation d'un épurateur d'éthanol indiqué dans la demande de Permolex. La société a omis de respecter les deux conditions de la permission et a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation. Le principal motif pour lequel la société

---

51. *R* c *All-Can Engineering and Surveys Ltd*, Cour provinciale de l'Alberta, division criminelle, ordonnance rendue conformément au paragraphe 148(1) de la *Water Act*, 12 juin 2012, p. 1, [en ligne] <http://environment.alberta.ca/04030.html>.
52. *Ibid.*
53. *Ibid.*, p. 2-4.
54. *Ibid.*, p. 4.
55. *Ibid.*
56. *R* c *Permolex Ltd*, Cour provinciale de l'Alberta (division criminelle), ordonnance rendue en vertu de l'art 234(1) de la *Environmental Protection and Enhancement Act*, 18 avril 2012, p. 1, [en ligne] <http://environment.alberta.ca/04004.html/documents/Permolex_Creative_Sentence>.
57. Commentant ainsi une infraction en vertu de l'alinéa 227 e) de l'AEPAE.

n'avait pas respecté les conditions susmentionnées était le fait qu'aucun ingénieur qualifié ne travaillait dans ses installations. La société a maintenant embauché un ingénieur qualifié et s'est engagée à continuer de « payer pour les services d'un professionnel compétent pour la durée maximale prévue » en vertu de l'AEPEA, qui est de trois ans à compter de la date du prononcé de l'ordonnance[58]. En plus de payer des amendes s'élevant à 50 000 $ (25 000 $ pour chaque chef d'accusation), l'une des conditions de la peine innovante impose l'obligation à la société de verser 100 000 $ pour financer le projet de déversoir d'eaux, le Red Deer River Storm Water Project[59]. Le projet a pour principal objectif d'améliorer la qualité de l'eau de la rivière, en mettant en œuvre une méthode de gestion intégrée des eaux novatrices, permettant à la municipalité de surveiller la qualité de l'eau. Une partie des fonds versés par Permolex a servi à payer l'entreprise de consultants dont les services ont été retenus par la municipalité afin de rédiger un rapport au sujet de la teneur en produits chimiques et des espèces vivantes aquatiques présentes dans la rivière, en aval et en amont de l'usine de traitement des eaux usées de la municipalité. Le projet de trois ans d'une valeur de 200 000 $ créé par l'administration municipale afin d'améliorer la qualité de l'eau de la rivière était au départ uniquement financé par l'argent des contribuables. Grâce au financement de l'entreprise imposé par la peine innovante, les contribuables bénéficient d'une réduction importante des dépenses au titre du programme de gestion de l'eau de la municipalité.

R c *Stephen Brown* (2013)[60] – Entreprises de consultants en environnement, ordonnance de cessation et publication d'un article dans des hebdomadaires

Le prélèvement d'eau non autorisé des plans d'eau peut potentiellement compromettre les écosystèmes[61]. Une grande entreprise de construction d'oléoducs et de gazoducs construisait un nouveau pipeline en Alberta à un coût estimatif de 1 800 000 000 $. Les services de plusieurs entreprises et personnes avaient été retenus par l'entreprise de construction pour l'aider dans ce projet. M. Stephen Brown, le dirigeant principal de Brownstone Environmental Services Ltd figurait parmi les personnes retenues comme consultants dans le cadre du projet. M. Brown qui possédait de l'expérience dans les projets de gazoducs et d'oléoducs, suivait une formation pour devenir un agronome professionnel habilité à exercer en Colombie-Britannique. Il a travaillé de longues heures et a créé un faux permis de galerie de dérivation provisoire pour faciliter l'extraction d'eau d'un plan d'eau pour le projet de pipeline.

58. *Ibid.*, p. 2.
59. *Permolex Ltd*, *supra* note 57, p. 2 et 4.
60. *R* c *Stephen Brown*, ordonnance rendue en vertu du paragraphe 148(1) de la *Water Act*, 26 juin 2013.
61. *Ibid.*

[TRADUCTION] « Le faux permis semblait officiel à sa face même » et M. Brown « a délivré une copie du faux permis à l'employé compétent de l'entreprise de pipeline » qui « a envoyé une copie de ce faux permis à un enquêteur de l'EDDRA qui l'avait exigé[62] ».

Une fois que la supercherie a été découverte par la grande entreprise de pipeline et l'entreprise de consultants en environnement qui avait retenu les services de M. Brown, celui-ci a été congédié par l'entreprise de consultants en environnement[63]. Par la suite, M. Brown a informé un employé de l'entreprise de pipeline qu'il avait « tout raté[64] » et a déclaré à l'enquêteur du ministère de l'environnement qu'il avait [TRADUCTION] « simplement utilisé un exemplaire des autres permis qu'il avait reçus dans le cadre de projets antérieurs » (pour créer le faux permis de galerie de dérivation provisoire)[65]. Il a informé l'enquêteur que la décision de faire un faux document était la sienne uniquement et que personne ne savait ce qu'il avait fait[66]. Dans le cadre de l'enquête menée par le ministère de l'environnement, un employé membre de la direction de l'entreprise de consultants en environnement a demandé à s'exprimer concernant les pressions auxquelles faisait face M. Brown, déclarant que, selon lui, les personnes comme M. Brown [TRADUCTION] « doivent faire face à une certaine pression de la part des intervenants du milieu pour que les choses se fassent rapidement. L'entrepreneur souhaite accélérer les processus et les entrepreneurs ne sont pas toujours reconnus comme des personnes pensant à l'avenir. L'entrepreneur ne s'est probablement pas soucié véritablement des questions concernant l'eau et tout ce qui lui importait était d'obtenir de l'eau et de l'obtenir maintenant […][67] ». M. Brown a plaidé coupable au 2e chef d'accusation prévu par l'alinéa 142(1)(a) de la *Water Act* pour avoir fourni un document faux ou trompeur et toutes les autres accusations portées contre M. Brown et Brownstone Environmental Services Ltd ont été retirées[68]. En vertu des modalités de la peine innovante, M. Brown a été condamné à verser une amende de 1 000 $ et enjoint à verser la somme de 9 000 $ à l'Institut RiverWatch de l'Alberta, un organisme de bienfaisance chargé de mener à bien le RiverWatch Education Project. Ce projet se veut un programme d'information à l'intention des étudiants des écoles secondaires de premier cycle et de deuxième cycle au sujet de la qualité de l'eau des rivières visant à les inciter [TRADUCTION] « à préserver et à gérer la qualité de l'eau pour protéger la faune,

62. *R* c *Stephen Brown*, exposé conjoint des faits.
63. *Ibid.*, p. 7, par 36.
64. *Ibid.*
65. *Ibid.*, par 37.
66. *Ibid.*, par 38.
67. *Ibid.*, par 39.
68. *Ibid.*, par 40.

assurer la salubrité de l'eau potable et favoriser des activités récréatives aquatiques sûres[69] ». En outre, M. Brown a reçu l'ordre de [TRADUCTION] « n'entreprendre aucune démarche, pendant une période d'un an, afin d'obtenir une accréditation professionnelle » en tant qu'agronome professionnel ou technicien en agronomie dans la province de la Colombie-Britannique « ou une accréditation professionnelle équivalente en Alberta » et de « faire en sorte de publier un article dans le bulletin hebdomadaire de la Environmental Services Association of Alberta » au sujet de l'incident[70]. La peine innovante, dans ce cas, a été approuvée par la Cour provinciale puisqu'elle satisfaisait aux « principaux critères et correspondait aux directives en matière de détermination des peines » suivantes :

> [TRADUCTION]
>
> 1. il y a un lien direct entre l'infraction et le projet ;
> 2. le projet sera avantageux pour l'environnement ;
> 3. il y a un lien géographique entre le projet et l'infraction ;
> 4. le projet sera avantageux pour le grand public ;
> 5. il n'y a pas de conflit d'intérêts entre le bénéficiaire des fonds et, soit le contrevenant, soit la Couronne, soit l'organisme chargé de mener l'enquête ;
> 6. le projet d'amélioration de l'environnement doit être dirigé par un organisme sans but lucratif[71].

R c *Grizzly Oil Sands ULC* (2013)[72] – Amélioration de l'habitat

L'entreprise d'exploration de sable bitumineux contrevenante, Grizzly Oil Sands ULC, avait omis de respecter les conditions d'un permis de dérivation d'eau temporaire délivré en vertu de la loi albertaine *Water Act*[73]. Après avoir procédé aux inspections habituelles d'utilisation de l'eau dans le cadre de certains programmes d'exploration de l'entreprise, les inspecteurs du gouvernement provincial ont mis en doute la validité des renseignements présentés pour le compte de l'entreprise. Les hauts dirigeants n'étaient pas informés du fait qu'un entrepreneur indépendant avait établi un faux rapport devant être produit auprès du gouvernement de l'Alberta au sujet du volume d'eau qui avait été détournée pour réaliser un programme d'exploration. Tout de suite après avoir eu vent que l'entrepreneur avait établi un faux rapport, son contrat de service a été résilié et la société a dénoncé l'incident au ministère provincial compétent. En 2013, l'entreprise a plaidé coupable à l'infraction prévue au

69. *Stephen Brown*, *supra* note 60, Annexe A.
70. *Ibid.*, p. 3.
71. *Ibid.*, p. 2.
72. *R* c *Grizzly Oil Sands ULC*, exposé conjoint des faits au soutien d'une réponse à l'accusation, 2013.
73. RSA 2000, c W-3.

paragraphe 142(1) de la *Water Act* compte tenu du défaut patent d'avoir respecté les modalités du permis temporaire. Le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense ont présenté à la Cour provinciale une requête conjointe pour une peine innovante prévoyant le financement d'un projet de conservation de l'habitat [TRADUCTION] « consistant à cultiver et à implanter des espèces végétales d'une valeur traditionnelle pour les Autochtones dans les habitats humides[74] ». La Couronne a affirmé que le projet en question correspondait aux lignes directrices pour des projets de détermination de peine innovante et respectait les principaux critères suivants :

> [TRADUCTION]
>
> 1. il y a un lien direct entre la contravention et le projet ;
> 2. le projet serait avantageux pour le public et produirait des résultats concrets et tangibles ;
> 3. l'organisme sans but lucratif chargé du fonctionnement était le plus compétent pour s'acquitter du projet ;
> 4. il n'y avait aucun conflit d'intérêts entre l'organisme bénéficiaire, d'une part, et le contrevenant, la Couronne ou l'organisme chargé de l'enquête, d'autre part[75].

La Cour a accepté le projet de peine innovante et, de plus, a imposé une amende de 9 312 $, a ordonné à l'entreprise de verser 90 688 $ à un compte en fiducie ouvert « aux fins uniquement de financer le projet de végétalisation d'espèces végétales boréales dans les habitats humides[76] ». Un autre exemple de cas de remise en état de l'habitat financé dans le cadre d'une peine innovante est celui d'Harvest Operations Corp qui a été condamnée en vertu du paragraphe 109(2) de l'AEPEA pour avoir déversé ou permis le déversement dans l'environnement d'une substance dont le volume, la concentration ou le degré pourrait être dangereux pour l'environnement[77]. Le tribunal a ordonné le versement d'une amende de 21 000 $ et le paiement d'une somme de 49 000 $ à l'organisme Canards Illimités Canada devant servir au financement d'un projet de remise en état d'un habitat humide[78].

CONCLUSION

Il existe une diversité de facteurs qui entrent en ligne de compte pour que les dirigeants d'entreprise acceptent ou non des peines innovantes. Certains

---

74. *R* c *Grizzly Oil Sands ULC*, ordonnance rendue en vertu du paragraphe 148(1) de la *Water Act*, Cour provinciale de l'Alberta, Fort McMurray, 27 mars 2013.
75. *Ibid.*, p. 2.
76. *Ibid.*
77. *Ibid.*
78. *Rapport de 2012*, *supra* note 27, p. 10.

dirigeants ne souhaitent que faire disparaître la contravention et payer l'amende. Ces dirigeants sont soucieux de la publicité entourant la contravention et des frais judiciaires supplémentaires que suppose la participation à une proposition conjointe de peine innovante. Dans d'autres cas, les dirigeants ont tiré la conclusion que les peines innovantes offrent la possibilité de réduire le risque que l'entreprise récidive et souhaitent financer les projets d'amélioration de l'environnement qui sont avantageux pour le public et qui démontrent la responsabilité sociale de l'entreprise.

Le juge Stuart a souligné que le blâme professionnel pour des activités condamnables peut servir d'élément de dissuasion important pour les entreprises qui commettent des infractions environnementales. Les débours judiciaires engagés par l'entreprise dans le cadre d'un projet peuvent être considérablement élevés et, plutôt que de payer une simple amende, certains dirigeants souhaiteraient intervenir dans la façon dont ces sommes importantes sont dépensées et à soutenir les projets d'amélioration de l'environnement. Comme le souligne le tribunal dans l'affaire *R* c *Keno Hill et R c Waters,* le remord du contrevenant est l'un des facteurs à retenir pour déterminer le montant de l'amende et ce remord doit être évalué en fonction des mesures prises par le contrevenant et non de ses paroles. Les réactions des dirigeants de l'entreprise concernant la possibilité d'une peine innovante peuvent en outre dépendre de la situation financière de l'entreprise et des priorités de celle-ci, de son intérêt à réduire le plus possible le risque que l'entreprise récidive, de l'intérêt ou de l'absence d'intérêt à responsabiliser l'entreprise et le caractère socialement acceptable des activités exercées. La plupart des entreprises en Alberta que nous avons étudiées disposent de ressources financières importantes qui leur permettent de financer les projets de peine innovante, particulièrement les projets de recherche et de sensibilisation.

Le juge Stuart a évoqué le rôle des mesures incitatives pour encourager le respect des lois sur l'environnement. Un incitatif pour les entreprises dans les cas dont il a été question consiste à réduire le risque pour l'entreprise. Dans trois des huit causes qui sont citées dans le tableau de mise à jour sur la détermination de la peine innovante, des projets visant la recherche en matière de gestion, le respect de la réglementation et la sensibilisation ont été financés. En plus de répondre aux critères minimaux de détermination de la peine élaborés par le gouvernement provincial, ces projets intègrent la notion de bénéfices perçus, réduisant au minimum le risque de récidive de la société à l'avenir. Je suis d'avis qu'il s'agit d'un facteur qui favorise le soutien des entreprises dans la détermination de peines innovantes comprenant ce genre de projet. Comme l'indique le tableau ci-dessous, en vertu des modalités de sa peine innovante, Suncor Energy a financé en 2009 un projet de recherche et de sensibilisation visant à réduire au minimum le risque que l'entreprise récidive et à sensibiliser

les exploitants de l'industrie aux effets du projet. En outre, l'entreprise a créé un fonds de dotation pour un programme de sensibilisation à l'environnement conformément à son engagement de se montrer socialement responsable et d'assurer la durabilité. En 2011, Statoil a financé un projet de formation sectorielle en ligne pour favoriser le respect accru des lois sur l'environnement et réduire le risque que les autres membres commettent la même infraction à l'avenir. All-Can Engineering & Surveys Ltd a financé en 2012 un projet de recherche et de sensibilisation dont les objectifs sont semblables à celui financé par Suncor Energy en 2009. Le projet a été conçu pour déterminer la cause ou les causes des infractions à la législation sur l'environnement et réduire le risque que l'entreprise et d'autres membres du secteur ne commettent l'infraction à l'avenir.

Ces projets de recherche et de sensibilisation sont à l'avantage des entreprises, du public et de l'environnement. Dans tous les cas étudiés dans ce chapitre, les peines intègrent des projets qui contribuent à l'amélioration de l'environnement ou des programmes conçus pour empêcher la dégradation de l'environnement. Ces types de projets démontrent la responsabilisation sociale et, par conséquent, je suis d'avis que la responsabilité sociale de l'entreprise constitue un autre facteur qui encourage certaines entreprises à participer à la détermination des peines innovantes. Troisièmement, les facteurs économiques suivants font partie des facteurs pouvant déterminer si la société décide de ne payer qu'une amende ou de verser une amende et une pénalité financière visant à financer des projets d'amélioration de l'environnement dans le cadre de la peine innovante : les ressources financières de la société ; les frais du procès ; le retrait d'accusations additionnelles et l'évitement des frais de justice et de litiges ; les coûts que représente la participation dans l'élaboration d'une proposition conjointe de peine innovante ; les amendes maximales potentielles imposées pour l'infraction ; le paiement d'une amende moins élevée en plus de la pénalité versée pour financer le projet ; la possibilité de demander une déduction fiscale pour le financement de projets dans le cadre de peines innovantes et l'incapacité de la société de déduire les amendes de ses revenues. L'atténuation du risque, la responsabilité sociale de l'entreprise et les facteurs économiques dont nous avons discuté expliquent pourquoi certaines entreprises en Alberta sont disposées à opter pour une peine innovante.

LA DÉTERMINATION DE PEINE INNOVANTE SANCTIONNANT LES INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES EN ALBERTA

Infraction	Société	Amende	Financement de projets
EPEA, par 227(e) et (b)	*R* c *Suncor Energy* (2009)	675 000 $	390 000 $ – Sensibilisation au respect de la réglementation et bourse d'études
AEPEA, art 155; LCOM, par 5.1(1)	*R* c *Syncrude Canada Ltd* (2010	800 000 $	2 450 000 $ – Recherche sur la préservation de l'habitat, élaboration de programme
Water Act, alinéas 142(1)(i) et 142(1)(b)	*R* c *Devon Canada Corporation* (2011)	25 000 $	60 000 $ – Bourse d'études
Water Act, alinéa 142(1)(e)	*R* c *Statoil Canada Ltd* (2011)	5 000 $	185 000 $ – Sensibilisation au respect de la réglementation – Pratiques exemplaires de l'industrie
EPEA, art 227(e)	*R* c *Permolex* (2012)	50 000 $	100 000 $ – Surveillance de la qualité de l'eau
Water Act, alinéa 142(1)(b)	*R* c *All-Can Engineering and Surveys Ltd* (2012)	10 000 $	40 000 $ – Sensibilisation au respect de la réglementation
Water Act, alinéa 142(1)(a)	*R* c *Stephen Brown Brownstone Environmental Services Ltd* (2013)	1 000 $	9 000 $ – Interdiction d'activités, publication d'un article dans un hebdomadaire albertain et projet de sensibilisation sur les ressources hydrauliques
Water Act, par 142(1)	*R* c *Grizzly Oil Sands ULC* (2013)	9 312 $	90 688 $ – Projet de végétalisation et de sensibilisation

Chapitre 31

Les organisations non gouvernementales de l'environnement et la détermination des peines innovantes : points de vue et rôles

Cindy Chiasson

Ce chapitre traite des points de vue et des rôles des organisations non gouvernementales de l'environnement (ONGE) en ce qui concerne la détermination de peines innovantes sanctionnant les infractions environnementales au Canada. Il fait un survol initial des ONGE et des raisons pour lesquelles ces dernières sont appelées à jouer un rôle dans le domaine de l'application de la loi, puis aborde brièvement la question de la portée de la détermination de peines innovantes. La suite du chapitre traite de deux aspects distincts de la participation des ONGE dans la détermination de peines innovantes : leur rôle de surveillants ou de « chiens de garde » de l'application efficace des lois sur l'environnement et celui de bénéficiaires, potentiels ou réels, des fruits de la détermination de peines innovantes.

ONGE ET APPLICATION DES LOIS ENVIRONNEMENTALES : LES TENANTS ET LES ABOUTISSANTS

Le sigle « ONGE » est, dans le secteur de l'environnement (qui a un jargon truffé d'abréviations), utilisé pour signifier « organisation non gouvernementale de l'environnement », une expression plutôt bureaucratique et maladroite servant à désigner et à classer un éventail d'organisations et d'intérêts qui souvent défient toute classification. Quand il est question de réglementation sur l'environnement, quiconque n'est ni un organisme de réglementation ni une personne assujettie à la réglementation peut être assimilé à une ONGE,

même si le terme désigne génériquement des groupes sans but lucratif exerçant des activités de défense d'un aspect de l'environnement.

Selon les médias grand public et l'opinion générale, les ONGE canadiennes seraient des regroupements très spécialisés de militants, bien dotés en ressources, intervenant à l'échelle internationale en vue de mettre un frein à l'expansion économique. Or, la réalité est tout autre. Une vaste étude réalisée par Statistique Canada en 2003[1] met au jour une situation différente et beaucoup plus complexe. D'après ces données, on estime à 4 424 le nombre d'organisations environnementales en activité au Canada, soit 2,7 % de toutes les organisations sans but lucratif du pays (161 227). La grande majorité de ces organisations défendent des intérêts locaux particuliers.

Le revenu annuel moyen de ces organisations s'établissait à 256 000 $ alors que celui des organismes sans but lucratif canadiens, tous secteurs confondus, s'élevait à 692 000 $. Près de 70 % des ONGE sur lesquelles portait l'étude n'étaient pas dotées d'un personnel rémunéré et la moitié des ONGE qui l'étaient comptaient au plus quatre employés[2].

Les organisations de protection de l'environnement s'attaquent à une grande diversité de problèmes, mais très peu d'entre elles se penchent, au sein d'une seule et même entité, sur l'ensemble des questions touchant l'environnement. Une étude portant plus particulièrement sur l'Alberta, réalisée en 2003 et 2004, indiquait que les ONGE de la province s'attaquaient à des problèmes touchant la faune et la flore, la pollution de l'eau, la gestion du domaine public, la quantité d'eau, le changement climatique, la protection des habitats, l'efficacité énergétique ainsi que l'économie d'énergie[3], pour ne nommer que ces enjeux.

---

1. Enquête nationale auprès des organismes sans but lucratif et bénévoles, Statistique Canada, 2003. Les détails sur les diverses analyses des résultats de cette enquête peuvent être consultés à Recherche d'Imagine Canada, [en ligne] <http://sourceosbl.ca/recherche-et-impact/recherche-sur-le-secteur/recherche-dimagine-canada> sous la rubrique « L'Enquête nationale sur les organismes bénévoles et sans but lucratif ».
2. Les données de l'Enquête nationale sur les organismes bénévoles et sans but lucratif portant précisément sur les organisations environnementales ont été colligées dans l'étude intitulée *A Profile of Environmental Nonprofit & Voluntary Organizations in Canada*, Toronto, Réseau canadien des subventionneurs en environnement, 2004.
3. *Maximizing Effectiveness : An Assessment of Environmental Priorities and Voluntary Sector Capacity Needs in Alberta*, Calgary, Alberta Ecotrust, 2004, p. 14.

Zone géographique visée	Pourcentage du total des ONGE canadiennes
Locale	57 %
Régionale (dans une province ou un territoire)	27 %
Une province ou un territoire	10 %
Plus d'une province ou d'un territoire	2 %
Nationale	3 %

Il existe plusieurs facteurs qui militent en faveur de l'intervention des ONGE dans l'application des lois sur l'environnement. Comme il a déjà été mentionné, bon nombre d'entre elles se penchent précisément sur des questions à caractère local et, partant, ont un intérêt, une connaissance et une expertise spécifiques à faire valoir relativement aux infractions commises dans leur zone géographique et leur domaine d'intérêt. Parmi le grand nombre d'ONGE canadiennes, au moins six se concentrent sur le droit comme moyen d'assurer la protection de l'environnement[4]. En règle générale, les Canadiens s'en remettent aux organisations sans but lucratif (habituellement non gouvernementales) pour qu'elles prêtent main-forte à la société canadienne dans son ensemble[5]. De plus, les citoyens estiment généralement que les opinions exprimées par les organismes de bienfaisance « sur les questions d'intérêt public ont de la valeur puisqu'elles incarnent la perspective du public[6] ». On peut même affirmer que, dans bien des cas, les ONGE font office de mandataires du grand public en défendant l'intérêt de celui-ci dans les dossiers liés à l'environnement.

PORTÉE DE L'INNOVATION DANS LE CHOIX DES PEINES

Dans l'analyse du point de vue des ONGE en matière de détermination de peines innovantes, il faut se rappeler que la peine innovante visant à sanctionner les infractions environnementales va au-delà des peines pécuniaires.

---

4. Ces organisations comprennent celle pour laquelle travaille l'auteure, le Environmental Law Centre <http://www.elc.ab.ca/>; la Canadian Environmental Law Association <http://www.cela.ca/>; Ecojustice <http://www.ecojustice.ca/>; le Centre de droit de l'environnement de l'Université de Victoria <http://www.elc.uvic.ca/>; le West Coast Environmental Law <http://www.wcel.org/>; le East Coast Environmental Law <http://www.ecelaw.ca/>.
5. *Talking About Charities 2013 : Canadians' Opinions on Charities and Issues Affecting Charities*, Edmonton, The Muttart Foundation, 2013, [en ligne] The Muttart Foundation <http://www.muttart.org/publications/surveys-results/>. Quatre-vingt-treize pour cent (93 %) des sujets sondés admettent que les organismes de bienfaisance jouent un rôle important pour les Canadiens et quatre-vingt-huit pour cent (88 %) d'entre eux reconnaissent que, de manière générale, les œuvres de bienfaisance améliorent leur qualité de vie; voir p. 22, fig 4.1.1. Il est à remarquer que les ONGE ne sont pas toutes des organismes de bienfaisance; un sondage réalisé en Alberta révèle que 52 % des ONGE sondées étaient des organismes de bienfaisance enregistrés. Voir *Maximizing Effectiveness*, *supra* note 3, p. 14.
6. *Ibid.*, *Talking About Charities 2013*, p. 85 et 86.

Depuis 1993, les tribunaux albertains disposent, outre le pouvoir d'imposer les amendes prescrites ou une peine d'emprisonnement aux contrevenants reconnus coupables d'un délit contre l'environnement, d'un vaste pouvoir discrétionnaire en matière d'ordonnance[7]. Ces sanctions peuvent se traduire en diverses actions :

- interdire des actes ;
- ordonner des mesures de redressement ou de prévention ;
- exiger la publication ou la remise d'un avis faisant état des faits entourant la déclaration de culpabilité ;
- exiger le dépôt d'une garantie de conformité ou le remboursement des dépenses engagées par le gouvernement à la suite de l'infraction ;
- ordonner l'exécution de travaux communautaires ;
- imposer toute autre condition visant à assurer la bonne conduite et la prévention d'autres infractions.

En plus d'affecter les sommes perçues à divers projets de recherche, de sensibilisation et de remise en état et d'exiger la publication d'excuses, les tribunaux de l'Alberta ont encore récemment mis à contribution ce pouvoir discrétionnaire dans trois sentences distinctes imposant des restrictions provisoires quant à l'obtention et à l'utilisation d'une accréditation professionnelle par les contrevenants reconnus coupables d'avoir fourni de faux renseignements[8].

Plus récemment, le gouvernement fédéral a modifié neuf lois sur l'environnement en dotant les tribunaux d'une série de pouvoirs de même nature leur permettant d'imposer des sanctions additionnelles au moment de la détermination de la peine[9]. Ces modifications établissent également une méthode structurée commune servant à évaluer les amendes ainsi que les principes d'application et les circonstances aggravantes devant être prises en compte dans le choix des peines. Depuis 1991, la *Loi sur les pêches* confère aux tribunaux des

---

7. *Environmental Protection and Enhancement Act*, RSA 2000, c E-12, art 234 ; *Water Act*, RSA 2000, c W-3, art 148.
8. *R* c *Brown* ; *R c Buoy* ; *R* c *Ulliac*. Les détails de ces peines et d'autres peines innovantes se trouvent dans *Creative Sentencing in Alberta : 2013 Report*, Edmonton, ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta, 2014, annexe II. Certaines ordonnances de condamnation albertaines peuvent également être consultées : Government of Alberta, *Environmental compliance prosecutions – Closed file*s [en ligne] <https://www.alberta.ca/environmental-compliance-prosecutions-closed-files.aspx>.
9. *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales*, LC 2009, c 14. Cette loi modifie les lois suivantes : *la Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique* ; la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada ; la Loi sur les parcs nationaux du Canada* ; *la Loi sur les espèces sauvages du Canada* ; la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* ; la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* ; la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* ; la *Loi sur le parc marin Saguenay-Saint-Laurent* ; la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*.

pouvoirs les habilitant à rendre d'autres ordonnances au moment de la détermination de la peine[10].

ÉVALUATION DE L'EFFICACITÉ DE L'APPLICATION

Le rôle clé que les ONGE peuvent être appelées à jouer dans la détermination de peines innovantes et l'application des lois sur l'environnement est celui de surveillant et d'agent d'évaluation du succès et de l'efficacité des activités d'application. Dans certains cas, ce rôle peut être très précis et local, par exemple, lorsque l'ONGE se constitue partie plaignante en amorçant le processus d'application de la loi et qu'elle a un intérêt des plus directs dans l'issue de l'enquête. Il peut s'agir d'une plainte « classique » présentée aux organismes de réglementation, d'une enquête exigée directement par un citoyen[11] ou d'une poursuite privée. En cas de poursuite privée, une ONGE, en tant que poursuivant, aurait l'option de proposer une peine innovante une fois la déclaration de culpabilité prononcée si la législation pertinente le permet. Si l'enquête et la poursuite ont été entreprises par le gouvernement, l'ONGE peut demander, en entrant en communication avec le poursuivant ou les enquêteurs, de produire de l'information pertinente en vue de défendre l'environnement, information qui pourrait servir dans le choix de la peine.

Les ONGE peuvent également avoir un intérêt supérieur plus vaste dans la surveillance et l'évaluation de l'efficacité de l'application des lois sur l'environnement, notamment dans la détermination d'une peine innovante. Même si les justifications de ces évaluations et leur utilisation peuvent être aussi diverses qu'il existe d'ONGE canadiennes, elles peuvent servir à mesurer le rendement du système de réglementation environnementale ainsi qu'à déterminer l'apport réel de l'application de la loi dans la protection de l'environnement.

La principale préoccupation des ONGE prenant part à ces activités est l'accès aux renseignements et aux données pertinents qui peuvent varier d'un territoire et d'une législation à l'autre. Par exemple, le ministère de l'environnement et du développement durable des ressources de l'Alberta applique une méthode relativement générale pour donner au grand public un accès aux renseignements grâce à la législation et à un décret ministériel[12]. Toutefois, les

10. *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, art 79.2.
11. En Alberta, les citoyens sont habilités à déclencher une enquête gouvernementale sur les infractions environnementales en déposant un acte de dénonciation ; voir *Environmental Protection and Enhancement Act*, *supra* note 7, art 196 et 197.
12. *Environmental Protection and Enhancement Act*, *supra* note 7, art 35 ; *Water Act*, *supra* note 7, art 152.1 ; décret ministériel 02/2010 : « Designation of Public Information Under the *Environmental Protection and Enhancement Act* ».

renseignements portant sur une enquête ou des procédures en cours ne peuvent être rendus publics[13]. Les déclarations de conformité et d'application produites conformément aux lois intitulées *Environmental Protection and Enhancement Act* et *Water Act* sont publiées annuellement (de 1993 à 2007) et trimestriellement (depuis 2002)[14]. Ces déclarations fournissent un aperçu des mesures d'application prises au cours d'une période précise, mais les données n'ont pas été colligées afin de dégager les tendances à long terme.

Au chapitre de la détermination de peines innovantes, l'Alberta publie depuis 2012 des rapports annuels visant à assurer plus de transparence et à démontrer sa responsabilité envers le public, ayant jugé que les peines innovantes occasionnaient une réaffectation de fonds qui normalement seraient intégrés au Trésor public de la province[15]. Ces rapports décrivent les projets de peines innovantes et présentent des données financières sur la détermination de ces peines, notamment le pourcentage qu'elles représentent sur le total des peines imposées à la suite d'infractions environnementales. Depuis la fin de 2011, le ministère rend également publiques les ordonnances de condamnation à des peines innovantes en les affichant sur son site web ainsi que les communiqués de presse s'y rapportant[16]. À l'échelle fédérale, Environnement Canada publie en ligne des communiqués de presse faisant état des condamnations à des amendes versées au Fonds pour dommages à l'environnement[17]. Toutefois, il n'est pas certain que ce service fournit de l'information sur toutes les peines innovantes imposées en vertu des lois fédérales sur l'environnement. Les données regroupées ou cumulatives ne semblent pas être facilement accessibles.

ONGE COMME BÉNÉFICIAIRES POTENTIELS DES PEINES INNOVANTES

Les ONGE peuvent avoir un intérêt direct en tant que bénéficiaires des peines innovantes. Compte tenu de la vaste portée des pouvoirs accordés par les lois en matière de détermination de la peine mentionnés ci-dessus, les ONGE

---

13. *Environmental Protection and Enhancement Act*, *supra* note 7, par 35(9) et *Ibid.*, décret ministériel 02/2010.
14. Ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta, rapports annuels et trimestriels, *Rapports d'évaluation de la conformité dans l'application de la loi*, [En ligne] <https://www.alberta.ca/government-and-ministry-annual-reports.aspx>.
15. Voir *Creative Sentencing in Alberta : 2012 Report*, Edmonton, ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta, 2013, p. 1. Voir en outre *Creative Sentencing in Alberta : 2013 Report*, *supra* note 8.
16. Les ordonnances sont résumées dans le rapport annuel du ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta, *supra* note 14.
17. Environnement Canada, *Fonds pour dommages à l'environnement*, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/financement-environnement/programmes/fonds-dommages-environnement.html#toc1>.

pourraient tirer des avantages en nature, notamment grâce à la fourniture de biens ou à la prestation de services. Par exemple, en Alberta, les peines innovantes imposées ont notamment pris les formes suivantes :

- un agriculteur est condamné à fournir des navets (récolte évaluée à environ 90 000 $) à la banque alimentaire d'Edmonton afin qu'ils soient distribués dans la ville et à d'autres banques alimentaires du nord de l'Alberta[18] ;
- une personne reconnue coupable est condamnée à 200 heures de travaux communautaires pour le compte du service des travaux publics d'une municipalité[19] ;
- un producteur de gazon en plaques est condamné à fournir son produit (volume évalué à environ 55 000 $) à Habitat pour l'humanité et à trois municipalités de la région où l'infraction a été commise[20].

Toutefois, la peine consistant à imposer le versement d'une somme d'argent constitue la forme la plus commune de peines dont les ONGE et les autres organisations tirent avantage. La suite du présent chapitre traite de deux modèles canadiens de mise en œuvre de peines pécuniaires innovantes et dresse le constat d'un bénéficiaire de l'une des premières peines innovantes imposées.

Modèle de subvention

Le Fonds pour dommages à l'environnement (FDE) a été mis sur pied par le gouvernement fédéral en 1995 comme mécanisme servant à distribuer les fonds perçus dans le cadre de l'imposition de peines innovantes. Il est doté d'un compte à fins déterminées qui est tenu à part de celui des recettes générales du gouvernement fédéral. Les sommes d'argent sont remises au FDE et consistent principalement en des amendes et d'autres paiements imposés par les tribunaux, mais elles peuvent également provenir de règlements négociés, comme les mesures de rechange en matière de protection de l'environnement prises en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* ou de

---

18. *R* c *Hillsight Vegetables Inc* (CP Alberta, 2005). Voir *Enforcement of the Environmental Protection and Enhancement Act and Water Act*, 1er oct 2005 – 31 déc 2005, Edmonton, ministère de l'Environnement de l'Alberta, 2006, p. 10, [en ligne] <https://open.alberta.ca/dataset/bbcb8519-bcf5-448e-8d0e-b582fb8e3bdc/resource/ffd95c5e-a633-4d1d-8081-93aaea91216b/download/1766023-2005-4th-quarter-environmental-protection-enhancement-act-water-act.pdf>.
19. *R* c *Wonnacott* (CP Alberta, 1998).
20. *R* c *The Manderley Corporation* (CP Alberta, 2005). Voir *Enforcement of the Environmental Protection and Enhancement Act and Water Act*, 1er avril 2005 – 30 juin 2005, Edmonton, ministère de l'Environnement de l'Alberta, 2005, p. 11, [en ligne] <https://open.alberta.ca/dataset/bbcb8519-bcf5-448e-8d0e-b582fb8e3bdc/resource/ffd95c5e-a633-4d1d-8081-93aaea91216b/download/1766023-2005-4th-quarter-environmental-protection-enhancement-act-water-act.pdf>.

paiements volontaires[21]. À la suite des modifications apportées par la *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales*, les amendes imposées en cas de déclaration de culpabilité en vertu de neuf lois fédérales sur l'environnement doivent maintenant être portées au crédit du FDE[22]. Bien que la majeure partie des fonds versés au FDE provienne d'ordonnances des tribunaux, c'est le gouvernement fédéral, et non ces derniers qui, en dernier ressort, décide à qui ces fonds sont remis. Les tribunaux disposent d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant de préciser à quelle personne ou à quel organisme le FDE doit verser le montant des amendes, mais il s'agit en fait d'un pouvoir de recommandation à l'intention du ministre de l'Environnement[23].

Le financement du FDE est offert aux promoteurs de projets dont la demande est acceptée, comme c'est le cas pour plusieurs programmes et organismes de subvention partout au Canada. Les demandeurs admissibles peuvent être :

- des organisations non gouvernementales ;
- des établissements d'enseignement ;
- des groupes des Premières Nations ;
- des gouvernements provinciaux, territoriaux et municipaux.

Les groupes non admissibles peuvent s'associer à des demandeurs admissibles pour obtenir du financement, mais les contrevenants ne peuvent demander de se servir des fonds qu'ils ont versés[24]. Les projets proposés doivent cadrer avec l'une ou plusieurs des catégories d'objectifs suivantes : remise en état, amélioration de la qualité de l'environnement, recherche et développement, et éducation et sensibilisation. La remise en état a été désignée comme étant la priorité de financement la plus élevée[25]. Les fonds sont affectés aux demandes en fonction de critères géographiques. Une demande acceptée vise habituellement une province ou un territoire précis d'où provient l'amende

21. Environnement Canada, *Fonds pour dommages à l'environnement*, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/financement-environnement/programmes/fonds-dommages-environnement.html#toc1>.
22. Voir *supra* note 9.
23. Voir, par exemple, *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33, par 294.1(2).
24. Voir Environnement Canada, *Fonds pour dommages à l'environnement*, Organismes admissibles, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/financement-environnement/programmes/fonds-dommages-environnement.html#toc1>.
25. Voir Environnement Canada, *Fonds pour dommages à l'environnement*, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/financement-environnement/programmes/fonds-dommages-environnement.html#toc1>.

versée. Certains des fonds sont accessibles sur une base régionale plus étendue[26]. Les fonds disponibles font habituellement l'objet de restrictions d'usage qui précisent les paramètres relatifs aux types de projet, au sujet et à l'emplacement géographique. Les promoteurs de projet ayant obtenu des subventions doivent conclure une entente de financement avec Environnement Canada et produire des rapports financiers et d'activités en cours de projet et à la fin de celui-ci.

Modèle d'ordonnance du tribunal

En Alberta, la peine innovante est maintenant partie intégrante des outils employés pour assurer l'application de la loi en matière environnementale. Depuis 1996, la Cour provinciale de l'Alberta a imposé 78 peines innovantes en vertu des lois intitulées *Environmental Protection and Enhancement Act* et *Water Act*. Une grande majorité de ces peines représentent des indemnités pécuniaires destinées à une diversité de projets.

Les lignes directrices servant à l'examen et guidant le choix des projets de peines innovantes ont été officialisées en 2002[27]. Elles portent sur les sujets suivants :

- conditions préalables ;
- buts et objectifs de la détermination d'une peine innovante ;
- limites quant aux projets admissibles ;
- limites quant aux bénéficiaires admissibles ;
- limites d'ordre administratif (conflit d'intérêts ; responsabilité financière).

Au nombre des principaux éléments déterminants figurent la dissuasion, la sanction du contrevenant et les bienfaits pour le public grâce à l'amélioration de l'environnement ou à la réduction du risque pour le public. Il doit y avoir un lien logique entre l'infraction et le projet pour que les bienfaits de ce dernier aient une chance de réparer le tort causé par l'infraction. De même, les liens de nature géographique constituent un facteur souvent retenu. Les bénéficiaires admissibles doivent être des organisations sans but lucratif, à moins qu'il n'existe aucune organisation sans but lucratif capable de mener le projet envisagé. Les bénéficiaires font l'objet d'une enquête avant l'imposition de la peine afin de déterminer la viabilité et la responsabilité financière de l'organisation et de

---

26. Voir Environnement Canada, *Fonds pour dommages à l'environnement*, Financement disponible, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/financement-environnement/programmes/fonds-dommages-environnement.html#toc1>.
27. Susan McRory et Lynda Jenkins, « Creative Sentencing : Part II – Outcome of Workshop » (2003) 18:3 *Environmental Law Centre NewsBrief*, p. 8, [en ligne] <https://elc.ab.ca/Content_Files/Files/NewsBriefs/Vol.18No.32003.pdf>.

s'assurer qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts avec l'accusé, la Couronne ou l'agence chargée de l'enquête. Les bénéficiaires concluent une entente avec la Couronne par laquelle ils s'engagent à s'acquitter des obligations imposées par l'ordonnance de condamnation[28].

L'enquêteur du ministère de l'environnement et du développement durable des ressources de l'Alberta est chargé du programme de détermination de peines innovantes et travaille en étroite collaboration avec les procureurs du ministère de la Justice de l'Alberta chargés de diriger les procès en matière d'environnement. L'enquêteur s'efforce de trouver des projets de peines innovantes à étudier, procède à une enquête sur les bénéficiaires potentiels et veille à la supervision et à la reddition de compte des projets mis en œuvre.

En pratique, la plupart des projets de peines innovantes ont été plaidés devant les tribunaux albertains dans le cadre de propositions de sentence conjointes présentées à la suite d'un plaidoyer de culpabilité. Les projets dont la mise en œuvre est due à une peine innovante portent sur les différents types d'activités suivantes (en ordre décroissant) :

- formation (du public, des professionnels et des membres du secteur ; postsecondaire) ;
- recherche (surtout au niveau postsecondaire) ;
- publication d'excuses ou des faits entourant l'infraction ;
- ordonnance d'interruption, de conformité ou de restrictions quant aux activités ;
- amélioration apportée à l'environnement ;
- remise en état de l'environnement ;
- certification ;
- remboursement des frais d'enquête au gouvernement ;
- bourses de perfectionnement ou d'études ;
- suramende à la victime ;
- travaux communautaires ;
- fourniture de biens ou prestation de services.

Le gouvernement de l'Alberta a déployé des efforts louables pour élaborer et exploiter un programme de détermination de peines innovantes. Le programme a été soutenu pendant près de deux décennies par un procureur chargé des procès en matière environnementale. Un enquêteur y participe et en assure la supervision depuis plus d'une dizaine d'années. Deux ateliers (en 2002

28. *Creative Sentencing in Alberta : 2012 Report*, *supra* note 15, p. 4.

et en 2013) réunissant les participants au processus de détermination de peines innovantes ont été organisés en vue d'obtenir leurs commentaires et d'améliorer les programmes, et de réaliser au moins un sondage auprès de ces participants. En 2011, le ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta a pris des mesures pour fournir au public plus d'information sur la détermination de peines innovantes, notamment en publiant en ligne les ordonnances de condamnation à des peines innovantes et en publiant des rapports annuels sur la détermination de ces peines.

Constat d'un bénéficiaire d'une peine innovante

Vers la fin de 1996, mon organisation, le Environmental Law Centre (ELC), a été l'un des deux bénéficiaires de la première condamnation à une peine innovante en vertu de la législation sur l'environnement de l'Alberta. Dow Chemical Canada Inc. a plaidé coupable à trois chefs d'accusation en vertu de la *Environmental Protection and Enhancement Act* relativement à une fuite de chlorofluorocarbures à ses installations de fabrication situées près de Fort Saskatchewan, en Alberta[29]. En plus d'imposer une amende de 50 000 $, la Cour provinciale a condamné Dow à verser 75 000 $ dans un compte en fiducie pour que le ELC finance un projet de sensibilisation du grand public à l'égard de la surveillance communautaire de la qualité de l'air à Fort Saskatchewan, ainsi qu'un montant additionnel de 75 000 $ dans un autre compte en fiducie afin que la Faculté de génie de l'Université de l'Alberta puisse voir à la réalisation d'un projet de recherche sur la qualité de l'air.

L'ordonnance, quoique inattendue, a bien été accueillie par le ELC même si aucun avis préalable ne lui a été donné et que ni le tribunal ni le procureur concernés n'ont communiqué avec lui. Il est important de noter que le projet n'a pas du tout été imposé à ELC. En fait, il faisait partie d'un programme multimodule que le ELC poursuivait à l'époque. Avant que la sentence ne soit prononcée, le financement pour le module de Fort Saskatchewan n'avait pas encore été trouvé, même si le ELC avait présenté diverses demandes de subvention. Le projet a vraisemblablement été signalé à la Couronne et au procureur de la défense par une connaissance siégeant au conseil d'administration du ELC qui avait des liens avec Dow.

Le fait qu'aucune discussion n'ait eu lieu avec le ELC avant le prononcé de la sentence a posé des problèmes d'ordre logistique qu'il a fallu gérer. L'ordonnance prévoyait une vérification annuelle des registres financiers liés au compte en fiducie. Or, pour réduire les dépenses et maximiser le montant des fonds servant à financer les travaux du projet, le ELC a dû s'adresser à la Couronne et

29. *R* c *Dow Chemical Canada Inc* (1996) 23 CELR (NS) 108 (CP Alberta).

au procureur de la défense pour obtenir la permission du tribunal d'inclure la vérification du compte en fiducie dans la vérification annuelle des états financiers de l'organisme.

En outre, le montant exigé par l'ordonnance était en réalité plus élevé que le montant prévu dans le budget de fonctionnement du projet. Aux prises avec un excédent budgétaire à la fin du projet de Fort Saskatchewan, le ELC s'est adressé de nouveau à la Couronne et au procureur de la défense. En fin de compte, ce dernier a obtenu une modification de l'ordonnance visant à permettre l'affectation du surplus à la réalisation d'une évaluation indépendante de tous les modules du programme. Comme le ELC n'étant pas partie à l'ordonnance initiale du tribunal, l'organisme ne pouvait pas lui-même présenter une demande pour obtenir la modification de l'ordonnance.

Environ cinq ans après la conclusion du projet, nous nous sommes rendu compte qu'il y avait eu un malentendu entre le ELC et le procureur de la Couronne. En effet, la direction du ELC avait donné au personnel chargé du projet l'instruction de ne faire mention que de l'ordonnance de la Cour provinciale de l'Alberta pour indiquer la provenance du financement, sans jamais mentionner directement Dow. Or, au début des années 2000, un rapport du ministère de la Justice de l'Alberta sur la détermination de peines innovantes laissait entendre que la Couronne avait conclu que le projet du ELC était un échec, ce qui a surpris les membres de l'organisation qui étaient d'avis que le projet avait pourtant atteint ses objectifs de formation et de sensibilisation du public. Un suivi auprès du procureur de la Couronne a permis de découvrir que celui-ci avait tiré sa conclusion du fait que le projet n'avait pas comporté suffisamment d'éléments punitifs, une perception née sans doute du fait que l'organisation s'était abstenue de mentionner ouvertement la condamnation de Dow dans ses communications publiques au sujet du projet.

Il semble que ce genre de problème, sans doute inévitable quand il s'agit d'une première initiative, a depuis été réglé dans le cadre du programme de détermination de peines innovantes. Comme il est mentionné ci-dessus, les bénéficiaires des condamnations à une sentence innovante font l'objet d'un examen avant le prononcé de la sentence et doivent signer une entente par laquelle ils s'engagent à respecter le dispositif du projet d'ordonnance. Les ONGE et les autres bénéficiaires potentiels sont informés à l'avance lorsqu'un de leur projet est susceptible de faire partie d'une ordonnance à une peine innovante[30]. Ces ordonnances comportent davantage de directives liées au projet et aux états financiers, mais n'imposent plus l'obligation de procéder à

30. Entretien personnel avec Hanneke Brooymans, agente de liaison du service d'enquête en matière environnementale du ministère de l'Environnement et du Développement durable des Ressources de l'Alberta (17 janvier 2014).

des vérifications des fonds placés en fiducie. Pour ce qui est de la mention de la provenance des fonds, de manière générale, les ordonnances prévoient maintenant que le rapport final du projet, qui sera rendu public, précisera la provenance des fonds en indiquant que la condamnation a été prononcée contre le contrevenant. Il reste encore à concevoir des moyens efficaces pour que les ONGE, la Couronne et les procureurs de la défense ainsi que les enquêteurs se consultent et se renseignent au sujet de projets justifiant le soutien d'une peine innovante. Lors du dernier atelier sur la détermination de peines innovantes, il a été recommandé au gouvernement de l'Alberta de s'adresser davantage aux organisations non gouvernementales pour recueillir plus d'idées de projet[31].

CONCLUSION

> [TRADUCTION] L'histoire de la détermination des peines en matière environnementale, surtout dans cette province [Alberta], révèle une tendance croissante à privilégier les peines innovantes. Cela étant, je suis porté à croire que les poursuites en matière d'environnement sont, essentiellement, aux premières lignes de la justice réparatrice. Jamais dans un autre domaine de droit, qu'il s'agisse du droit criminel ou du droit quasi criminel, n'a-t-on observé une volonté aussi manifeste de transformer le châtiment imposé pour un méfait en une solution pouvant véritablement apporter des bienfaits généraux et, en ce qui a trait à l'environnement, des bienfaits pour l'environnement[32].

Comme l'a fait remarquer le juge Jacques de la Cour provinciale de l'Alberta en 2013, la détermination de peines innovantes a marqué un progrès important en enchâssant l'aspect réparateur dans l'application des lois sur l'environnement. Les ONGE sont appelées à jouer un rôle soutenu et croissant à ce chapitre. Leur travail sur le terrain, leur expérience directe en matière d'environnement et l'expertise qu'elles ont acquise constituent, aux fins de l'application de la loi, une ressource précieuse pour s'assurer que les retombées sont positives pour l'environnement et l'intérêt public. La participation des ONGE, tant directe dans la mise en œuvre des ordonnances de condamnation à des peines innovantes qu'en tant qu'interprètes de l'opinion publique dans le cadre de l'examen, de l'évaluation, de la mesure du rendement et de l'amélioration des systèmes d'application des lois sur l'environnement, ne peut qu'aider à la prise en compte de la nécessité de plus en plus pressante de recevoir l'assentiment social pour exercer des activités ayant des répercussions sur l'environnement.

---

31. *Creative Sentencing in Alberta : 2013 Report*, *supra* note 8, p. 3.
32. Le juge Jacques, Cour provinciale de l'Alberta, mars 2013, tel que cité dans *Ibid.*, *Creative Sentencing in Alberta : 2013 Report*, p. 2.

Chapitre 32

Négociation des sentences

Peter J. Craig

Ce chapitre ne se veut nullement un traité. Il vise avant tout à faire le point sur des questions d'ordre pratique touchant la négociation des sentences sanctionnant des infractions environnementales afin d'alimenter la discussion sur ce vaste sujet. Accessoirement, le présent chapitre vise à aider les praticiens du droit à se préparer au processus de négociation et à donner un aperçu du point de vue des poursuivants dans leur approche des cas spéciaux.

LE CADRE JURIDIQUE

Les premiers principes – Le *Code criminel* – Dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine

En Nouvelle-Écosse, par l'application de la loi provinciale intitulée *Summary Proceedings Act*, les dispositions du *Code criminel* s'appliquent aux poursuites intentées en vertu de toutes les lois provinciales. Plus précisément, les facteurs ou éléments pris en considération pour déterminer la peine, qui sont énoncés aux articles 718, 718.1 et 718.2, s'appliquent aux cas particuliers d'infractions réglementaires, auxquels s'ajoutent les principes de détermination de la peine selon le contexte en l'espèce. Un régime semblable existe dans la plupart des autres juridictions canadiennes (c.-à-d. par voie de loi omnibus adoptée par la province qui intègre par renvoi les dispositions pertinentes du *Code criminel*, et qui énonce expressément que les dispositions de fond et celles régissant les poursuites par déclaration sommaire de culpabilité du *Code criminel* s'appliquent aux poursuites pour des infractions aux lois provinciales).

Les juges devant lesquels je plaide me rappellent régulièrement l'existence de ces dispositions du Code relatives à la détermination de la peine et leur application aux infractions réglementaires. J'ai fait l'erreur de m'en tenir presque exclusivement aux facteurs de détermination de la peine qui ont été dégagés de diverses décisions judiciaires relatives à des infractions réglementaires pour me faire rappeler par le tribunal que ces facteurs doivent être également analysés à travers le prisme des articles du Code. Je ne soulignerai jamais assez aux praticiens l'importance de cette leçon :

> Objectif
>
> 718 Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :
>
> a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité ;
>
> b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ;
>
> c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ;
>
> d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;
>
> e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ;
>
> f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.
>
> 718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.
>
> 718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :
>
> a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :
>
> > (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
> >
> > (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou conjoint de fait,
> >
> > (ii.1) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans,
> >
> > (iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iii.1) que l'infraction a eu un effet important sur la victime en raison de son âge et de tout autre élément de sa situation personnelle, notamment sa santé et sa situation financière,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle,

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme ; […]

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives ;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ;

e) l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité.

L'*Environment Act* (Nouvelle-Écosse) – Dispositions pertinentes relatives à la détermination de la peine

Sanction

[TRADUCTION] 159(1) Toute personne qui commet une infraction visée aux paragraphes 50(1), 61A(1), 61C(1), 67(1) ou 68(1) ou aux alinéas 158(a), (e), (g) ou (ga) est passible d'une amende d'un minimum de mille dollars et d'un maximum de un million de dollars ou d'une peine d'emprisonnement d'au plus deux ans, ou d'une amende et d'une peine d'emprisonnement.

(2) Toute personne qui commet une infraction visée à l'article 32, au paragraphe 50(2), aux articles 55, 59 ou 60, aux paragraphes 61A(2) ou 61C(2), à l'article 62, au paragraphe 67(2), au paragraphe 68(2), aux articles 69, 71, 75, 76, 79, 83, 89, 115, 124 ou 132 ou aux alinéas 158(b), (c), (d), (f), (h), (ha) ou (hb) est passible d'une amende d'un maximum de un million de dollars. […]

(4) Toute personne qui commet une infraction visée par toute disposition de la présente Loi est passible d'une amende d'au maximum cinq cents dollars.

Infraction prévue par l'article 99

[TRADUCTION] 159A(1) Dans le contexte du présent article, « entreprise » désigne

a) une personne autorisée ou habilitée à exploiter un commerce, à exercer une activité ou une profession, à fournir un service ou à exploiter une entreprise dans l'objectif de tirer un bénéfice, notamment une société de personnes ou une société en commandite ;

b) une personne morale.

(2) Une entreprise qui commet une infraction visée à l'article 99 est passible d'une amende d'un maximum de cent mille dollars ou d'une amende prescrite par le règlement.

(3) Nonobstant l'alinéa 3(aj), toute personne, autre qu'une entreprise, qui commet une infraction visée à l'article 99 est passible d'une amende d'un maximum de dix mille dollars ou d'une amende prescrite par le règlement. (2006, c. 30, art. 47.)

[TRADUCTION] 161 Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'une infraction prévue par la Loi et que le tribunal est d'avis que le contrevenant a tiré un avantage pécuniaire du fait d'avoir commis l'infraction, il peut ordonner au contrevenant de verser, outre l'amende prévue à l'article 159, une amende d'un montant équivalant au montant estimatif des avantages pécuniaires que le tribunal établit.

Infraction continue

[TRADUCTION] 162 Lorsqu'une infraction visée par la présente Loi est commise ou se poursuit pendant plus d'une journée, la personne qui commet l'infraction peut être reconnue coupable d'une infraction distincte chaque jour que l'infraction est perpétrée.

Responsabilité des administrateurs et des dirigeants

[TRADUCTION] 164 Lorsqu'une personne morale commet une infraction prévue par la Loi ou par le règlement, le dirigeant, l'administrateur ou le mandataire de la personne morale qui a ordonné ou autorisé la violation de la Loi ou du règlement ou qui y a consenti ou y a participé est coupable de l'infraction et il est passible de la peine sanctionnant celle-ci, que la personne morale ait été ou non poursuivie.

Ordonnances du tribunal en matière de sanction

[TRADUCTION] 166(1) Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'une infraction prévue par la présente Loi, outre toute autre amende pouvant être imposée en vertu de la Loi, le tribunal peut, selon la nature de l'infraction et les circonstances entourant sa commission, rendre une ordonnance :

a) interdisant au contrevenant de poser tout acte pouvant perpétuer ou répéter l'infraction ;

b) ordonner au contrevenant de prendre toute mesure que le tribunal juge opportune pour corriger ou prévenir l'effet indésirable résultant ou susceptible de résulter de l'acte ou de l'inaction constituant l'infraction ;

c) ordonner au contrevenant de rendre publics, à ses frais et de la manière prescrite, les faits entourant la condamnation ;

d) ordonner au contrevenant d'aviser, de la manière prescrite et aux frais du contrevenant, la personne lésée ou subissant un préjudice du fait de la conduite du contrevenant des faits relatifs à la condamnation ;

e) ordonner au contrevenant de verser au tribunal un cautionnement ou une somme d'argent d'un montant suffisant pour garantir le respect de l'ordonnance rendue conformément au présent article ;

f) après présentation d'une demande du ministre au tribunal dans les trois ans qui suivent la date de la condamnation, ordonner au contrevenant de fournir au ministre les renseignements concernant la conduite du contrevenant que le tribunal juge pertinents dans les circonstances ;

g) ordonner au contrevenant de dédommager, en totalité ou en partie, le ministre des frais engagés par le gouvernement pour prendre ou faire en sorte que soit prise toute mesure corrective ou préventive en raison de l'acte ou de l'inaction constituant l'infraction ;

h) ordonner au contrevenant d'effectuer des travaux communautaires ;

ha) ordonner au contrevenant de payer au ministre les frais engagés par celui-ci pour mener une enquête relativement à l'infraction ;

hb) ordonner au contrevenant de jeter les déchets de la manière prescrite par le ministre et dans les délais que ce dernier impose ;

i) obliger le contrevenant à respecter toute autre condition imposée par le tribunal que celui-ci juge pertinente dans les circonstances pour garantir la bonne conduite du contrevenant afin d'empêcher celui-ci de récidiver ou de commettre d'autres infractions.

Les dispositions relatives à la détermination des peines de la Loi néo-écossaise sont semblables à celles que l'on retrouve dans plusieurs autres juridictions du pays. Mais les distinctions à faire entre elles sont déterminantes. La première se trouve à l'article 159. En plus de prévoir à son article 166 la possibilité de prononcer des sentences innovantes pour sanctionner toute infraction énoncée par la Loi ou par ses règlements d'application, les paragraphes 159(1) et (2) prévoient divers plafonds et planchers de peines « traditionnelles » associées aux infractions qui y sont énumérées. Les infractions visées au paragraphe 159(1) prévoient des amendes maximales de un million de dollars, des amendes minimales de un millier de dollars et elles constituent les seules infractions sanctionnables d'une peine d'emprisonnement (d'un maximum de deux ans) qui peut être imposée en plus des amendes. Les infractions visées au paragraphe 159(2) sont sanctionnables d'une amende maximale de un million de dollars (sans peine minimale prescrite), la détention n'étant pas possible. Le paragraphe 159(4) impose une amende maximale de cinq cent mille dollars pour toute infraction commise en contravention de la Loi ou d'un règlement d'application et, là encore, la détention n'est pas envisageable.

L'article 159A instaure un régime d'amendes distinct pour l'abandon de déchets. Une « entreprise » (business), qui comprend une certaine catégorie de personnes, est passible d'une peine maximale de cent mille dollars conformément au paragraphe 159A(2). Toutes les autres personnes sont passibles d'une amende maximale de dix mille dollars conformément au paragraphe 159A(3).

En tant que simple avocat, il m'arrive, comme c'est sans doute le cas pour vous, de m'interroger sur le fondement stratégique sous-jacent à ce régime, qui limite la détention à un éventail restreint d'infractions et met en place une structure d'amendes à quatre ou cinq niveaux.

L'article 161 confère au juge chargé de prononcer la sentence le pouvoir d'imposer une amende supplémentaire en plus de celles prévues au paragraphe 159 correspondant au montant estimé des avantages pécuniaires que le contrevenant tire de la commission de l'infraction.

L'article 166 établit un très vaste éventail de possibilités de peines innovantes suivant la condamnation pour infraction prévue par la Loi ou le règlement d'application, notamment celle prévue à l'alinéa 166(i) :

> [TRADUCTION] i) obliger le contrevenant à respecter *toute autre condition imposée par le tribunal que celui-ci juge pertinente dans les circonstances* pour garantir la bonne conduite du contrevenant afin d'empêcher celui-ci de récidiver ou de commettre d'autres infractions. [nos italiques]

Je voudrais attirer votre attention sur le libellé : « outre toute autre amende pouvant être imposée en vertu de la Loi ». Plusieurs juges de la Nouvelle-Écosse ont, à juste titre selon moi, interprété cette disposition de manière stricte. Dans les cas où la sentence globale constituait essentiellement une peine innovante, une amende ou des amendes symboliques ont été imposées, de même qu'une ordonnance imposant l'obligation de respecter cette condition préalable.

Avant de passer au prochain sujet, pour éviter de paraître hypocrite, je dois reconnaître mon propre parti pris : je suis, je l'admets, un ardant partisan de la peine innovante.

LA DISCUSSION

Dire que le processus de détermination de la peine relève plus de l'art que de la science n'est pas tout à fait juste. Pour ma part, j'éprouve beaucoup de difficultés à trouver des décisions en matière de détermination de la peine faisant autorité qui sont pertinentes et applicables aux procès pour infraction environnementale. À titre d'exemple, l'objectif de la peine pour des contrevenants distincts peut être entièrement différent, même s'ils sont coupables de la même infraction. Dans un cas, le contrevenant peut être une grande entreprise très à l'aise financièrement. Dans un autre, le contrevenant peut être une petite entreprise familiale qui survit à peine. Dans un autre cas, le contrevenant peut être un particulier (c'est-à-dire une personne physique) et l'on peut facilement évaluer l'éventail de ressources financières dans un tel cas, ce qui a une incidence sur la pertinence et la capacité de recourir à diverses options de détermination de la peine dans un tel contexte. Enfin, ajoutez à tous ces différents scénarios

une variable supplémentaire, à savoir que votre contrevenant est un récidiviste notoire qui a dérogé à plusieurs ordonnances du tribunal administratif ou judiciaire et qui s'est toujours révélé un cauchemar pour les enquêteurs, ou, votre contrevenant n'a pas d'antécédents de non-respect des ordonnances et n'est pas « moralement » coupable des événements qui ont nécessité une intervention coûteuse ayant donné lieu à l'accusation en raison de son statut de propriétaire, possiblement unique. Trouver des précédents dans les quatre cas de figure s'est révélé, d'après mon expérience, difficile.

Je suis toujours conscient de l'objet de l'exercice de la détermination de la peine dans les procès pour infraction réglementaire. Comme bien d'autres, les infractions environnementales contreviennent à la législation régissant le bien-être public. Je reconnais l'importance de la dissuasion, qu'elle soit d'ordre général ou particulière dans ce contexte. Toutefois, une peine en matière environnementale devrait selon moi d'abord et avant tout être axée sur les moyens de dissuasion tout en visant à réparer le tort causé par l'infraction en plus de sensibiliser les membres du public et de l'industrie afin de changer les comportements. Je considère que ces objectifs ne sont pas mutuellement exclusifs.

Par conséquent, comment ces préceptes s'articulent-ils lorsqu'il s'agit de les appliquer à la négociation d'une peine imposée pour une infraction environnementale ? Même si, parfois, le ministre des Finances pourrait ne pas s'en réjouir, je ne mets habituellement pas l'accent sur le montant de l'amende. À ce que je sache, les revenus tirés des amendes imposées dans la province (et sûrement dans d'autres) sont directement versés au Trésor public. Par conséquent, ces revenus n'ont pas, dans les faits, une incidence directe sur l'infraction environnementale reprochée. À mon avis, une amende devrait nécessairement faire partie intégrante de la peine globale. Toutefois, il faut avant tout évaluer l'importance relative que doit avoir l'amende par rapport à la peine globale et, par conséquent, déterminer si le procureur doit se concentrer exclusivement sur le montant de l'amende au moment de la négociation de la peine. Dans une juridiction comme la Nouvelle-Écosse où un vaste éventail de peines innovantes existent, serait-il préférable d'affecter les fonds et les ressources humaines ailleurs, surtout si aucune mesure corrective n'a été prise ou si des démarches de sensibilisation s'avèrent nécessaires en ce qui concerne la cause fondamentale de l'infraction ?

Lorsque j'aborde la question de la détermination de la peine avec l'avocat de la défense, j'ai pour principe général de me familiariser avec l'infraction et le contrevenant en cause. Pour ce faire, je m'adresse toujours en premier lieu à l'enquêteur. Je me fie beaucoup aux enquêteurs pour m'informer des questions d'application de la loi en lien avec les régions ou les secteurs industriels. Je

connais peu de procureurs informés de ces questions et je fais très certainement partie de ce nombre. Je vais donner un exemple pour illustrer mon propos, tout en omettant quelques détails pour assurer l'anonymat des personnes ou des entreprises.

Supposons que vous êtes ce procureur d'humeur maussade qui trouve un jour sur son bureau un volumineux dossier. Il s'agit du cas d'un propriétaire de locaux commerciaux dotés de leur propre système d'évacuation des eaux usées. Le propriétaire de l'entreprise est accusé d'avoir commis une infraction à l'*Environment Act* pour avoir violé les conditions de son approbation du système. L'accusation porte sur un excédent d'effluents s'écoulant dans le lac voisin de la propriété. L'enquête révèle que, très régulièrement, le propriétaire a fait appel au service d'un consultant agréé pour concevoir et installer le système et assurer le respect de l'approbation. De plus, il a mandaté le consultant pour assurer une surveillance du système et transmettre au ministère les données trimestrielles relatives au niveau des effluents, qui font l'objet d'une condition d'approbation.

Le propriétaire, une fois accusé, prend tout de suite les mesures qui s'imposent pour corriger le problème. Le dirigeant de la compagnie déclare à l'enquêtrice que tout le monde dans l'industrie fonctionne essentiellement de la même manière en ce qui a trait à cet aspect de leur entreprise et que toutes les décisions en matière de conformité ainsi que la responsabilité du dépôt des documents de conformité sont confiées à des consultants, pour une somme rondelette, bien entendu. L'enquêtrice vous appelle avant la date initiale du procès et vous fait savoir (à vous le sombre procureur) que c'est là une chose très habituelle et qu'il s'agit en fait d'un problème de macro-application et de sensibilisation. Vous, le noble pourfendeur de la justice, reconnaissez que le fait d'impartir une responsabilité en vertu de la Loi de cette manière ne témoigne certainement pas de la diligence raisonnable requise, mais vous reconnaissez également un degré moindre de culpabilité morale de la part du propriétaire dans la situation en cause.

L'avocat du contrevenant vous parle de la date de comparution (c.-à-d. la première audience du tribunal où l'on répond à l'accusation). Il vous sonde pour savoir quelle peine vous envisageriez de demander au tribunal de prononcer si son client plaidait coupable dès le début. Les parties conviennent de remettre le plaidoyer du contrevenant au mois suivant pour auparavant débattre de la question.

Vous organisez une rencontre avec l'enquêtrice la semaine suivante. Elle vous fournit plus de détails sur l'affaire. Elle estime que le dirigeant principal de l'entreprise accusée s'est montré très coopératif dans le cadre de l'enquête et qu'il a assumé sa responsabilité en ce qui a trait à l'infraction. De plus, cette

personne est un membre actif d'une association sectorielle provinciale qui travaille sur une base régulière avec le ministère et qui regroupe la majeure partie des entreprises exerçant des activités semblables dans la province. L'enquêtrice aborde ensuite la question du besoin d'appliquer la loi de manière très concrète afin de sensibiliser les membres de l'industrie sur la pratique de délégation de la responsabilité à des consultants qui, à son avis, est très répandue dans l'ensemble de la province.

Vous, le procureur avisé, en déduisez rapidement que cette affaire est toute désignée pour imposer une forme de peine innovante. Vous explorez un peu plus la question avec l'enquêtrice. Elle vous informe que l'association sectorielle convoque une assemblée générale chaque printemps où se réunit un très grand nombre de ses membres. Son ministère participe à une initiative de sensibilisation à chacune de ces assemblées qu'il considère comme une occasion unique pour atteindre cet objectif. L'enquêtrice est d'avis qu'il s'agit d'une tribune idéale pour présenter un exposé sur la peine innovante relative à cette affaire.

De ce fait, vous, le procureur du ministère de la Justice avez maintenant un bon argument pour poursuivre la discussion sur la peine du contrevenant avec son avocat. Pour ce faire, vous devez toutefois, comme vous le feriez pour tout autre type d'infraction, vous informer sur des infractions semblables sur lesquelles les tribunaux de la province et de l'ensemble du pays se sont penchés. Cette recherche révèle rapidement que les amendes ont été l'outil le plus couramment utilisé, étant donné qu'il s'agissait historiquement de la seule option possible. Essentiellement, cette recherche vous permet de trouver un vaste éventail d'amendes qui ont été imposées dans le cadre de ces causes.

Vous écrivez ensuite à l'avocat du contrevenant pour l'informer de votre position quant au plaidoyer et de votre recommandation relative à la détermination d'une peine *conjointe*. Vous pouvez vous servir de cette fourchette d'amendes comme guide, en quelque sorte, pour établir la peine financière globale, car vous proposerez plusieurs initiatives de peines innovantes assorties de coûts à payer par le contrevenant. Par exemple, vous pouvez proposer que le contrevenant :

- verse la somme de 5000 $ pour financer une conférence donnée à l'association sectorielle lors de l'assemblée générale exposant les circonstances de l'infraction. La forme et la teneur de la conférence seront mutuellement convenues à l'avance entre le contrevenant et l'organisme menant l'enquête et elle sera présentée par le dirigeant principal de l'entreprise ;
- fasse un don à la société locale de conservation des cours d'eau d'un montant de 5 000 $;

– rende publiques les circonstances de la contravention dans les médias après consentement mutuel entre le contrevenant et le ministère, la teneur du communiqué devant faire également l'objet de consentement mutuel. Le total des coûts approximatifs doit s'élever à 5 000 $;
– verse une amende de 500 $.

Ne vous méprenez pas, les montants indiqués ci-dessus ne constituent pas une fourchette fixe des coûts de la peine globale pour une contravention de ce genre dans la province. Ils ne servent qu'à des fins d'illustration seulement.

Vous recevrez forcément un appel de l'avocat de la défense peu après avoir reçu votre lettre pour vous interroger sur ce que tout cela signifie et demander à juste titre des détails sur la logistique de ces initiatives de détermination de la peine. Vous expliquerez à l'avocat que les chiffres que vous avez fixés ne sont pas issus de votre inspiration. En présumant que l'avocat a fait ses recherches sur la fourchette des amendes, vous serez en mesure de facilement démontrer à votre vis-à-vis que le coût total associé à ces initiatives correspond effectivement à celui des amendes pour les infractions de cette nature et reconnaître au contrevenant le droit d'obtenir la réduction de la valeur de sa peine en raison de sa réponse à l'accusation.

Comme argument convaincant, vous mentionnez à l'avocat du contrevenant, sans pour autant vous prétendre un expert en la matière, que son client pourrait tirer des avantages comptables et fiscaux d'une peine structurée de cette manière, contrairement à une peine ne consistant qu'en une amende. Quant à vous, cela n'est pas un problème puisque la fourchette de la peine globale est maintenue, peu importe comment la sentence particulière est structurée, et vous invitez l'avocat du contrevenant à obtenir les conseils d'experts en finance.

Bien entendu, la prochaine étape du processus consistera pour l'avocat à rencontrer et à conseiller le contrevenant ainsi qu'à obtenir ses directives.

Mon expérience en matière de processus de négociation, surtout en ce qui concerne le recours à la peine innovante, a été très positive. Les avocats constatent que les juges de la province semblent accepter cette manière de faire, même si le processus suppose qu'ils doivent exercer un pouvoir de surveillance tout au long du déroulement de l'ordonnance de détermination de la peine. Je constate que les juges estiment que ces types de peine sont plus directement liés à l'infraction reprochée et sont plus en phase avec les principes de détermination des peines sanctionnant les infractions contre le bien-être public que les peines ne consistant qu'en une amende.

Pourquoi donc ne pas aborder le processus de cette manière ?

Chapitre 33

La négociation de peines créatives : aller au-delà de la dissuasion

Paul Adams

Au moment d'imposer une peine en cas d'infractions environnementales, il est important de reconnaître au départ qu'il « s'ensuit que les infractions réglementaires et les crimes expriment deux concepts de faute différents[1] ». Dans le contexte réglementaire, l'objectif principal est de protéger et de promouvoir les valeurs et les intérêts publics et sociaux plutôt que de punir le contrevenant. Les lois sur la protection de l'environnement « visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence[2] ».

La dissuasion est donc maintenant le principe dominant de la détermination de la peine en cas d'infractions environnementales. L'imposition d'une amende est le mécanisme de dissuasion le plus souvent utilisé. L'idée est qu'une amende substantielle fera comprendre aux contrevenants qu'il est plus rentable de respecter la norme applicable en matière de diligence. Toutefois, une approche reposant sur les amendes peut représenter une occasion manquée. En effet, une peine efficace peut accomplir plus que la dissuasion car elle peut également sensibiliser les gens sur l'importance de l'objectif réglementaire et contribuer concrètement à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Les outils permettant d'imposer des peines créatives, qui sont prévus dans les lois sur la protection de l'environnement, reconnaissent cette capacité.

1. *R* c *Wholesale Travel Group Inc* [1991] 3 RCS 154, par 219.
2. *Ibid.*, par 218.

Grâce à ces outils, la peine peut être à la fois un moyen de dissuasion efficace et une importante contribution à l'atteinte de l'objectif réglementaire.

Dans le cadre de la négociation des peines liées à des infractions environnementales, il pourrait être utile d'accorder moins d'attention aux aspects dissuasifs et punitifs de la peine et de saisir l'occasion de favoriser et de promouvoir l'atteinte de l'objectif réglementaire. Premièrement, ceci permettrait d'encadrer la discussion et de l'adapter aux intérêts et aux préoccupations du contrevenant. Deuxièmement et plus fondamentalement, les peines imposées auraient à la fois un effet dissuasif important et un avantage sociétal perceptible.

LA PRÉPONDÉRANCE DE LA DISSUASION

Dans *R* c *Hydro-Québec*[3], la Cour suprême du Canada a souligné l'importance des règlements sur la protection de l'environnement :

> Qu'elles soient considérées positivement comme des stratégies en vue de maintenir un environnement propre, ou négativement comme des dispositions prises en vue de combattre les maux engendrés par la pollution, il ne fait pas de doute que ces mesures visent un *objectif public d'une importance supérieure*, objectif que tous les niveaux de gouvernement et les nombreux organismes de la communauté internationale ont entrepris de plus en plus de poursuivre. Au tout début des motifs de notre Cour dans ce qui est peut-être l'arrêt de principe, *Friends of the Oldman River Society c. Canada* (*Ministre des Transports*), 1992 CanLII 110 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 16 et 17, la question est exposée succinctement de la manière suivante :
>
>> La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de régimes législatifs et de structures administratives.

Les poursuites, en particulier le processus d'imposition de la peine, ont une fonction expressive à l'égard des valeurs et des objectifs de la société[4] comme l'a énoncé le tribunal dans *R* c *Domtar* :

> [TRADUCTION] La décision non publiée en 1989 *R. v. Shamrock Chemicals Ltd.* montre clairement que « Les poursuites renforcent également les valeurs de la société » et que […] la peine est le résultat le plus visible d'une poursuite, à l'issue de laquelle le grand public – à tort ou à raison – forme son opinion à l'égard du succès des poursuites. Par conséquent, le résultat du processus d'imposition de la

3. *R* c *Hydro-Québec* [1997] 3 RCS 213, par 85 [*Hydro-Québec*].
4. G Campbell, « Fostering a Compliance Culture Through Creative Sentencing for Environmental Offences » (2004) 9 *Can Crim L Rev* 1.

peine est un facteur important dans le respect éprouvé par le public envers le système juridique[5].

Compte tenu de [TRADUCTION] « l'importance ultime » de la protection de l'environnement et de l'impératif de renforcer cette valeur sociétale, il n'est pas étonnant que les tribunaux aient reconnu la suprématie de la dissuasion générale lorsqu'ils imposaient les peines en cas d'infractions environnementales[6]. Dans ces cas, l'objectif de la peine [TRADUCTION] « est de stopper la pollution, de réparer les dommages à l'environnement, de prévenir les autres qu'un tel comportement ne sera pas toléré et d'empêcher la répétition de ces activités polluantes[7] ».

Les lois environnementales sont en général de nature préventive – prévues pour empêcher qu'un risque de dommages à l'environnement se produise. Le tribunal mentionne dans *R* c *Echo Bay Mines Ltd*: [TRADUCTION] « Nous devrions toujours penser à examiner la question de la peine non pas en fonction des dommages réels, surtout s'ils sont mineurs, mais en fonction du risque de dommages car le but de la peine est de veiller à ce que les personnes sachent qu'elles doivent respecter les exigences de la loi pour éviter tout dommage possible[8] ».

Lorsqu'il est question de déterminer une sanction appropriée, le principe bien établi est que l'amende doit être suffisamment importante pour montrer efficacement à tous que l'infraction ne sera pas tolérée et ne pas être si faible qu'elle apparaît simplement comme le coût pour faire des affaires ou une permission de mener des activités illégales[9]. En ce qui a trait à l'amende appropriée, le tribunal mentionne dans *R c Terroco Industries Ltd :* [TRADUCTION] « elle doit être telle qu'il est plus avantageux de se conformer que de contrevenir[10] ».

Lors de l'évaluation du caractère suffisant d'une peine à des fins de dissuasion, les facteurs qui sont considérés sont également bien établis. Ils englobent la nature de l'environnement, l'étendue du dommage, la criminalité ou le caractère répréhensible du comportement, l'ampleur des tentatives de se conformer, les remords, la taille de la société ou de la partie contrevenante, les bénéfices produits par l'infraction et l'existence de condamnations antérieures[11].

---

5. *R* c *Domtar* [1998] OJ No 6408 (CJ), par 5 [*Domtar*].
6. *Ibid.,* par 4 ; *R* c *Cottonfelts* (1982) 2 CCC (3d) 287-295 [*Cottonfelts*].
7. *R* c *Weldwood Canada Ltd* [1999] BCJ No 2242 (PC), par 34.
8. *R* c *Echo Bay Mines Ltd* [1993] NWTJ No 44, par 11.
9. *R* c *Terroco Industries Ltd* [2005] ABCA 141, par 60 [*Terroco*] ; *Cottonfelts*, *supra* note 6.
10. *Ibid.*, *Terroco*, par 63.
11. *R* c *United Keno Hill Mines Ltd (1980)* 1 YR 299 [*United Keno Hill Mines*] ; *Domtar*, *supra* note 5.

UNE OCCASION D'EN FAIRE PLUS

Bien que l'imposition d'une amende soit un outil important de dissuasion dans les condamnations pour des infractions environnementales, on reconnait depuis au moins 1980 que l'imposition d'une amende n'est peut-être pas en soi le meilleur moyen de punir en réponse à un dommage environnemental et de prévenir de futures infractions[12]. Une [TRADUCTION] « approche spéciale » est nécessaire[13]. Certains commentateurs ont proposé que la punition et la dissuasion aient en général une importance secondaire par rapport à l'assainissement et à la réhabilitation dans le contexte réglementaire[14]. D'autres aimeraient que la peine – en particulier dans le cas d'une entreprise contrevenante – [TRADUCTION] « aille au-delà de la dissuasion et saisisse les possibilités offertes relativement à la réadaptation corporative et à l'intérêt du public en général[15] ». Que ces approches soient ou non conformes aux principes établis en matière de peine, les deux reconnaissent que le fait de se concentrer sur la dissuasion peut constituer [TRADUCTION] « une occasion manquée[16] » d'utiliser le processus de détermination de la peine de façon à promouvoir l'objectif réglementaire et les intérêts connexes de la société.

En réponse, presque toutes les lois environnementales fédérales comprennent maintenant un large éventail d'outils qui permettent d'imposer une « peine créative » et de réagir efficacement aux infractions environnementales. Les outils plus couramment utilisés incluent notamment les ordonnances d'interdiction, de publication, de mener ou de financer des recherches et des projets éducatifs, les ordonnances exigeant l'amélioration des activités internes et des pratiques de l'entreprise, les ordonnances correctives pour le financement de projets particuliers de remise en état ou d'amélioration environnementale[17].

Ces outils de « peine créative » peuvent être utilisés et ils l'ont été pour répondre efficacement à l'objectif primordial de dissuasion. Ils offrent également l'occasion d'aller au-delà de la dissuasion et de contribuer concrètement à la restauration, à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Comme l'expliquent Hughes et Reynolds dans leur article intitulé « Creative Sentencing

---

12. *Ibid.*, *United Keno Hill Mines*.
13. *Terroco*, *supra* note 9, par 34.
14. S Verhulst, « Legislating a Principled Approach to Sentencing in Relation to Regulatory Offences » (2008) 12 *Can Crim L Rev* 281.
15. N Keith, « Sentencing the Corporate Offender : From Deterrence to Corporate Social Responsibility » (juillet 2010) 6 *Crim LQ* 294.
16. *Ibid.*, p. 310.
17. EL Hughes et LA Reynolds, « Creative Sentencing and Environmental Protection » (2009) 19 :2 *J Envtl L & Prac* 105.

and Environment Protection[18] », [TRADUCTION] « il est toutefois possible d'utiliser la peine créative pour promouvoir des objectifs plus larges et obtenir des avantages environnementaux directs du "pollueur payeur"… ».

LA NÉGOCIATION D'UNE « PEINE CRÉATIVE »

Lors de la négociation d'une peine liée à une infraction environnementale, la Couronne doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs afin d'établir le bien-fondé d'une « peine créative ».

Fondamentalement, la peine doit en règle générale être suffisante pour être un moyen de dissuasion clair tant pour le défendeur que pour les autres. En outre, il doit y avoir un rapport ou un lien entre l'infraction et l'importance de la peine créative proposée – tant à l'égard de la nature du dommage environnemental et, de préférence, du lieu où l'infraction s'est produite. L'objectif premier devrait être l'obtention d'un avantage sociétal perceptible ou identifiable.

Au cours de la négociation de la peine, il peut s'avérer efficace de considérer l'enjeu comme une occasion de favoriser la réalisation de l'objectif réglementaire – plutôt qu'un exercice de dissuasion et de répression. Dans un sens, il permet au défendeur de participer et de contribuer à la réalisation de l'objectif réglementaire – c'est-à-dire la protection et la valorisation de l'environnement. Ceci rendrait le processus mieux adapté aux intérêts et aux préoccupations du contrevenant. De manière plus fondamentale, cela pourrait se traduire par des peines qui auraient à la fois un effet dissuasif important et un avantage sociétal.

De nombreux exemples montrent que cette approche a permis de prononcer des peines ayant à la fois un effet dissuasif important et des avantages tangibles pour la société. Dans la région de l'Atlantique, plusieurs cas illustrent le point.

Dans *R* c *Corner Brook Pulp and Paper Ltd*[19], le défendeur a été accusé d'avoir déversé une substance délétère dans des eaux poissonneuses à l'encontre du paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*[20]. Les accusations étaient liées au déversement d'effluents ayant une létalité aiguë dans le milieu marin adjacent (Humber Arm) à l'usine de pâtes et papiers de la société. Il y avait des preuves que la qualité du milieu marin touché avait été sérieusement affectée par l'écoulement constant de ces effluents. La « peine créative » imposée au défendeur incluait une amende de 500 000 dollars, une ordonnance de verser 50 000 dollars à la Stream Development Corporation de Corner Brook pour la réalisation de

18. *Ibid.*
19. *R* c *Corner Brook Pulp and Paper Ltd*, Nfld Prov Ct, 14 mai 1996.
20. LRC 1985, c F-14.

projets connexes de restauration et d'amélioration de l'environnement, le versement de 75 000 dollars au Collège West Viking de Corner Brook pour offrir des bourses d'études dans le cadre de son programme de technologie des ressources et le versement de 125 000 dollars au collège Sir Wilfred Grenfell de l'Université Memorial pour la création de bourses d'études dans le cadre de son programme de baccalauréat en sciences environnementales. De plus, le tribunal a ordonné au défendeur d'achever la construction d'une installation de traitement des effluents dans un délai précisé. L'achèvement satisfaisant de l'installation d'épuration des effluents a été assuré par le dépôt au tribunal d'une « lettre de garantie irrévocable » d'un montant de 500 000 dollars.

Dans *R* c *City of Moncton*[21], la ville a été accusée d'avoir enfreint le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*. L'accusation portait sur l'écoulement de lixiviat toxique dans la rivière Petitcodiac par un site d'enfouissement adjacent géré par la ville. La « peine créative » imposée incluait une amende de 10 000 dollars, l'ordre de verser une somme additionnelle de 5 000 dollars au Fonds pour dommages à l'environnement[22] et un montant supplémentaire de 25 000 dollars au Comité du ruisseau Jonathan pour la restauration et l'amélioration de l'environnement contaminé. De plus, la défenderesse a reçu l'ordre de mettre en œuvre toutes les exigences précisées dans le plan d'assainissement du ruisseau Jonathan et de la rivière Petitcodiac dans un délai déterminé. Le coût de mise en œuvre du plan d'assainissement était évalué à environ 400 000 dollars.

Dans *R* c *Fox Harbour Developments Ltd*[23], le défendeur a été inculpé de deux chefs d'accusation pour avoir fait des travaux qui avaient entraîné la détérioration, la perturbation et la destruction de l'habitat du poisson à l'encontre du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. Cette infraction avait gravement endommagé l'habitat du homard près de la rive. La peine imposée incluait une amende de 35 000 dollars, l'ordre de verser un montant supplémentaire de 130 000 dollars à la Direction générale des océans et de l'habitat du MPO pour évaluer, restaurer et améliorer l'habitat du homard touché par l'infraction ainsi qu'un montant supplémentaire de 15 000 dollars à la Direction générale de la protection et de la conservation du MPO afin d'organiser des séminaires pédagogiques sur la conservation et la protection de

21. *R* c *City of Moncton*, NB Prov Ct, 2003.
22. Le Fonds pour dommages à l'environnement (FDE) est un compte fiduciaire ou de retenue distinct administré par Environnement Canada. Le FDE reçoit des sommes d'argent par le biais d'ordonnances du tribunal rendues en vertu des dispositions relatives aux peines prévues dans diverses lois environnementales fédérales et alloue des fonds à la réalisation de projets de restauration, de mise en valeur et de recherche environnementales. Les bénéficiaires admissibles comprennent des organisations non gouvernementales, des universités, des groupes autochtones ainsi que les provinces, territoires et municipalités.
23. *R* c *Fox Harbour Developments Ltd*, NS Prov Ct, 2004.

l'habitat du poisson à l'intention des étudiants et des représentants de l'industrie dans la région.

Plus récemment, dans *R* c *Kelly Cove Salmon Ltd*[24], le défendeur a été inculpé de deux chefs d'accusation pour avoir enfreint le paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*. L'infraction portait sur le déversement d'un pesticide toxique dans la baie de Fundy pendant une période prolongée dans le cadre des activités d'aquaculture du défendeur. La peine imposée incluait des amendes totalisant 100 000 dollars, l'ordre de verser une somme de 250 000 dollars à l'Université du Nouveau-Brunswick pour créer une « bourse d'études environnementales », un montant additionnel de 100 000 dollars à verser à l'Université du Nouveau-Brunswick et alloué au « doyen des sciences, des sciences appliquées et du génie » pour contribuer à la réalisation d'études environnementales et de projets de recherche sur la pêche et l'industrie de l'aquaculture dans région de la baie de Fundy ainsi qu'un montant supplémentaire de 50 000 dollars à verser au Fonds pour dommages à l'environnement pour la restauration et l'amélioration de l'habitat du poisson dans la zone touchée.

Dans chacun des cas mentionnés ci-dessus, les peines prononcées étaient le fruit d'accords négociés à l'égard de la peine et recommandés conjointement au tribunal. Toutes les peines visaient à établir une dissuasion importante en réponse à des infractions environnementales graves tout en contribuant concrètement à la restauration et à l'amélioration de l'environnement ainsi qu'à sa protection future. L'objectif était d'aller au-delà de la dissuasion et d'obtenir un avantage sociétal perceptible.

CONCLUSION

D'après mon expérience, le fait d'aborder les discussions sur la détermination de la peine sous l'angle de l'opportunité plutôt que celui d'instrument contondant a donné de bons résultats, tant pour la Couronne que pour la défense. Il n'est pas surprenant que cette méthode mène à des ententes. Plus important encore, elle se traduit par des peines qui renforcent la confiance du public à l'égard du processus car elle produit des avantages sociaux identifiables plutôt que de simplement garnir les coffres du gouvernement.

Considérée comme une occasion de promouvoir la gérance de l'environnement à titre de « valeur fondamentale[25] » de notre société, la peine créative peut apporter une contribution qui dépassera de loin la simple dissuasion et la punition d'un contrevenant particulier.

---

24. *R* c *Kelly Cove Salmon Ltd*, NB Prov Ct, 2013.
25. *Hydro-Québec, supra* note 3.

Chapitre 34

Le droit et l'économie des dommages à l'environnement : compte rendu sur la détermination de la peine en cas d'infractions environnementales (Parties I et II)

Martin Olszynski et Peter Boxall

Depuis la décision historique rendue par le juge Stuart dans *R* c *United Keno Hill Mines* (1980)[1], les juges et les avocats canadiens ont pu compter sur une liste établie des facteurs considérés au moment de déterminer la peine dans le contexte du droit de l'environnement. Cependant, sur deux aspects, la longévité et la stabilité de cette liste peuvent être trompeurs. Je parle ici des deux premiers facteurs énoncés dans la décision *United Keno Hill Mines* à savoir, la nature et l'étendue des dommages environnementaux (réels et éventuels)[2]. Comme nous l'avons récemment observé et malgré plus de trente ans de jurisprudence en matière de détermination de la peine, la [traduction] « difficulté de prouver un dommage identifiable et quantifiable est présente dans la plupart des causes touchant l'environnement […][3] ».

1. 10 CELR 43 (CTerr Y) [*United Keno Hill Mines*].
2. *Ibid.*, par 11-13. Selon Westlaw, *United Keno Hill Mines* a fait l'objet de 71 études juridiques.
3. *R* c *Northwest Territories Power Corporation*, 2011 NWTTC 03, par 89 [*Northwest Territories Power Corporation*]. Voir aussi *R* c *Terroco Industries Limited*, 2005 ABCA 141, par 47 : [traduction] « Dans un grand nombre d'infractions environnementales, le dommage n'est pas facile à identifier » ; et *R* c *Zellstoff Celgar Limited Partnership*, 2012 BCPC 295, par 43-48 [*Zellstoff*].

Ainsi, l'objectif du présent chapitre est de familiariser les membres de la magistrature et du Barreau aux aspects juridiques et économiques d'une approche relativement éprouvée en matière de quantification qui n'a pas encore été appliquée avec succès au Canada dans le contexte de la détermination de la peine en cas d'infraction environnementale : l'évaluation environnementale, que l'on peut simplement décrire comme une évaluation économique – [TRADUCTION] « l'évaluation monétaire des éléments qui pourraient être importants pour les personnes » – appliquée à l'environnement naturel[4].

Nous présenterons d'abord un aperçu du contexte à savoir les récents développements dans le domaine de l'économie de l'environnement et du droit canadien de l'environnement qui appuient la transition vers une approche économique permettant de quantifier le dommage environnemental aux fins de la détermination de la peine. La Partie II décrit le fondement du cadre juridique, tandis que la Partie III examine les concepts, les principes et les méthodes économiques de base de l'évaluation environnementale. La Partie IV est une étude de cas. Enfin, dans la Partie V, nous concluons en examinant la possibilité que les lois régissant la détermination de la peine et l'économie de l'environnement au Canada adoptent une approche économique pour mesurer les dommages à l'environnement.

PARTIE I : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS DANS LES DOMAINES DE L'ÉCONOMIE ET DU DROIT[5]

Bref historique de l'évaluation environnementale

Bien que souvent perçue comme une nouveauté, l'évaluation environnementale existe depuis les années 1950[6]. L'un des premiers exemples (qui demeure très pertinent, comme nous l'expliquons ci-dessous) est la tentative de quantifier la valeur de certains parcs nationaux aux États-Unis (dans lesquels l'admission était gratuite) en utilisant la valeur des sommes dépensées par les visiteurs (p. ex. pour l'essence, l'hébergement, la nourriture, etc). Cela marque le début de ce que l'économiste de l'environnement de l'Université de l'Alberta, Wiktor L. Adamovicz, décrit comme [TRADUCTION] « l'ère de l'évaluation des coûts des voyages[7] ».

---

4. WM Hanemann, « The economic conception of water » dans Peter P Rogers, M Ramón Llamas et Luis Martinez-Cortina, eds, *Water Crisis : Myth or Reality ?*, London, Taylor & Francis, 2006, p. 61 à 66.
5. Certaines sections de la présente partie reposent sur Martin ZP Olszynski, « Environmental Damages after the Federal *Environmental Enforcement Act* : Bringing Ecosystem Services to Canadian Environmental Law ? » (2012) 50 : 1 *Osgoode Hall LJ* 129.
6. Wiktor L Adamowicz, « What's it worth ? An examination of historical trends and future directions in environmental valuation » (2004) 48 :4 *Austl J of Agric Resource Econ* 419.
7. *Ibid.*

Toutefois, comme cela arrive souvent dans le contexte de l'environnement[8], c'est un événement assez catastrophique – l'Exxon Valdez qui s'est échoué en 1989 et la marée noire qu'il a causé – qui a vraiment stimulé les développements dans ce domaine, en particulier au plan méthodologique[9]. En effet, l'une des évaluations les plus connues à ce jour reste celle réalisée après la catastrophe de l'Exxon Valdez qui, à l'aide d'une technique relativement controversée à ce moment – l'évaluation contingente –, a estimé que les pertes environnementales atteignaient au moins 2,8 milliards de dollars (US)[10].

Un autre important coup de pouce à l'évaluation environnementale s'est produit vers la fin des années 1990 grâce à l'émergence du paradigme des « services écosystémiques[11] » qui est maintenant couramment associé au rapport sur l'*Évaluation des écosystèmes pour le millénaire* (EM) publié en 2005 par l'ONU[12] dans lequel l'environnement naturel est décrit comme un capital (c'est-à-dire le capital naturel) qui produit un flux (en grande partie gratuit) de biens et de services, notamment la purification de l'eau, la régulation du climat, l'atténuation des inondations, etc[13]. Bien qu'il soit difficile d'exagérer le caractère unique et le succès sans précédent de la notion de services écosystémiques pour promouvoir la compréhension sociale à l'égard des nombreuses contributions apportées par le fonctionnement des écosystèmes[14] à la prospérité et à la santé humaines, la transposition de ces avantages en valeur monétaire

8. Voir par exemple, Keith H Hirokawa « Disasters and Ecosystem Services Deprivation : From Cuyahoga to the Deepwater Horizon » (2011) 74 : 1 *Alb L Rev* 547, [TRADUCTION] « L'idée que les catastrophes favorisent la modification du droit de l'environnement est bien établie […] Les catastrophes fournissent un point de référence important et continu car elles nous obligent à revoir nos perceptions à l'égard de la valeur de la nature et des processus naturels ».
9. Adamovicz, *supra* note 6, p. 423.
10. Richard T Carson et al, « Contingent Valuation and Lost Passive Use : Damages from the Exxon Valdez Oil Spill » (2003) 25 :3 *Envtl & Resource Econ* 257-278.
11. Gretchen Daily, *Nature's Services : Societal Dependence on Natural Ecosystems* (Washington, DC : Island Press, 1997) est généralement considéré comme l'ouvrage « d'avant-garde » dans le domaine de la recherche et de la théorie sur les services écosystémiques.
12. Voir [en ligne] MA<http://www.maweb.org/fr/index.aspx>.
13. Le MA *(Millenium ecosystem assessment)* a adopté une définition large des services écosystémiques ([TRADUCTION] « les avantages que l'homme tire des écosystèmes »), qui sont divisés en quatre catégories : [TRADUCTION] « Les services d'approvisionnement sont les produits que les gens obtiennent des écosystèmes, notamment la nourriture, le carburant, les fibres, l'eau douce et les ressources génétiques. Les services de régulation sont les avantages que les personnes tirent de la régulation exercée par les processus des écosystèmes, notamment le maintien de la qualité de l'air […] et la purification de l'eau. Les services culturels sont les avantages non matériels que les personnes tirent des écosystèmes par l'enrichissement spirituel, le développement cognitif, et les expériences liées à la réflexion, aux loisirs et à l'esthétique. Les services d'approvisionnement sont ceux qui sont nécessaires à la production de tous les autres services écosystémiques, tels que la production primaire, la production de l'oxygène et la formation du sol. » Voir EM, *Évaluation des écosystèmes pour le millénaire*, vol. 1 (Washington, DC : Island Press, 2005), p. 29.
14. Voir Olszynski, *supra* note 5, p. 134-135 et note 38.

demeure un exercice d'évaluation environnementale qui stimule la recherche dans ce domaine.

Actuellement, plusieurs études canadiennes ont évalué la valeur économique de l'environnement naturel. L'une des premières études réalisées fut celle de Nancy Olewiler, professeure à Simon Fraser, qui a évalué en 2004 que la valeur annuelle des 40 000 hectares de zones humides de la vallée du fleuve Fraser était de 231,7 millions de dollars (CAN), en grande partie en raison des services rendus dans le domaine du « traitement des déchets » (en particulier l'absorption de l'azote et du phosphore générés par l'agriculture)[15]. Plus récemment, des organisations gouvernementales et non gouvernementales (ONG) ont commandé des rapports d'évaluation sur divers écosystèmes (voir le tableau 1).

TABLEAU 1 : RÉCENTES ÉTUDES D'ÉVALUATION AU CANADA

Objet de l'étude	Commandée par	Évaluation (CAN))
Région du Mackenzie, TN-O	Initiative boréale canadienne (2009)	$570,6 milliards $/année[16]
Rivière Credit, ON	Institut Pembina et Office de protection de la nature de Credit Valley (2009))	371 millions $/année[17]
Vallée du bas Fraser, C-B	Pacific Parklands Foundation (2010)	5,4 milliards $/année[18]
Ours polaires	Environnement Canada (2011)	6 milliards $/année[19]
Mammifères marins (y compris les bélugas)	Pêches et Océans Canada (2012)	962 millions $/année[20]
Parc national du Canada des Mille-Îles	Statistique Canada (2013)	12,5 millions $/année[21]

15. Nancy Olewiler, *The Value of Natural Capital in Settled Areas of Canada* (Toronto : Nature Conservancy of Canada, 2004).
16. Mark Alnielski et Sara Wilson, *La richesse réelle de la région du Mackenzie* (Ottawa : Initiative boréale canadienne, 2009).
17. Mike Kennedy et Jeff Wilson, *Natural Credit : Estimating the Value of Natural Capital in the Credit River Watershed* (Drayton Valley : Institut Pembina et Office de protection de la nature de Credit Valley, 2009), [en ligne] <http://www.pembina.org>.
18. Sara J Wilson, *Natural Capital in BC's Lower Mainland : Valuing the Benefits from Nature* (Vancouver : David Suzuki Foundation, novembre 2010), [en ligne] <https://davidsuzuki.org/science-learning-centre-article/natural-capital-b-c-s-lower-mainland-valuing-benefits-nature/>.
19. ÉcoRessources Consultants, *Évidences de l'importance socio-économique des ours polaires pour le Canada* (Ottawa : Environnement Canada, 2011), [en ligne] <http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/ec/CW66-291-2011-fra.pdf>.
20. PC Boxall et al, « Analysis of the economic benefits associated with the recovery of threatened marine mammal species in the Canadian St Lawrence Estuary » (2012) 36 *Marine Policy* 189-197.
21. Statistique Canada, *L'activité humaine et l'environnement, mesure des biens et services écosystémiques au Canada* (Ottawa : Ministre de l'Industrie, 2013), [en ligne] <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/16-201-x/16-201-x2013000-fra.pdf?st=uH_K7PII>.

Récents changements aux lois canadiennes sur l'environnement

Comme on pouvait s'y attendre, la reconnaissance croissante de la société à l'égard de la « valeur réelle de la nature[22] » se reflète dans les lois canadiennes sur l'environnement. Le changement le plus important à cet égard est probablement l'adoption en 2009 par le gouvernement fédéral de la *Loi sur le contrôle de l'application des lois environnementales* (LCALE)[23]. La LCALE a modifié, en uniformisant dans une large mesure, les dispositions relatives à la détermination de la peine dans neuf lois fédérales sur l'environnement : la *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique* (LPEA)[24], la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* (LAMNCC)[25], la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* (LPNC)[26], la *Loi sur les espèces sauvages du Canada* (LESC)[27], la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999* (LCPE 1999)[28], la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* (LOACEI)[29], la *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs* (LCOM)[30], la *Loi sur le parc marin du Saguenay – Saint-Laurent* (LPMSSL)[31] et la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial* (WAPPRIITA)[32].

Bien que la LCPE 1999, la LCOM et la WAPPRIITA soient de loin les lois fédérales environnementales les plus souvent appliquées parmi toutes les lois modifiées par la LCALE[33], les nouvelles dispositions en matière de peine

---

22. EM, *Vivre au-dessus de nos moyens : Actifs naturels et bien-être humain, déclaration du Conseil d'administration* (Washington, DC : Déclaration du Conseil d'administration de l'EM, 2005), p. 5, [en ligne] <http://www.maweb.org/fr/BoardStatement.aspx>.
23. LC 2009, c 14 [LCALE]. Pour obtenir un aperçu de la LCALE, voir Olszynski, *supra* note 5, p. 156-160 ; Penny Becklumb, *Résumé législatif du projet de loi C-16 : Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales* (Ottawa : Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 2009) ; Environnement Canada, *Historique de la Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales* (LCALE) (3 mars 2009), [en ligne] <http://www.ec.gc.ca>.
24. SC 2003, c 20 [LPEA].
25. SC 2002, c 18 [LAMNCC].
26. SC 2000, c 32 [LPNC].
27. RSC 1985, c W-9 [LESC].
28. SC 1999, c 33 [LCPE 1999].
29. RSC 1985, c I-20 [LOACEI].
30. SC 1994, c 22 [LCOM].
31. SC 1997, c 37 [LPMSSL].
32. SC 1992, c 52 [WAPPRIITA].
33. Voir Notifications d'application de la loi de Environnement Canada, [en ligne] <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/application-lois-environnementales/notifications.html>, pour connaitre les plus récentes mesures d'application de la LCPE 1999 et de la WAPRITTA. Il convient également de noter que la LCALE n'a pas modifié la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, qui est de loin la loi environnementale fédérale la plus souvent appliquée (surtout les articles 35 et 36). La *Loi sur les pêches* a été récemment modifiée afin de refléter le régime de peine renforcé mis en place par la LCALE, mais elle ne contient pas les mêmes dispositions détaillées en matière d'imposition de la peine, y compris la définition du dommage environnemental.

ont récemment été considérées en profondeur dans *R* c *Decker* (2013)[34] dans ce qui semble être la première peine prononcée pour une infraction à la LPNC[35]. Dans cette affaire, l'accusé a été reconnu coupable de quatre infractions après avoir circulé avec un véhicule tout-terrain et un véhicule à moteur dans le Parc national du Canada du Gros-Morne hors des routes et sans permis à l'encontre des paragraphes 3(1) et 4(2) du Règlement sur la circulation routière dans les parcs nationaux[36] et enlevé de la flore (matières naturelles) du parc, à l'encontre de l'article 10 du *Règlement général sur les parcs nationaux*[37].

Le tribunal a fait état en détail du nouveau régime de peines qui, comme indiqué ci-dessus, est plus ou moins le même dans toutes les lois mentionnées (tout en étant adapté au contexte de chaque loi) :

> [TRADUCTION] La [LPNC] exige que le juge qui impose la peine examine les principes de détermination de la peine énoncés dans les articles 718.1 à 718.21 du *Code criminel* et un certain nombre de principes et facteurs applicables plus particulièrement aux infractions commises à l'encontre de la [LPNC].
>
> L'article 27.6 […] énonce que l'objectif premier de la détermination de la peine pour ces types d'infraction […] est de contribuer au respect des lois visant la création et la protection des parcs par la détermination de sanctions justes visant ce qui suit
>
> > (a) dissuader le contrevenant et toute autre personne de commettre des infractions à la présente loi ;
> >
> > (b) dénoncer les comportements illégaux qui causent des dommages ou des risques de dommages aux parcs ;
> >
> > (c) rétablir les ressources des parcs.
>
> L'article 27.7(1) […] précise qu'en plus des principes et des facteurs énoncés dans le *Code criminel*, le tribunal tient compte des principes suivants au moment de déterminer une peine pour des infractions à la [LPNC] :
>
> > (a) le montant de l'amende devrait être majoré en fonction des circonstances aggravantes de l'infraction, notamment celles énoncées au paragraphe (2) ; et
> >
> > (b) le montant de l'amende devrait refléter la gravité de chacune des circonstances aggravantes de l'infraction.
>
> L'article 27.7(2) […] décrit des circonstances aggravantes qui ont une incidence sur la peine imposée :
>
> > (a) l'infraction a causé un dommage ou un risque de dommage aux ressources d'un parc ;

34. *R* c *Decker*, 2013 NL PC 58688 [*Decker*].
35. *Ibid.*, par 23.
36. CRC, c 1126.
37. DORS 78-213.

> (b) l'infraction a causé un dommage ou un risque de dommage aux ressources uniques, rares, particulièrement importantes ou vulnérables d'un parc ;
>
> (c) l'infraction a causé un dommage considérable, persistant ou irréparable ;
>
> (d) le contrevenant a agi de façon intentionnelle ou insouciante ;
>
> (e) le contrevenant a omis de prendre des mesures raisonnables pour empêcher […] l'infraction […] ;
>
> (f) le contrevenant… a accru ses revenus ou a réduit ses dépenses, ou avait l'intention de le faire ;
>
> (g) le contrevenant a commis l'infraction bien qu'il ait reçu un avertissement ;
>
> (h) le contrevenant a dans le passé accompli des actes contraires […] ;
>
> (i) le contrevenant, après avoir commis l'infraction : (i) a tenté de dissimuler sa perpétration, (ii) a omis de prendre rapidement des mesures afin d'empêcher ou d'atténuer les conséquences de l'infraction, ou encore d'y remédier, (iii) a omis de prendre rapidement des mesures pour réduire le risque que des infractions semblables soient commises.
>
> L'article 27.7(4) […] précise que le « dommage » comprend la « perte des valeurs d'usage et de non-usage[38] ».

Pour ceux qui connaissent la jurisprudence canadienne touchant les peines liées aux infractions aux lois environnementales, il devrait être clair que ces dispositions constituent en grande partie la codification des facteurs énoncés dans *United Keno Hill Mines*, bien que légèrement modifiés, le plus important étant l'inclusion des termes économiques « perte des valeurs d'usage et de non-usage » dans la définition du « dommage » (au sens des facteurs (a) à (c)).

Bien que la preuve dans *R* c *Decker* n'ait pas permis au tribunal de tenir compte de ces facteurs de manière détaillée[39], ils ne sont pas sans précédent dans le droit canadien de l'environnement. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de les examiner dans le contexte de la responsabilité civile dans *Colombie-Britannique* c *Canadian Forest Products Ltd (Canfor)*[40]. Dans cette affaire, la société accusée a été jugée responsable d'avoir omis par négligence d'éteindre un contre-feu. La Couronne provinciale a demandé des dommages commerciaux et une indemnisation pour le dommage environnemental en précisant plusieurs composantes de cette perte :

> La « valeur de jouissance » inclut les services fournis aux humains par l'écosystème, notamment les sources de nourriture, la qualité de l'eau et les possibilités récréo-touristiques. Même si le public n'a pas à payer pour ces services, il est possible de

38. *Decker*, *supra* note 34, par 10 à 15.
39. *Ibid.*, par 26. La Cour constate, en revanche, un cas où d'importants dommages ont été causés par les véhicules tout terrain ; voir *R* c *Lambe*, 2000 NFCA 23.
40. 2004 CSC 38, 2 RCS 74 [*Canfor*].

> mesurer leur valeur économique en observant le prix que paie le public pour des services comparables sur le marché […]
>
> La « valeur de jouissance passive ou d'existence » reconnaît qu'un membre du public peut être disposé à payer un prix pour la protection d'une ressource naturelle, même s'il ne l'utilise jamais directement. Elle comprend tant l'avantage psychologique pour le public de savoir que la ressource est protégée que la valeur qu'offre la possibilité d'en jouir ultérieurement. Une méthode de l'analyse économique appelée « évaluation contingente » utilise la technique des enquêtes pour chercher à mesurer ce que le public serait prêt à payer pour préserver ces avantages. [souligné dans l'original][41].

Toutefois, dans *Canfor*, la Couronne n'a présenté aucune preuve de cette perte. Par conséquent, alors que la Cour a abordé de manière plus détaillée les méthodes qui pourraient s'appliquer dans ce contexte[42], elle a finalement rejeté cette partie de la demande[43]. Nous examinerons les concepts, les principes et les méthodes de base de l'évaluation environnementale dans la Partie III. La partie suivante examine en détail le cadre juridique applicable à l'examen du dommage environnemental dans la détermination de la peine.

PARTIE II : CADRE JURIDIQUE DE L'ÉVALUATION ET DE LA QUANTIFICATION DU DOMMAGE AFIN DE DÉTERMINER LA PEINE

Alors que la décision de la Cour suprême dans *Canfor* (et en particulier sa disposition relativement favorable aux concepts et aux méthodes de l'évaluation environnementale)[44] constitue clairement un précédent pertinent, l'évaluation et la quantification du dommage à l'environnement ou du préjudice (ces deux termes sont utilisés de façon interchangeable dans le présent chapitre) dans la détermination de la peine diffèrent au moins de deux manières fondamentales par rapport au contexte de la responsabilité délictuelle : le genre de préjudice considéré et le fardeau de la preuve applicable.

Trois types de dommage : réel, éventuel spécifique et éventuel général

Il est probablement fréquent d'affirmer que, dans le cas des peines liées à des infractions environnementales, les dommages réels et éventuels sont importants. Comme le juge Stuart l'a précisé dans *United Keno Hill Mines* :

> [TRADUCTION] Importance du préjudice. Les pénalités devraient refléter l'ampleur du dommage subi […] Si le dommage est irréparable, grand, persistant ou qu'il a de nombreux effets indésirables consécutifs, la peine doit être sévère. Dans certains

41. *Ibid.*, par 138. Ces termes sont expliqués de manière plus détaillée dans la Partie III.
42. *Ibid.*, par 142-143.
43. *Ibid.*, par 153.
44. *Canfor*, *supra*, note 40.

cas, il faut considérer non seulement le dommage réel, mais aussi le dommage éventuel qui pourrait découler des activités du pollueur[45].

Au fil du temps, et apparemment en raison de l'importance croissante accordée par les tribunaux canadiens à la dissuasion (particulière et générale)[46], la considération du dommage éventuel a également été prise en compte à la fois dans ses dimensions générale et particulière. Dans le cas relativement récent *R* c *Northwest Territories Power Corporation*, le tribunal a cité avec approbation plusieurs décisions non publiées afin d'expliquer cette relation :

> [TRADUCTION] Comme il est mentionné dans *R.* c *Shamrock*, une cause non publiée entendue par un tribunal des infractions provinciales le 13 février 1989, page 7 :
>
> > Si les infractions contre le bien-être public sont « préventives » et que leur but est de fixer des normes élevées, aucun dommage réel ne devrait être nécessaire pour imposer des sanctions importantes. Le degré de risque ou de dommage éventuel inhérent à l'activité devrait être le critère principal pour imposer une sanction sévère, et le dommage réel être une circonstance aggravante […]
>
> La question des dommages éventuels par rapport aux dommages réels a également été examinée par la Cour de justice du Nunavut dans l'affaire *R.* c *City of Iqaluit*, décision non publiée du 8 août 2002 :
>
> > [6] Il n'y a aucun élément de preuve en l'espèce que le déversement d'eaux usées ait entraîné la mortalité massive de poissons ou d'autres signes facilement reconnaissables d'une dégradation de l'environnement. Cependant, le fondement de cette infraction est le dommage éventuel à l'environnement. Lorsque des dommages réels sont prouvés, ceux-ci sont des facteurs aggravants susceptibles d'augmenter la peine qui s'appliquerait autrement […]
>
> Plusieurs cas ont mentionné que la dissuasion est le plus important facteur dans la détermination de la peine dans le cas d'infractions environnementales. Si les objectifs dans ces cas sont « de diminuer, d'atténuer et de prévenir », comme on le mentionne dans l'introduction, *alors une sanction qui dissuade un contrevenant en particulier, et d'autres contrevenants possibles, de commettre des infractions est nécessaire pour atteindre le dernier de ces objectifs* [nos italiques][47].

45. *United Keno Hill Mines*, *supra*, note 1, par 13.
46. *Northwest Territories Power Corporation*, *supra*, note 3, par 24 : [TRADUCTION] « Dans la détermination de la peine, le principe de la dissuasion repose sur un modèle qui prévoit une punition qui dissuadera le contrevenant de répéter l'infraction (effet dissuasif particulier) et assez sévère pour dissuader d'autres personnes qui sont dans une situation semblable de commettre l'infraction pour éviter de se voir imposer la même peine (dissuasion générale) ». Voir aussi Elaine L Hughes et Larry A Reynolds, « Creative Sentencing and Environmental Protection » (2009) 19 :2 *J Envtl L & Prac* 105, p. 108.
47. *Northwest Territories Power Corporation*, *supra*, note 3, par 39-42.

En ce qui a trait aux dommages éventuels (risque de dommages) propres à l'infraction examinée par le tribunal, la décision *R* c *Terroco Industries Limited*[48] est peut-être la plus révélatrice :

> [TRADUCTION] Plus le dommage éventuel est grand, plus la peine doit être importante. Le dommage éventuel repose sur la probabilité du risque, la nature du produit, l'ampleur probable des dommages si le risque se concrétise et la sensibilité du site, notamment sa proximité avec la population et les milieux fragiles [citations omises] […] Lorsqu'un dommage éventuel est évité grâce à des circonstances aléatoires, ce dommage éventuel est un facteur pertinent[49].

Ainsi, le risque de dommage propre à l'infraction semble surtout lié à des facteurs intermédiaires aléatoires, ou au moins à des facteurs qui ne sont pas attribuables à la diligence raisonnable du défendeur, mais sans lesquels le dommage environnemental réel aurait probablement été plus important. Si on revient à l'affaire Decker, on peut penser que M. Decker n'a évité que de justesse, et par chance, une flore rare ou particulièrement unique de la région où l'infraction s'est produite. Ce risque précis de dommage semble également être délimité ; il s'agit du risque de dommage environnemental à cet endroit et dans des conditions essentiellement semblables au moment de l'infraction.

En ce qui a trait au dommage éventuel (risque de dommages) touchant une communauté réglementée de manière plus générale, deux décisions rendues en vertu de la LCOM, offrent de bons exemples. Dans *R* c *Carriere*[50], les accusés ont été reconnus coupables d'infractions liées à la capture illégale d'environ 170 oiseaux. La Cour a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] Les actes commis par l'accusé n'ont eu aucun impact important sur les populations de canards du marais Cumberland ou du continent nord-américain dans son ensemble. Mais cela ne règle pas la question. L'alinéa 13(4.1)*a*) de la [LCOM] parle non seulement de « dommage », mais également du « risque de dommage ». Je suis d'avis que, tandis que le dommage réel causé par l'accusé à Mistik Lodge était faible, *le risque de dommage était beaucoup plus grand*.
>
> La santé durable de la population de canards sauvages d'Amérique du Nord dépend de la coopération des gouvernements et de la population des trois différents pays […] Cette coopération ne se limite pas seulement à la réglementation de la chasse sportive, mais la réglementation de la chasse sportive est essentielle au maintien des populations de canards. Lorsqu'on voit des bandes de plus de mille canards, il peut penser qu'il est impossible que ces populations puissent être affaiblies simplement par la chasse. Mais les chasseurs de canards, en particulier les chasseurs sportifs, ont la capacité d'exercer une pression énorme. Si chaque chasseur était d'avis qu'il peut doubler sa limite légale de prises, la chasse annuelle

48. 2005 ABCA 141.
49. *Ibid.*, par 48, récemment citée avec l'approbation de *Zellstoff*, *supra*, note 3.
50. 2005 SKPC 84, 272 Sask R 13 [*Carriere*].

> pourrait se traduire par 30 millions de canards tués. Les canards pourraient peut-être tolérer cette pression pendant une courte période. Toutefois, comme les exemples de la tourte voyageuse et de la grue blanche le montrent, une chasse excessive soutenue entraînerait vraisemblablement la dévastation [nos italiques][51].

Cette approche a été citée avec approbation dans la poursuite relativement célèbre contre Syncrude (bien qu'au cours de l'examen de la diligence raisonnable) :

> [TRADUCTION] Je ne crois pas que le nombre de canards morts le 28 avril 2008, ou autour de cette date, dans le bassin de sédimentation d'Aurora ait eu un impact important sur l'ensemble des populations des canards et qu'il peut s'agir d'un petit nombre par rapport aux pertes imputables à la chasse ou au total des pertes causées dans les milieux industriels […] Toutefois, il est important de rappeler le but des lois provinciales et fédérales. Les lois visent respectivement à protéger l'environnement et à maintenir des populations d'oiseaux migrateurs. Comme dans la plupart des infractions réglementaires, les lois ne visent pas seulement les résultats directs et immédiats du comportement interdit, mais également les dommages qui pourraient découler de ce comportement à grande échelle. Voir par exemple : *R. c. Carriere* […][52].

Ainsi, l'analyse générale du risque de dommage tente de transposer la conduite du contrevenant à l'ensemble de la communauté réglementée. Dans *Carriere*, cela renvoyait à la communauté des chasseurs sportifs. Dans *Syncrude*, la Cour semble penser aux autres exploitants de sables bitumineux, ou du moins à ceux dont les activités entraînent la création de bassins de décantation. Dans certains cas du moins, le régime législatif ou réglementaire applicable définira la communauté visée, par exemple dans le cas des infractions au *Règlement sur les effluents des mines de métaux*[53], la communauté visée serait l'ensemble des activités minières assujetties à ce règlement. Alors, contrairement au risque spécifique de dommage, le risque général n'est pas propre à un endroit en particulier, mais il repose plutôt sur le patrimoine environnemental plus large.

Si l'on considère les deux types de risques (particulier et général), il serait peut-être utile de les exprimer en termes algébriques :

R = MP, où
R = Risque de dommage (particulier ou général)
M = Magnitude du dommage
P = Probabilité que l'événement se produise

51. *Ibid.*, par 45-46.
52. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229, 53 CELR (3d) 196, par 106.
53. DORS/2002-222 [REMM].

Cette formule tient compte de la plupart des critères énoncés par la Cour dans l'arrêt *R* c *Terroco* cité ci-dessus, quoique de manière plus générale (par exemple, elle peut s'appliquer non seulement aux « produits » mais également aux ouvrages ou activités qui ont un impact direct sur l'environnement). Bien qu'elle soit certainement plus complexe qu'on pourrait le croire à première vue (la magnitude et la probabilité pouvant être divisées en sous-composants), nous n'affirmons pas qu'une précision chirurgicale soit nécessaire pour étudier le risque de dommages, la jurisprudence existante n'appuie absolument pas une telle exigence.

Fardeau de la preuve : Au-delà de tout doute raisonnable

Contrairement à la norme civile de la prépondérance des probabilités, il est également bien établi au Canada qu'un facteur aggravant doit être prouvé hors de tout doute raisonnable, et ce fardeau de la preuve peut créer certaines difficultés dans le contexte environnemental.

La récente décision *R* c *Zellstoff Celgar Limited Partnership*[54] illustre cette situation. Dans cette affaire, la preuve de la Couronne montrait que l'accusé avait déversé dans le fleuve Columbia près de 500 millions de litres d'effluents qui ne respectaient pas les exigences relatives au total des solides en suspension (TSS) et à la demande biochimique en oxygène (DBO), et dont certains n'avaient pas réussi l'essai de toxicité de 96 heures avec la truite arc-en-ciel[55]. Alors que la Cour a jugé que [TRADUCTION] « le fleuve Columbia doit être considéré comme une zone écologiquement sensible » et qu'il s'agit [TRADUCTION] « d'un fleuve poissonneux » dont « la population comprend des espèces en voie de disparition[56] » et que le dommage causé par le déversement pouvait sembler évident[57], la Cour a néanmoins conclu qu'on ne lui avait en fait présenté [TRADUCTION] « en l'espèce, aucune preuve d'un dommage pouvant être considéré comme un facteur aggravant pour la détermination de la sentence[58] ».

Il restait donc la question des dommages éventuels. Dans ce cas, la Cour a également conclu qu'elle avait [TRADUCTION] « un doute considérable relativement aux éventuels effets nuisibles des effluents déversés dans la rivière […] ou, dans l'affirmative, sur l'ampleur du risque. *Il est clair que la Couronne doit*

54. *Zellstoff*, *supra*, note 3.
55. *Ibid.*, par 43.
56. *Ibid.*, par 44.
57. *Ibid.*, par 45.
58. *Ibid.*

prouver hors de tout doute raisonnable la présence des facteurs aggravants, et dans ce cas la Couronne ne s'est pas acquittée de ce fardeau » [nos italiques][59].

En termes simples, la Couronne doit présenter des éléments de preuve suffisants à l'égard des dommages pour que les tribunaux puissent tenir compte des facteurs aggravants dans la détermination d'une amende appropriée, un travail qui pose évidemment certaines difficultés conceptuelles supplémentaires à l'égard du risque de dommages (le risque spécifique, mais surtout le risque général). Bien entendu, cette difficulté (prouver l'existence d'un risque – qui est intrinsèquement incertain – hors de tout doute raisonnable) n'est pas réservée à l'approche basée sur l'évaluation environnementale, mais a été présente dans toutes les causes depuis *United Keno Hill Mines*.

Cette difficulté semble au moins quelque peu atténuée par l'adoption cohérente de la formule ci-dessus (R = MP) que l'on peut, comme mentionné ci-dessus, détailler en sous-composants. Ainsi, la magnitude du dommage (M) pourrait souvent être établie en fonction de l'ampleur ou du degré de l'impact (faible, modéré, élevé), de la sensibilité d'un environnement (p. ex. une zone humide ou un marais d'un parc national) ou d'un actif dans un écosystème (p. ex. les oiseaux migrateurs) et de la perturbation (faible, modérée, élevée), comme le montre le tableau suivant :

TABLEAU 2 : MAGNITUDE DU DOMMAGE SELON L'IMPACT ET LA SENSIBILITÉ

(a)	Sensibilité de l'environnement ou de l'actif dans l'écosystème		
IMPACT	ÉLEVÉE	MODÉRÉE	FAIBLE
Élevé			
Modéré			
Faible			

Si l'on considère le risque général de dommages, le degré d'impact peut être détaillé selon la taille estimée de la communauté réglementée (ce que le tribunal semble faire dans *R* c *Carriere*) : plus grande est la communauté réglementée, plus grand est l'impact possible associé à un dommage même minime d'un point de vue individuel. Par exemple, si l'on considère la dissuasion générale dans le contexte d'une infraction au *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, le nombre d'exploitants miniers au Canada pourrait certainement donner une idée de la magnitude du dommage éventuel.

De même, la probabilité que l'événement se produise (P) peut être décomposée en tranches : faible (0 à 30 %), modérée (30 à 60 %) et élevée (60 à 100 %). De manière générale, on s'attendrait à ce que la probabilité de

59. *Ibid.*, par 47-48.

dommages soit plus grande lors de l'évaluation d'un risque spécifique plutôt que d'un risque général, surtout dans les cas où le dommage a été évité uniquement grâce à un événement fortuit. Dans ce dernier contexte, la Couronne pourrait peut-être appuyer son évaluation par des preuves axées sur les sciences humaines ou des statistiques en matière de respect de la réglementation. Bien qu'aucun de ces outils ne permettraient de définir le risque avec exactitude, ils ajouteraient de la prévisibilité et de la transparence à un exercice qui – parfois réalisé dans des conditions assez floues – est associé depuis longtemps, et encore aujourd'hui, à la détermination de la peine.

En ce qui a trait plus particulièrement à l'évaluation environnementale, alors que les économistes de l'environnement admettraient eux-mêmes que les résultats qu'ils obtiennent sont souvent empreints d'incertitude, il serait utile de rappeler qu'un certain degré d'incertitude est endémique dans les domaines des sciences de l'environnement et du droit en général[60]. De plus, et peut-être surtout, en incluant la « valeur de l'usage et du non-usage » dans la définition du « dommage », le Parlement a clairement établi que ce genre de preuve doit être considérée aux fins de la détermination des peines liées à des infractions environnementales.

(Pour consulter les parties III, IV et V, voir le chapitre 35).

60. Daniel Farber, « Building Bridges over Troubled Waters : Eco-pragmatism and the Environmental Prospect » (2003) 87 :4 *Minn L Rev* 852, p. 855.

Chapitre 35

Le droit et l'économie des dommages à l'environnement : compte rendu sur la détermination de la peine en cas d'infractions environnementales (Parties III, IV et V)

Peter Boxall et Martin Olszynski

PARTIE III : CONCEPTS FONDAMENTAUX, PRINCIPES ET OUTILS D'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

Sous-discipline de l'économie environnementale, le domaine de l'évaluation environnementale a fait son apparition pour répondre à la nécessité de mettre au point des mesures financières des changements dans la prestation de biens et de services environnementaux. Même si l'on ne peut minimiser l'importance du rôle que l'évaluation des dommages a joué dans l'élaboration des méthodes d'évaluation, le domaine a vu le jour parce qu'il fallait élaborer des mesures monétisées des services environnementaux à inclure dans les analyses coûts-bénéfices (ACB) structurées. Le problème est que beaucoup de projets de mise en valeur des ressources auraient une incidence sur de nombreux services environnementaux non échangés sur les marchés économiques structurés. C'est pourquoi, en essayant d'estimer les valeurs des services en question pour l'économie, on pourrait analyser plus complètement les avantages et les coûts découlant des changements affectés à la mise en valeur ou à la gestion des ressources.

Le concept d'indemnisation des atteintes ou des dommages causés à l'environnement, qui constitue en théorie un bien « possédé » par la collectivité ou l'État, indique que la partie responsable devrait verser une indemnisation égale aux dommages afin de restituer le bien public dans sa « totalité ». Même si le concept semble simple, l'évaluation des dommages causés à l'environnement et la détermination de l'indemnisation appropriée sont difficiles en réalité, notamment parce que les économistes considèrent l'environnement comme une ressource ou une entité qui fournit tout un éventail de services à la société. L'établissement d'un lien entre le dommage et les changements physiques au niveau de la prestation de ces services constitue un défi de premier plan dans la détermination de l'indemnisation. Les types de services peuvent varier selon l'endroit ou l'écosystème. Les niveaux d'utilisation ou de jouissance des services peuvent varier sur les plans à la fois spatial ou temporel et la mesure physique des niveaux de service avant ou après le dommage peut être inexistante ou coûteuse. En outre, dans beaucoup de cas, les flux de services environnementaux peuvent être bénéfiques pour les humains qui se trouvent très loin du site endommagé. Le premier défi à relever consiste donc à comprendre les dimensions biophysiques des changements causés par le dommage.

Les défis suivants consistent à transposer les changements biophysiques des biens et des services endommagés en mesures de la valeur associée à ces changements. Ce qui signifie habituellement qu'il faut définir l'état et la valeur du « scénario de référence » ou, autrement dit, l'état du bien environnemental avant l'atteinte ou le dommage. Cela est nécessaire pour déterminer la situation avant et après le dommage causé à l'environnement. Dans les situations où ce savoir existe, les économistes en ont tiré des approches afin d'attribuer une valeur financière aux changements des services fournis. Ce qu'il faut essentiellement, ce sont des mesures des changements au bien-être humain (habituellement en termes financiers) découlant des changements des conditions de l'environnement. Ces mesures peuvent être simples à établir dans le cas de biens et de services environnementaux échangés sur les marchés (p. ex., minéraux, tourisme, etc.). Par exemple, il est possible d'évaluer les changements des valeurs du marché découlant des changements de la production industrielle ou des coûts découlant de changements environnementaux. Si un changement environnemental a un effet sur une industrie ou une entreprise, il est possible d'évaluer directement les changements des niveaux de production qui entraînent une perte de profit ou des niveaux des intrants qui font grimper les coûts de production. Les atteintes ou Les dommages causés à l'environnement comportent toutefois de nombreux changements à des biens et des services qui ne sont pas échangés sur les marchés officiels. Les exemples fournis dans le chapitre précédent (partie I) portent sur des aspects comme les oiseaux migrateurs, les mammifères marins, etc.

L'évaluation environnementale comporte essentiellement deux démarches : 1) déterminer les liens entre les biens du marché et les biens environnementaux et utiliser ces liens pour évaluer les changements au bien-être associés à des changements à l'environnement ; et 2) développer/créer des marchés hypothétiques qui comportent des conditions environnementales et évaluer les changements au bien-être en se basant sur ces marchés hypothétiques. Pour appliquer des méthodologies précises tirées de ces deux catégories, il faut toujours évaluer un changement de l'« état du monde » qui englobe un changement de la qualité de l'environnement. Les valeurs exprimées par le comportement du marché ou un comportement analogue peuvent inclure l'achat de biens individuels ou groupés qui sont liés au changement environnemental. Ces types de biens sont appelés valeurs « d'usage » et les méthodes d'évaluation utilisées pour mesurer les valeurs dans un contexte environnemental sont appelées méthodes dites de la « préférence révélée » puisqu'un « usager » révèle ses préférences environnementales par ses comportements ou ses choix sur le marché. Les méthodes les plus courantes comportent un groupe de méthodes appliquées à l'usage de l'environnement à des fins récréatives.

La première méthode d'évaluation mentionnée brièvement dans la partie I, du chapitre précédent, est celle du coût de déplacement qui consiste à révéler la valeur des lieux récréatifs pour les visiteurs par le biais des coûts qu'ils défraient pour s'y rendre. Comme les frais d'admission ou d'accès (qui peuvent ne pas exister dans de nombreuses zones récréatives) ne révèlent pas la valeur de l'accès au site, les coûts totaux de l'accès (coût du déplacement et frais d'admission) équivalent approximativement au « prix réel » d'une visite. Ces méthodes établiraient un lien entre les changements de la qualité de l'environnement et les réponses des adeptes du plein-air en examinant les changements dans leurs niveaux de fréquentation. Par exemple, étant donné que les adeptes du plein-air effectuent X voyages à un parc à l'état vierge, les dommages subis à la qualité du parc réduiraient le nombre de ces visites à Y et l'on évaluerait donc les dommages en fonction de cette réduction de la fréquentation exprimée au moyen des valeurs économiques par voyage.

Les changements récents apportés à la méthode du coût de déplacement comportent toutefois la construction de modèles de choix où les qualités réelles des sites récréatifs (y compris les éléments de la qualité de l'environnement), en plus du coût de déplacement, expliquent la demande qui vise ces sites. Ces qualités peuvent inclure des caractéristiques d'origine humaine comme des terrains de camping et les routes, ainsi que des qualités de l'environnement

comme l'état de la forêt (essences, âge des arbres, etc.), la clarté de l'eau, etc[1]. L'analyste élabore alors un modèle qui évalue la probabilité de visites d'un endroit en particulier dans un complexe de sites en fonction des caractéristiques et du coût du déplacement en cause. Le modèle permet d'évaluer les changements de la fréquentation lorsqu'une ou plusieurs qualités changent aux endroits en cause et le modèle prédit le lieu où, dans le complexe de sites, un adepte du plein-air se rendrait à la suite du changement. Cette méthode permet donc de tenir compte officiellement de substituts qui pourraient servir si un site en particulier est endommagé. En établissant un lien entre les changements de comportement de voyage et les coûts de déplacement, il est possible d'estimer les valeurs économiques attribuables à des changements d'une ou de plusieurs qualités dans tout le complexe des sites récréatifs si les visiteurs paient davantage pour avoir accès à des sites de meilleure qualité plus loin de leur domicile afin d'éviter le changement des conditions[2].

Une autre approche de la préférence révélée comporte des évaluations statistiques ou économétriques de la variation des prix des propriétés sur les marchés résidentiels afin d'évaluer les changements de la qualité. Comme les prix des propriétés sont fonction des qualités qui y sont associées, y compris les caractéristiques environnementales de la propriété ou des zones environnantes, la façon de procéder établit « par la porte arrière » la valeur du bien environnemental en déterminant si sa disponibilité a un effet sur le prix de vente d'une propriété en particulier. Appelée « méthode du prix hédonique », cette méthode a servi à examiner les valeurs d'installations environnementales positives ou négatives associées à des propriétés[3]. Cette intuition peut essentiellement être appliquée à la plupart des formes de transactions économiques dans lesquelles les qualités de l'objet acheté varient. Cela inclut, par exemple, les prix des forfaits hôteliers et touristiques. La méthode peut aussi servir à examiner la sensibilité des taux de salaire aux changements des caractéristiques de l'environnement ou de la santé.

---

1. Exemple dans le cas des loisirs de plein air au Canada : PC Boxall, DO Watson et J Englin, « Backcountry recreationists' valuation of forest and park management features in wilderness parks of the western Canadian Shield » (1996) 26 :6 *Can J For Res* 982, p. 990.
2. Peter Boxall et al présentent un exemple du vandalisme causé à des peintures sur rochers d'Autochtones canadiens qui ont servi dans une modélisation des qualités récréatives (voir « Valuing aboriginal artifacts : A combined revealed-stated preference approach » (2003) 45 :2 *J Environ Econ Manage* 213, p. 230).
3. Peter Boxall et al constatent, par exemple, que la présence d'éléments de mise en valeur de l'infrastructure énergétique à moins de 4 km de propriétés résidentielles à la campagne fait baisser leur prix de vente en Alberta (voir « The impact of oil and natural gas facilities on rural residential property values : A spatial hedonic analysis » (2005) 27 :3 *Res Energy Econ* 248, p. 269) ; J Loomis et M Feldman découvrent des retombées économiques positives de la stabilisation des niveaux des lacs de propriétés voisines aux États-Unis (voir « Estimating the benefits of maintaining adequate lake levels to homeowners using the hedonic property method » (2003) 39 :9 *Water Res Research* WES 2-1 à WES 2-6).

Toutefois, dans beaucoup de cas, il n'y a pas de comportement observable qui découle d'un changement de la qualité de l'environnement. Il se peut qu'une forêt locale, par exemple, protège une espèce rare et en péril. La viabilité de l'espèce peut préoccuper des personnes, mais il n'y a pas de mécanisme qui leur permet de payer ou de voter pour payer des impôts afin qu'on prenne des mesures pour en assurer la survie. On parle alors de « valeur d'existence », parce que même s'il se peut que des particuliers n'aillent pas voir l'espèce ou n'ont aucune intention de l'« utiliser », ils attachent néanmoins de la valeur à son existence. Les économistes ont étendu ce concept à la valeur « d'usage passif » qui inclut aussi l'usage futur possible et le legs de cet usage à des générations futures (les valeurs d'usage passif sont aussi considérées comme valeurs de non-usage en l'occurrence).

Dans les cas où l'on n'établit pas de lien entre les valeurs associées à un bien ou service environnemental et les achats du marché ou les pistes de comportement, on utilise les méthodes dites de la « préférence avouée » pour estimer les valeurs d'usage passif. Ces méthodes utilisent des sondages par questionnaires dans lesquels on utilise les échanges avec les répondants pour estimer les paramètres standards de la valeur économique – la « volonté de payer » (VDP) ou la volonté d'accepter une indemnisation (VAI) à la suite de changements des conditions de l'environnement. La plus connue de ces méthodes est celle de « l'évaluation des contingences » dans laquelle on ajoute un référendum hypothétique au questionnaire et les répondants votent pour accepter une amélioration de l'environnement en contrepartie d'une augmentation de l'impôt payé (ce qui constitue une évaluation de la VDP). Comme on l'a signalé dans la partie I, du chapitre précédent, cette méthode a une longue histoire, car elle a servi à évaluer les dommages causés à l'environnement par le déversement d'hydrocarbures de l'Exxon Valdez survenu en 1989 en Alaska[4].

On a aussi étendu la méthode pour y inclure diverses qualités dans un cadre de modélisation de choix, comme on l'a mentionné ci-dessus. En l'occurrence, divers « états du monde » sont définis en fonction des niveaux changeants d'un ensemble d'attributs et regroupés en ensembles de choix parmi lesquels on demande aux répondants de choisir. Les ensembles d'attributs comprennent les changements d'impôt et de revenu et les changements de la qualité de l'environnement sont représentés en utilisant des ajustements dans les niveaux d'attributs. Les résultats permettent une bien meilleure compréhension des préférences en matière de modification de la qualité de l'environnement. La principale différence entre l'évaluation des contingences et le modèle des choix

4. Voir Carson et al, « Contingent valuation and lost passive use : Damages from the Exxon Valdez oil spill » (2003) 25 :3 *Env Res Econ* 257, p. 286.

basés sur les attributs est que l'évaluation des contingences a tendance à porter en grande partie sur des facteurs monétaires.

Étant donné que les dommages réels causés à l'environnement modifient les conditions, la détermination de l'ampleur du dommage économique doit également impliquer l'évaluation d'un changement. Les valeurs totales de certaines caractéristiques de l'environnement ne sont donc pas utiles dans le contexte de l'évaluation. Il faut plutôt utiliser les valeurs économiques marginales liées directement au changement de la qualité de l'environnement. Cela signifie habituellement qu'il faut comprendre les conditions qui existaient avant le dommage et les comparer à celles qui existent après. Ainsi, si l'on utilise les méthodes décrites ci-dessus, par exemple dans un contexte récréatif, il faut comprendre les niveaux de fréquentation avant les dommages subis par l'environnement. S'il est possible de prévoir ou de déterminer une baisse des niveaux de fréquentation, il faut alors multiplier cette baisse quantitative par la valeur économique de chaque trajet pour évaluer les niveaux des dommages. Par ailleurs, si l'on a créé un modèle de choix récréatifs, il est alors possible de mesurer les dommages en modifiant les qualités de l'endroit endommagé, d'estimer les changements des tendances de la fréquentation et de calculer des mesures économiques des dommages en fonction des changements dans les habitudes de déplacement au niveau du complexe des sites de substitution. Il convient de signaler que ces procédures nécessitent une connaissance des valeurs ou du développement d'un modèle avant que le dommage causé à l'environnement ne se produise.

En ce qui concerne le dommage potentiel (risque de dommage), il se peut que les méthodes d'évaluation des dommages économiques n'aident pas *directement* à déterminer le niveau de l'indemnisation. Toutefois, l'évaluation environnementale sert habituellement à examiner les avantages offerts par les biens environnementaux mais non spécifiquement à l'évaluation économique des dommages. Ces valeurs pourraient donc fournir à l'appareil judiciaire de l'information sur l'ordre de grandeur des biens environnementaux intacts, ce qui pourrait aider à comprendre les ordres de grandeur des réductions de la valeur des services fournis par des biens environnementaux endommagés. De plus en plus de publications portent sur la transposition de ces estimations d'un endroit à un autre ou d'un type d'utilisation à un autre. Les méthodes à suivre pour ce faire sont dites de la « transposition de valeurs » et comportent la transposition directe d'une estimation économique précise (comme par exemple tant de $/jour) appelée « transposition de valeur unitaire ». On peut procéder à une transposition plus compliquée, appelée « transposition de fonction », en utilisant la fonction mathématique précise mise au point pour l'endroit ou l'étude d'origine. Dans l'étude A, par exemple, on a créé une équation qui a produit une estimation de bienfait (dommage) – en utilisant de l'information

précise disponible pour le site de l'étude B. Les valeurs des paramètres de l'équation en question au sujet du site B sont utilisées dans l'équation qui a servi à produire la nouvelle estimation.

Si l'on suppose qu'il y a un certain nombre de projets d'évaluation que l'appareil judiciaire peut analyser, il serait possible d'évaluer des dommages éventuels en fonction d'évaluations antérieures plus structurées des dommages. Il y a toutefois un problème majeur du fait qu'il n'y a pas de banque d'études spécifiquement canadiennes et que le Canada n'a pas effectué non plus suffisamment d'études pour qu'il vaille la peine d'en créer une. Ainsi, il faudrait peut-être se tourner vers des études réalisées ailleurs dans le monde afin d'en apprendre davantage au sujet de l'évaluation des dommages éventuels dans un contexte canadien. Par ailleurs, l'inventaire de référence des valorisations environnementales (IRVE)[5], base de données hébergée et administrée par Environnement Canada, contient une multitude d'évaluations environnementales. L'utilisation de cette banque de données dans le contexte d'un processus de « transposition des dommages » imiterait l'approche dite de la transposition des avantages.

PARTIE IV : ÉTUDE DE CAS – VALEURS D'USAGE ET DE NON-USAGE ASSOCIÉES À LA RIVIÈRE WILMOT, ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Comme nous l'avons signalé dans l'introduction du présent chapitre, une approche de l'évaluation environnementale pour quantifier le dommage n'a jamais été appliquée avec succès dans le contexte de la détermination de la peine au Canada. Cela ne veut toutefois pas dire qu'on n'a jamais essayé de suivre une telle approche. Dans cette partie, nous nous penchons sur une tentative de cette nature et déterminons ensuite le type d'élément de preuve qu'il aurait été possible de présenter.

R c George M Caseley & Sons Inc (2004)[6]

Les faits dans cette affaire sont relativement simples. L'accusé, producteur de pommes de terre, a plaidé coupable à l'infraction lui reprochant d'avoir laissé une substance nocive pénétrer dans des eaux fréquentées par du poisson, contrevenant ainsi au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*[7]. L'événement est survenu à la suite d'une pluie torrentielle ayant entraîné les eaux de ruissellement de deux de ses champs jusqu'à la rivière Wilmot. Il avait épandu dans ces champs, la veille, de l'azinphos-méthyl, produit antiparasitaire extrêmement

5. Voir [en ligne] <https://www.evri.ca/fr>.
6. 10 CELR (3d) 178, 241 Nfld & PEIR 194 [*Caseley & Sons*].
7. RSC 1985, c F-14.

toxique pour le poisson et la faune, qui a atteint la rivière Wilmot parce que l'accusé n'a pas aménagé une zone tampon suffisante[8]. Par la suite, au total 4 500 truites mortes ont été repêchées de la rivière Wilmot.

Dans ce qui semble constituer le seul cas déclaré de cette nature, la Couronne a convoqué des témoins afin de démontrer les « conséquences économiques globales de l'infraction » de la façon suivante :

> [TRADUCTION] Lisa DeBaie, employée par le gouvernement fédéral à Environnement Canada pour étudier l'incidence économique d'enjeux environnementaux, a produit une évaluation des dommages dans cette affaire. Le rapport de Mme DeBaie a été présenté en preuve au cours de l'audience portant sur la détermination de la peine et dans son témoignage, Mme DeBaie a déclaré que le coût du poisson nécessaire pour repeupler la rivière Wilmot s'établit à quelque 3 100 $. Il en coûte quelque 9 700 $ pour surveiller le rétablissement de la rivière, ce qui donne un total de 12 800 $. La fiabilité de ces chiffres n'est pas remise en question.
>
> Mme DeBaie a ensuite essayé de quantifier les pertes plus intangibles que les économistes estiment résulter de ce genre d'évènements. Mme DeBaie a assigné une valeur en dollars au temps passé par les bénévoles, bien qu'ils n'aient pas été payés. Elle a assigné une valeur en dollars au travail des employés du gouvernement, bien qu'aucun personnel supplémentaire n'ait été recruté à la suite de cette infraction. Elle a assigné une valeur en dollars à la jouissance à des fins sportives des pêcheurs individuels et l'a multipliée par le nombre estimé de pêcheurs qui auraient pu vouloir utiliser la rivière Wilmot, et elle a ensuite multiplié ce chiffre par le nombre de jours pendant lesquels ces pêcheurs auraient pu pêcher. Bien entendu, cette analyse assume qu'aucun de ces pêcheurs sportifs n'aurait décidé de pêcher ailleurs à l'Île-du-Prince-Édouard. Elle a calculé que la perte totale pourrait atteindre $286,300.
>
> Mme DeBaie a ensuite essayé de quantifier l'incidence économique globale totale des résidents, des Canadiens non-résidents en visite et des pêcheurs non Canadiens en visite qui ne pêchent pas à l'Île-du-Prince-Édouard et, dans le cas des non-résidents, ne se rendent semble-t-il même pas à l'Île-du-Prince-Édouard parce que la rivière Wilmot est fermée à la pêche sportive. Mme DeBaie calcule que l'incidence totale pourrait atteindre 690 000 $ par année pendant que la rivière demeure fermée[9].

La Cour a toutefois rejeté ce témoignage :

> La difficulté que le témoignage de Mme DeBaie pose à la Cour, c'est que la majeure partie de celui-ci ne repose pas sur des données empiriques. *Rien ne prouve le nombre de personnes qui ont pêché dans la rivière Wilmot en moyenne avant sa*

---

8. Les lecteurs seront peut-être intéressés de savoir qu'à la suite de cette affaire (2002), l'usage de l'azinphos-méthyl doit être supprimé graduellement. Voir *Document de décision de réévaluation*, RRD2004-05, Ottawa, ARLA, 2004, [en ligne] <http://publications.gc.ca/site/fra/9.626308/publication.html>.
9. *Caseley & Sons*, *supra* note 6, par 9-11.

> *fermeture. Rien ne prouve que même un seul pêcheur a cessé de pêcher dans l'est du comté de Prince à cause de la fermeture. Rien ne prouve que même un seul visiteur ne s'est pas rendu à l'Île-du-Prince-Édouard pour y pêcher à cause de la fermeture*. [nos italiques]
>
> Il se peut très bien que la province ait subi et continue de subir une perte économique à cause de la fermeture de la rivière Wilmot et de l'incidence que la fermeture a eue sur le tourisme environnemental en général à cause des eaux de ruissellement chargées de produits antiparasitaires et du poisson mort. *Sans élément de preuve reposant sur des données concrètes*, de l'avis de la Cour, il faut toutefois considérer la conclusion de Mme DeBaie comme une hypothèse […]
>
> Je conclus donc que les pertes démontrées dans cette affaire sont de 12 800 $ pour repeupler la rivière et en surveiller le rétablissement[10].

Quantification des dommages : réels et éventuels (spécifiques et généraux)

Dommages réels

L'affaire *Caseley & Sons* met en évidence l'importance de comprendre les conditions de référence avant les dommages, ainsi que de disposer de données sur les conditions qui ont suivi l'incident. En particulier, un analyste chargé d'évaluer les dommages voudrait disposer d'informations sur les niveaux d'usage ainsi que sur l'état des populations de poissons avant l'incident. S'il disposait de ces données initiales, les évaluations des niveaux d'usage à la suite du dommage lui permettraient de mieux comprendre les incidences des dommages sur l'usage de la pêche. En déterminant la réduction du nombre de sorties de pêche causée par la perte de la truite et en utilisant des estimations provenant d'autres pêcheries portant sur la valeur économique d'une sortie de pêche par la transposition de retombées (en utilisant peut-être les modèles de coûts de déplacement), l'analyste pourrait tout au moins établir des estimations *annuelles* de la perte économique. Bien entendu, la durée des dommages causés à la pêche et la rapidité avec laquelle les pêcheurs reviendraient aux niveaux antérieurs d'usage demeureraient une question ouverte mais importante à régler dans la détermination de l'estimation de l'ensemble des dommages au fil du temps[11]. Ces considérations temporelles obligent à reconnaître les efforts des pêcheurs ainsi qu'à connaître les éléments biologiques du rétablissement.

---

10. *Ibid.*, par 12-14.
11. Cette affaire consiste à déterminer la « perte intérimaire » qui comporterait la perte subie à compter de l'incident jusqu'à ce que l'endroit atteint se rétablisse complètement des dommages. Il en est discuté en profondeur dans CA Jones et KA Pease, « Restoration-based compensation measures in natural resource liability statutes » (1997) XV *Contemp Econ Policy* 111, p. 122.

Dans beaucoup de cas, il existe des données sur les niveaux d'usage qui ont été collectées pour d'autres raisons. Dans le cas des pêches, par exemple, on procède habituellement à des relevés périodiques des prises qui visent à en estimer les niveaux annuels. Ces relevés sont conçus et réalisés par des biologistes qui visitent des pêcheurs sur place et l'information collectée sert spécifiquement à des fins biologiques plutôt qu'à déterminer les niveaux d'usage et les valeurs économiques connexes. Cette situation malheureuse mais courante nécessite une intervention afin que les efforts de collecte de données, moyennant quelques modifications, soient conçus de manière à répondre à plusieurs objectifs, dont celui d'établir des estimations des niveaux d'usage et de réunir de l'information qui pourrait permettre d'élaborer des modèles de coûts de déplacement.

Outre ces adaptations à la collecte systématique de données biologiques, il est aussi possible d'adapter d'autres systèmes qui collectent des données dans le but principal de suivre les revenus des usagers pour les systèmes d'audit. Ces données portent notamment sur les enregistrements dans les parcs et les terrains de camping, ainsi que les permis de chasse et de pêche. Des recherches ont porté sur l'utilité de tels systèmes dans l'analyse des niveaux d'usage, la détermination de l'origine des visiteurs et l'estimation des coûts des déplacements qui ont un effet nul ou mineur sur les raisons d'être de ces systèmes[12]. Les organismes provinciaux et fédéraux n'ont toutefois pas répondu aux appels des chercheurs qui souhaitent que l'on adapte ces systèmes afin d'y intégrer des objectifs supplémentaires. Il est aussi difficile d'avoir accès à de telles données en vertu de la *Loi sur l'acc*ès à l'*information*.

Les commentaires ci-dessus portent sur les « valeurs d'usage » qui sont plus faciles à comprendre et à estimer lorsqu'on dispose de suffisamment de données. Cependant, lorsqu'il s'agit de déterminer les valeurs de non-usage associées à un incident qui cause des dommages, des défis importants se posent. Idéalement, une étude indépendante de ces valeurs s'imposerait mais serait difficile pour deux raisons. Tout d'abord, cette étude devrait être réalisée après l'incident et la connaissance de celui-ci pourrait avoir un effet sur les résultats de ces efforts. Une étude antérieure serait donc préférable, mais il est difficile de prévoir où il faudrait procéder à de telles études avant que les dommages ne surviennent. Deuxièmement, pour estimer des valeurs de non-usage, il faut

12. De telles recherches ont été effectuées en Alberta sur des zones de camping dans les contreforts des Rocheuses gérées par le gouvernement provincial (voir PC Boxall, BL McFarlane et M Gartrell, « An aggregate travel cost approach to valuing forest recreation at managed sites » (1996) 72:6 *Forestry Chronicle* 615, p. 621). Un rapport semblable présenté à Parcs Canada a signalé la possibilité d'utiliser un système d'enregistrement à des fins semblables (voir BF McFarlane, D Watson et PC Boxall, « Getting more from what we have : The case of backcountry permits » (2001) 9:3 *Research Links* 5, p7).

utiliser les méthodes des préférences avouées décrites à la partie III ci-dessus, exercice généralement coûteux[13].

Même si les organismes canadiens de gestion des ressources ont considérablement investi dans la collecte de données biologiques pertinentes pour la gestion de l'environnement, ils ont été réticents à investir autant dans des efforts de collecte de données qui pourraient produire des inventaires utiles de l'usage des ressources environnementales et de l'information servant à l'évaluation économique. Cette réticence existe malgré l'importance de cette information dans les analyses coûts-bénéfices portant sur des changements réglementaires et l'évaluation des atteintes et dommages causés à l'environnement. Nous (les auteurs du présent chapitre) sommes surpris par la multitude des demandes de propositions émanant d'organismes gouvernementaux afin de réunir des données sur l'usage et les valeurs, même si l'information en question n'existe tout simplement pas dans beaucoup de cas. Il serait préférable d'affecter les fonds consacrés à ces contrats à l'élaboration de systèmes de collecte de données et à la production d'estimations d'évaluations économiques empiriques.

Risques de dommages (spécifiques)

En rappel de la partie II, la recherche vise avant tout à déterminer si les dommages causés à l'environnement pourraient vraiment être plus importants (p. ex., les 4 500 truites mortes). Cette analyse sera contextuelle. Comme dans l'affaire *Terroco*[14], la nature du produit (en l'occurrence, un insecticide toxique que l'Agence fédérale de réglementation de la lutte antiparasitaire a décidé d'éliminer graduellement)[15], ainsi que la sensibilité de l'environnement récepteur, en l'occurrence la rivière Wilmot, seront particulièrement pertinentes.

Par exemple, la rivière Wilmot est aussi peuplée de saumons, du moins au stade juvénile, voire à peine[16]. Par conséquent, les dommages auraient pu être plus importants si l'événement s'était produit pendant la fraie du saumon ou la

---

13. On estime que l'évaluation de contingence réalisée pour calculer les dommages causés par le déversement d'hydrocarbures de l'Exxon Valdez en 1989 a coûté 3 millions de dollars. GC Harrison et JC Leahy (« Must Contingent Valuation Surveys Cost So Much ? » (1996) 31 *J Env Econ Mgmt* 79, p. 95) discutent de la question et proposent une méthode de remplacement moins coûteuse. Il faudrait reconnaître que le sondage a coûté cher parce que les résultats devaient servir dans le cadre d'un litige portant sur des évaluations estimatives de dommages. Les relevés des préférences avouées réalisés par Boxall et ses collaborateurs coûtent habituellement entre 120 000 $ et 150 000 $ chacun.
14. *R* c *Terroco Industries Ltd*, 2005, ABCA 141.
15. *Supra*, note 8, à la suite d'une étude, l'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire a conclu que l'usage de l'azinphos-méthyl et de ses produits connexes conformément au mode d'emploi indiqué sur l'étiquette entraîne un risque inacceptable pour la santé des travailleurs agricoles et toutes ses utilisations doivent être abandonnées. Des préoccupations environnementales ont également été identifiées.
16. Pêches et Océans Canada, État des stocks de saumon *Atlantique (Salmo Salar) dans la région du Golfe du MPO (zones de pêche du saumon 15 à 18)*, Secrétariat canadien de consultations scientifiques,

présence de saumoneaux. Afin de déterminer la probabilité de tels dommages (P), il faudrait savoir quand il y a fraie ou présence de saumoneaux en général et s'il aurait pu y avoir un chevauchement avec l'application du produit antiparasitaire dans le contexte de la culture de la pomme de terre. L'ordre de grandeur (M) du dommage éventuel pourrait reposer sur le nombre de saumoneaux que l'on s'attendrait à trouver dans la rivière Wilmot au cours de la période en question.

Une stratégie de transposition des dommages appliquerait des estimations découlant d'un déversement de polluants ailleurs au Canada (ou en Amérique du Nord ou même si possible ailleurs dans le monde) qui a eu un effet sur un site de pêche sportive et en appliquerait les constatations à la rivière Wilmot. Il serait manifestement préférable de trouver un cas où la pollution affecte la pêche afin de représenter le plus fidèlement possible la situation de la rivière Wilmot. Les leçons tirées de cas où les effets économiques de la pollution sont connus et évalués produiraient de l'information précieuse qui aiderait l'appareil judiciaire à mieux comprendre le risque possible de dommages.

Par ailleurs, l'évaluation environnementale pourrait donner à la Cour une idée générale de la valeur du saumon de l'Atlantique à laquelle « comparer » le risque de dommages. Par exemple, le simple fait d'évaluer la valeur marchande des poissons ayant péri dans l'affaire Wilmot produirait une composante quantifiable simple de l'effet global de l'événement polluant. D'autres valeurs attribuables au poisson en cause et à son usage seraient toutefois beaucoup plus importantes que cette valeur alimentaire sur le marché – une étude récente a permis d'estimer par exemple que « l'on associe au saumon sauvage une valeur de non-usage public de plus de 105 millions de dollars[17] ». La rivière Wilmot représenterait peut-être une faible fraction de cette valeur, mais elle fournirait néanmoins à la Cour un point de comparaison afin de quantifier cette composante du risque de dommages. Il faut aussi rappeler que le dommage qui peut être causé au saumon constitue un exemple seulement et une seule composante du risque potentiel de dommages[18].

Rapport de consultations scientifiques 2012/040, Ottawa, MPO, 2012, [en ligne] https://waves-vagues.dfo-mpo.gc.ca/Library/347519.pdf.

17. Gardner Pinfold, *Economic Value of Wild Atlantic Salmon*, Halifax, Fédération du saumon Atlantique, septembre 2011, [en ligne] <https://www.asf.ca/assets/files/gardner-pinfold-value-wild-salmon.pdf>.

18. Le cadre de services écosystémiques vise à révéler les nombreux autres avantages que des écosystèmes qui fonctionnent offrent à la société. Pour en savoir davantage sur la possibilité d'appliquer un cadre de services écosystémiques à la détermination de la peine, voir Martin Olszynski, « Environmental Damages after the Federal *Environmental Enforcement Act* : Bringing Ecosystem Services to Canadian Environmental Law ? » (2012) 50 : 1 *Osgoode Hall LJ* 129.

Risques de dommages (généraux)

Cette recherche porte avant tout sur la collectivité réglementée. Bien que cette notion puisse être définie au sens large comme l'ensemble des personnes ou entités assujetties à l'interdiction prévue au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches*, une catégorie plus utile pourrait être celle de tous les agriculteurs de l'Île-du-Prince-Édouard qui épandent des produits antiparasitaires sur leurs cultures ou peut-être tous ces agriculteurs dans les Maritimes. Énoncé ainsi, le risque de dommage général pourrait être fonction du nombre d'agriculteurs et du volume de produits antiparasitaires qu'ils utilisent chaque année. Même s'il serait peu probable que tous ces agriculteurs ne tiennent pas compte des zones tampons appropriées, il semble que des pertes de poisson comme celles-ci ne soient pas rares en réalité à l'Île-du-Prince-Édouard. Selon une source découverte par les auteurs, il y a eu une cinquantaine de ces pertes de poisson à l'Île-du-Prince-Édouard au cours des 50 dernières années, soit une par année[19].

Ici encore, comme il n'y a pas de base de données sur la transposition des dommages, une évaluation environnementale pourrait donner à la Cour une idée de la valeur du bien environnemental ou écosystémique en jeu à laquelle on pourrait comparer le risque. Si l'on revient à l'exemple du saumon de l'Atlantique, même si le risque général de dommages était réputé constituer une fraction seulement d'un pourcentage de la population de saumon de l'Atlantique (p. ex., 0,1 %), cela représente quand même une valeur de non-usage de 105 000 $.

Cette étude de cas indique clairement que l'analyse du risque de dommages, qu'ils soient spécifiques ou généraux, n'est pas limitée de la même manière que l'analyse d'évaluation des dommages réels, c'est-à-dire par le besoin d'information de référence *avant l'incident*. L'évaluation du « risque de dommage » est hypothétique et, dans le contexte du risque général en particulier, elle est susceptible de tenir compte d'un niveau de dommage beaucoup plus élevé que l'infraction en cause, ce qui fait qu'il n'est pas probable que ce niveau de dommage ait un effet sur les résultats du premier. En termes simples, l'absence de niveau de référence ne semblerait pas aussi problématique pour cet exercice que dans le cas des dommages réels. Lorsque la Couronne juge que c'est suffisamment important, elle pourrait donc décider de procéder à une étude d'évaluation après l'infraction afin d'éclairer l'analyse du risque général de dommage.

---

19. *A Compiled History of PEI Fish kills 1962-2011*, Belfast, PE, Macphail Woods Ecological Forestry Project, 14 février 2013, [en ligne] <http://www.macphailwoods.org/wp-content/uploads/2013/02/History-of-Fish-Kills-PEI-.pdf>.

PARTIE V : PERSPECTIVES DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DANS LA DÉTERMINATION DE LA PEINE ENVIRONNEMENTALE

Il y a maintenant une décennie que la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Canfor* et presque cinq ans se sont écoulés depuis l'adoption de la *Loi sur le contrôle d'application des lois environnementales*, mais il n'y a pas encore une seule décision judiciaire – que ce soit au civil ou dans le contexte réglementaire – qui a sérieusement tenu compte de la perte de valeur d'usage et de non-usage dans le contexte des dommages environnementaux.

Il est clair que pour avancer davantage dans ce domaine, ce que les auteurs jugent nécessaire pour que tous les dommages causés à l'environnement soient pris en compte, il faudra énormément de travail et d'effort de la part des chercheurs, des organismes gouvernementaux et des procureurs de la Couronne. L'information nécessaire pour l'évaluation économique peut uniquement provenir de banques de données suffisantes qui n'existent pas actuellement. Il faudra produire ces données en lançant de nouvelles initiatives de collecte de données, ainsi qu'en adaptant les systèmes de collecte existants. Étant donné qu'il faudra du personnel formé pour analyser et interpréter ces nouvelles données, les organismes de réglementation devront recruter des experts en plus de leur personnel spécialisé en environnement ayant reçu une formation traditionnelle.

Si les organismes finissent par étendre leur savoir-faire dans ce domaine, l'appareil judiciaire du Canada devra aussi redoubler d'efforts lorsque viendra le moment de tenir compte de ces éléments de preuve, même si le bilan qu'il affiche lorsqu'il s'agit de comprendre des éléments de preuve scientifiques complexes indique qu'il est entièrement à la hauteur de la tâche. En attendant, il est évident que les juges canadiens devront continuer de demander à la Couronne de réunir et de soumettre des témoignages d'experts nécessaires, comme cela s'est fait dans les affaires *R* c *United Keno Hill Mines*[20], *R* c *Carriere*[21] et de nombreux autres cas, même si un virage vers la quantification économique est en cours.

20. [1980] 1 YJ 299 (CTerr), par 16.
21. 2005 SKPC 84, 272 Sask R 13, par 27.

Quatrième partie

LES QUESTIONS DE PREUVE DANS LES POURSUITES ET LES PROCÈS EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Chapitre 36

La preuve du lien de causalité : la certitude scientifique et le fardeau de preuve juridique

Danielle Meuleman[1]

Tout comme la science, le droit n'évolue pas dans l'absolu. Dans le monde juridique, la notion de preuve renvoie à des normes (« au-delà du doute raisonnable », « prépondérance des probabilités ») et des tests de lien de causalité (« facteur déterminant », « contribution appréciable »). En revanche, les scientifiques utilisent des termes comme « méthode scientifique », « coefficient d'incertitude » et « association ». Fondamentalement, le droit et la science reposent tous deux sur la notion de preuve et finissent par aboutir à des conclusions en dépit d'un niveau d'incertitude. Ce chapitre aborde le monde particulier du droit environnemental, où la science est souvent mise à l'avant-plan.

La plupart des régimes législatifs environnementaux interdisent le rejet des substances susceptibles de nuire à l'environnement ou à la santé humaine[2]. La définition de « substance » (aussi appelée « contaminant », « polluant » et « matière ») est nécessairement très large et elle englobe habituellement les éléments solides, liquides et gazeux, les odeurs, la chaleur, les sons, les

1. Avocate de la Couronne, ministère du Procureur général de l'Ontario, Environnement et Action en matière de changement climatique, Direction des services juridiques – Les opinions exprimées dans ce chapitre constituent celles de l'auteure. Elles ne représentent pas celles de la province de l'Ontario, du ministère du Procureur général ni du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique.
2. *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, LRO 1990, c E.19, art 14. (J'utiliserai l'Ontario comme exemple de base tout au long de ce chapitre, mais chaque province s'est dotée d'une loi similaire.)

vibrations, etc. Par conséquent, la preuve d'une contravention à cette interdiction tourne rarement autour de la nature de la substance rejetée dans l'environnement. Souvent, le débat se concentre plutôt sur la preuve que la substance a *causé* un effet nocif interdit, c'est-à-dire une « conséquence préjudiciable ».

DOIT-ON TOUJOURS RECOURIR À DES EXPERTS AFIN DE PROUVER LE LIEN DE CAUSALITÉ ?

Jetons tout d'abord un coup d'œil à la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. On y trouve l'une des définitions les plus larges de la notion de conséquence préjudiciable au Canada. Une conséquence préjudiciable se définit par l'un ou plusieurs de ces éléments :

a) la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait ;
b) le tort ou les dommages causés à des biens, des végétaux ou des animaux ;
c) la nuisance ou les malaises sensibles causés à quiconque ;
d) l'altération de la santé de quiconque ;
e) l'atteinte à la sécurité de quiconque ;
f) le fait de rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains ;
g) la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien ;
h) le fait d'entraver la marche normale des affaires[3].

En gardant cette définition en tête, on peut constater que parfois, la preuve du lien de causalité est simple et qu'elle ne requiert rien de plus qu'une dose de bon sens. Dans une récente affaire de la Cour suprême du Canada, *Dynamitage Castonguay Ltée* c *Ontario (Environnement)*[4], on reprochait à l'intimé de ne pas avoir avisé le ministère compétent lorsque l'intimé a rejeté un contaminant dans l'environnement naturel, ce qui a entraîné ou a probablement entraîné une conséquence préjudiciable[5]. Les faits de cette affaire sont simples : le ministère des Transports a octroyé à l'intimé un contrat de dynamitage d'une paroi rocheuse adjacente à une autoroute faisant l'objet de travaux d'élargissement. Au cours d'une opération de dynamitage, la force d'une explosion a propulsé des éclats de roc sur un terrain avoisinant de la zone de contrôle, causant ainsi des dommages à une résidence et à un véhicule

3. *Loi sur la protection de l'environnement*, art 1(1), « conséquence préjudiciable ».
4. *Dynamitage Castonguay Blasting Ltée* c *Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52, [2013] 3 RCS 323 [*Castonguay*].
5. En contravention à l'article 15(1) de la *Loi sur la protection de l'environnement*.

stationné dans l'entrée. Heureusement, personne n'a été blessé. Il n'a pas été nécessaire de faire appel à un expert afin de prouver la nature du contaminant (les éclats de roc étaient solides), les conséquences préjudiciables (dommage matériel, atteinte à la sécurité de toute personne) et le lien de causalité entre les deux (les éclats de roc projetés dans les airs ont endommagé l'habitation et le véhicule). Lorsque des caractéristiques concourent de toute évidence vers une conclusion en particulier, si simple soit-elle, les tribunaux auront tendance à l'adopter – sans recourir à un expert.

Certes, toutes les affaires environnementales ne sont pas si limpides, et le lien de causalité est plus ardu à démontrer. Prenons l'exemple d'une personne qui décèle une odeur de produit chimique en marchant sur le trottoir. Elle ressent alors de l'irritation dans ses yeux, suivie d'une nausée ou d'une toux. Elle se précipite dans sa voiture en baissant la tête, et elle revient à son état normal après une dizaine de minutes. Tandis qu'elle attend dans sa voiture, elle signale l'incident au bureau local du ministère de l'Environnement. Un agent du ministère de l'Environnement détermine qu'un fabricant de baignoires et douches de la région a signalé une perturbation dans ses opérations ce même après-midi, ce qui a causé le rejet d'un excédent de styrène (un composé organique aromatique). On sait que son inhalation peut causer l'irritation des yeux ainsi que des voies nasales et buccales. L'entreprise a indiqué que le rejet était négligeable, et que ses employés n'avaient pas observé d'effet à l'extérieur de l'usine. L'ensemble de la preuve semble indiquer que le rejet de styrène constitue la cause des symptômes éprouvés par le passant. Il pourrait aussi y avoir une autre explication. Peut-être que la personne se promenait dans un quartier où ont lieu de nombreuses activités industrielles, et que l'une d'entre elles a causé les symptômes. La personne est peut-être entrée en contact avec du pollen d'herbe à poux en suspension, ce qui a déclenché une réaction allergique, ou peut-être s'agit-il simplement de symptômes du rhume. Tout d'un coup, cette affaire ne semble pas aussi simple qu'on le croyait. On aura peut-être recours à des experts qui témoigneront sur la direction du vent et sur des modèles de dispersion atmosphériques, et à un médecin qui évaluera la cause des symptômes, sans parler de la défense basée sur la diligence raisonnable de l'entreprise.

Les gouvernements reconnaissent souvent qu'il est difficile de prouver le lien de causalité avec un degré suffisant de certitude scientifique en contexte environnemental. Il leur arrivera donc de rechercher des preuves du lien de causalité. Par exemple, la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* interdit le rejet, dans un cours d'eau ou à proximité de celui-ci, de toute matière susceptible de dégrader la qualité de l'eau[6]. Or, il est beaucoup plus facile de remplir le fardeau

6. *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, LRO 1990, c O.40, art 30(1).

de preuve d'une « dégradation » en vertu de cette loi, car elle prévoit que « l'eau est réputée dégradée » lorsque l'un ou l'autre de ses critères s'applique. Ces critères comptent notamment : le fait qu'une matière puisse dégrader l'apparence, le goût ou l'odeur de l'eau ; le fait qu'une analyse scientifique généralement acceptée sur la toxicité de l'eau révèle le caractère toxique d'une matière ; le fait qu'une publication scientifique révisée par des pairs indique que la matière nuit à des organismes qui dépendent des écosystèmes aquatiques[7]. La Couronne devra tout de même prouver que la matière peut « causer » cette dégradation. Il se peut également qu'on doive faire appel à un expert afin d'établir que la quantité de matière dépassait les limites de toxicité prescrites ou pour expliquer l'étude révisée par des pairs, mais dans son ensemble, ce processus demeure moins fastidieux que celui de prouver la dégradation *in situ*.

LA PREUVE D'UN ÉLÉMENT SUBJECTIF

En regardant de nouveau la définition de conséquence préjudiciable dans la *Loi sur la protection de l'environnement*, on voit que les deux derniers critères sont « la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien » et « le fait d'entraver la marche normale des affaires ». Il s'agit là de critères subjectifs. Est-ce que l'incident dans l'affaire *Castonguay* a empêché le résident avoisinant de jouir de son barbecue à l'extérieur en raison des morceaux de roc qui volaient dans les airs ? L'événement des éclats de roc n'a probablement duré que quelques instants ; est-ce là une atteinte au droit d'autrui de jouir de son bien qui mérite sanction ? Peut-être est-il facile de répondre à cette question, mais qu'en est-il des répercussions liées à des odeurs persistantes ? Bien que plusieurs odeurs ne nuisent pas à la santé comme telle (p. ex., celles d'une usine de compostage ou d'équarrissage), elles peuvent néanmoins s'avérer très désagréables. Qui voudrait faire un barbecue avec des amis en plein milieu du mois de juillet en étant aux prises avec l'odeur persistante de déchets en décomposition à proximité ? Souvent, les agents du ministère de l'Environnement « quantifieront » et détermineront « objectivement » l'odeur (en l'évaluant comme la pire odeur qu'ils n'ont jamais sentie, avec une intensité de neuf sur dix, comme une odeur qui les empêcherait de passer du temps à l'extérieur en attendant qu'elle se dissipe, etc.). Des témoins ordinaires pourraient aussi témoigner de leur expérience personnelle avec cette odeur. En pareils cas, on peut souvent se passer d'experts, mais il n'y a pas de doute que chacun évalue ces questions selon des critères subjectifs.

7. *Ibid.*, art 1(3).

LA PREUVE DE LA CAUSE EXACTE D'UN REJET DE CONTAMINANT DÉCOULANT D'UNE DÉFAILLANCE

Les exploitations industrielles, par leur nature, rejettent des substances dans l'environnement, et parfois, les choses tournent mal. Devons-nous comprendre précisément ce qui s'est passé afin de prouver que l'entreprise A était la source du rejet du polluant X dans la rivière qui se trouve à proximité, ce qui a causé la mort de poissons ? Non : il n'est pas toujours nécessaire de connaître la cause exacte de l'incident pour que la Couronne soit en mesure de prouver l'*actus reus* ; toutefois, il est normal que l'intimé désire ou ait besoin de comprendre précisément ce qui s'est passé afin de démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable. La Cour d'appel a rendu en 2003 un arrêt phare en la matière, dans *R* c *Petro-Canada*[8]. Les faits de l'*actus reus* dans cette affaire sont simples (un déversement d'essence provenant d'une conduite dans les installations de Petro-Canada), mais ni les autorités ni l'intimé ne connaissaient la cause de la défaillance de la conduite. La Cour a déclaré que la Couronne n'avait pas à démontrer la cause exacte de la défaillance pour établir la preuve de l'infraction *et* que l'intimé n'avait pas non plus cette obligation pour présenter une défense de diligence raisonnable. Toutefois, la Cour a bien reconnu qu'il serait plus facile d'établir la diligence raisonnable si l'on connaissait la cause exacte de la défaillance :

> [TRADUCTION] Pour ces raisons, je ne crois pas que la loi oblige l'accusé à prouver précisément comment le déversement s'est produit (en l'espèce, la cause exacte de la défaillance de la conduite) afin de soulever la défense de diligence raisonnable. D'un autre côté, dans une situation où l'accusé est en mesure de le faire, il est susceptible de restreindre l'éventail de mesures préventives qu'il doit démontrer afin d'établir qu'il a agi avec une diligence raisonnable. Cependant, un accusé qui n'est pas en mesure de démontrer la cause exacte de la défaillance, comme c'est le cas en l'espèce, peut quand même invoquer la défense de diligence raisonnable. Cela dit, il faut souligner qu'un accusé qui tente d'invoquer cette défense en pareilles circonstances devra démontrer qu'il a agi avec une diligence raisonnable pour prévenir *toutes* les causes prévisibles[9]. [nos italiques]

L'arrêt *R* c *Zellstoff Celgar Limited Partnership*[10] de la Colombie-Britannique a repris la règle établie dans l'affaire *Petro-Canada*. Dans cette affaire, une usine de pâte à papier était accusée de plusieurs infractions de rejet de liqueur noire dans le fleuve Columbia, notamment en vertu du paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* (interdisant le rejet de substances nocives dans des

8. [2003] OJ No 216 [*Petro-Canada*].
9. *Petro-Canada*, par 20.
10. 2012 BCPC 38 [*Zellstoff Celgar*].

eaux où vivent des poissons)[11]. Il y avait deux théories à ce sujet : la Couronne prétendait que le contaminant était du savon de liqueur noire et l'intimé a présenté une preuve selon laquelle il s'agissait de liqueur noire diluée (chose intéressante, il appert de la décision que les parties n'ont pas fait témoigner d'expert à ce sujet, leur preuve provenant des observations des employés de Zellstoff Celgar). À la fin de la décision, la Cour semble pencher pour la thèse du savon de liqueur noire, mais quoi qu'il en soit, cette question n'a pas vraiment d'importance en ce qui concerne la preuve de l'*actus reus* : peu importe le dérivé de liqueur noire dont il s'agit, il s'est avéré nocif pour les poissons. Lorsqu'elle a examiné la défense de diligence raisonnable, la Cour a estimé que l'intimé a probablement été diligent si le contaminant était de la liqueur noire diluée, mais qu'il n'a pas prouvé l'avoir été si la substance était du savon de liqueur noire.

> [TRADUCTION] Avec la preuve dont je dispose, je ne peux pas conclure que la seule cause probable de ces infractions repose sur l'état de santé du [système de traitement des effluents]. Selon moi, la preuve indique clairement que la cause des infractions est liée au défaut de Celgar de suivre ses propres procédures liées à un déversement de savon. *Étant donné que je ne peux considérer que Celgar a prouvé la cause de l'infraction en question, il s'ensuit que Celgar doit démontrer qu'elle a agi avec diligence raisonnable afin de prévenir l'ensemble des causes prévisibles.* Comme il est évidemment prévisible que le rejet d'un faible savon de liqueur noire dans le système de traitement des affluents entraînerait une défaillance, je ne peux conclure que Celgar a rempli ses obligations et qu'elle a prouvé qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables afin de prévenir ces infractions[12]. [nos italiques]

CONTESTER UNE LOI EN VIGUEUR

Jusqu'ici, l'analyse s'est concentrée sur l'obligation des autorités de prouver le dommage afin d'établir la preuve d'une infraction en vertu de la législation environnementale. Changeons alors de perspective en vue d'examiner la situation où quelqu'un désire contester une loi environnementale pour le motif qu'elle ne correspond pas à l'état actuel de la science, et que ce faisant, elle ne protège pas suffisamment l'environnement ou la santé du public. La législation environnementale ne vise pas généralement à éliminer tous les rejets de substances dans l'environnement ; elle a plutôt pour but de les baliser afin de garantir qu'un rejet, lorsqu'il est autorisé, ne nuira pas à l'environnement. Ceci peut être accompli par la législation (une règle qui limite la quantité ou la concentration de substance qu'on peut rejeter) ou au moyen d'un instrument plus adapté, comme une autorisation relative à un site précis qui tient compte

11. *Loi sur les pêches*, LRC 1996, c F-14.
12. *Zellstoff Celgar*, par 56.

de tous les rejets probables d'une usine en particulier[13]. Selon moi, nous devrions commencer par la proposition que la législation et les directives réglementaires reflètent l'état actuel de la science. En Ontario, tous les ministères ont dû adopter une *Déclaration sur les valeurs environnementales* dans laquelle ils expriment leur engagement envers l'environnement et leur devoir de tenir compte de l'environnement dans leurs décisions. La *Déclaration sur les valeurs environnementales* du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique stipule que le ministère fait preuve de prudence et tient compte de considérations scientifiques au moment de prendre des décisions pour protéger la santé de la population et l'environnement[14].

Les tribunaux administratifs ont été saisis d'une série d'appels d'autorisations d'énergie renouvelable accordées à des parcs éoliens en Ontario[15]. La plupart des appels provenaient de résidents qui craignaient que les limites sonores et les marges de reculement de propriétés relatives aux éoliennes établies par la réglementation ne protègent pas adéquatement la santé humaine. Ces appelants ont aussi tenté de contester ces autorisations pour le motif qu'elles portaient atteinte au droit à la sécurité de leur personne en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans la récente décision *Dixon* c *Ontario*, la Cour divisionnaire de l'Ontario (siégeant sur l'appel de trois autres décisions semblables du Tribunal de l'environnement) a confirmé qu'il incombait aux appelants de prouver le préjudice allégué, même lorsqu'ils prétendaient que la science ignore complètement ce qui est sécuritaire :

> [TRADUCTION] **66** Ceci nous amène au cœur des sept prétentions des appelants. Selon eux, à la différence des situations comportant une certitude scientifique entourant les effets du rejet d'un contaminant comme le mercure, nous traitons avec l'inconnu lorsqu'on parle des effets du bruit et des vibrations provenant de parcs éoliens commerciaux. *L'incertitude liée à l'état des connaissances scientifiques au sujet des effets sur la santé humaine des parcs éoliens commerciaux, selon les appelants, alimente considérablement l'analyse qui consiste à savoir si les tests des articles 142.1(3) et 145.2.1(2) de la Loi sur la protection de l'environnement respectent la Charte.* Ceci mène alors à la question de savoir si le test prévu par la loi s'est écarté significativement du consensus scientifique relatif aux effets des parcs éoliens sur la santé humaine […]

13. Par exemple, voir l'art 9 de la *Loi sur la protection de l'environnement*.
14. Pour l'ensemble des *Déclarations sur les valeurs environnementales* de l'Ontario, voir le Registre environnemental, [en ligne] <https://www.ebr.gov.on.ca/ERS-WEB-External/content/sev.jsp?pageName=sevList&subPageName=10001>.
15. Les autorisations de projet d'énergie renouvelable sont délivrées en vertu de l'art 47 de la *Loi sur la protection de l'environnement*; les tiers peuvent appeler de ces autorisations devant le Tribunal de l'environnement, en vertu de l'art 142.1 de cette même loi.

> [TRADUCTION] **75** Lors d'appels similaires, notre cour ne peut qu'examiner des questions d'erreur de droit ; nous ne pouvons pas mesurer ou évaluer de nouveau la preuve soumise aux tribunaux de première instance ni leurs conclusions sur les faits. Notre objectif, en décrivant la preuve d'expert soumise aux tribunaux de première instance concernant la question des effets des éoliennes sur la santé humaine, est précis : *il s'agit de déterminer que les tribunaux de première instance n'avaient pas en main la preuve d'expert qui remettait sérieusement en question le principe de base du régime réglementaire relatif aux projets d'énergie renouvelable en vertu de la Loi sur la protection de l'environnement,* à savoir que les éoliennes qui se trouvent à 550 mètres d'une habitation et dont le niveau d'émissions sonores ne dépasse pas 40 décibels à la vitesse de vent donnée la moins élevée ne causent pas de préjudice grave à la santé humaine selon les connaissances scientifiques actuelles[16]. [nos italiques]

En tentant de prouver un préjudice à la santé humaine, des individus de l'Ontario qui vivent à proximité de parcs éoliens en marche ont témoigné à chacune des trois instances. Toutes ces personnes croyaient que les éoliennes à proximité de leur maison leur causaient une série de symptômes (insomnie, maux de tête, palpitations cardiaques et autres) ; toutefois, aucune de ces prétentions n'était appuyée par une preuve d'expert médicale ou épidémiologique. En fin de compte, toutes les décisions de première instance ont conclu que les témoignages des témoins ordinaires, quoique sincères, ne suffisaient pas à prouver que les éoliennes étaient la cause de ces problèmes de santé.

Qu'arrive-t-il si un appelant ou un requérant qui conteste une loi environnementale amène une preuve d'expert crédible ? Dans *Millership* c *Kamloops (Ville)*[17], l'appelant prétendait que l'ajout de fluorure au système d'aqueduc public par l'administration municipale lui a causé un préjudice (une fluorose dentaire pendant son adolescence). M. Millership a présenté une preuve provenant de plusieurs experts au soutien de son argumentation, comme la déclaration d'un médecin selon laquelle la fluoration est inefficace et dangereuse pour la santé des consommateurs[18]. De son côté, la ville de Kamloops a déposé une preuve d'expert à l'effet contraire, selon laquelle la fluoration était sécuritaire et bénéfique pour le public. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décrit le débat de cette affaire en ces termes :

> [TRADUCTION] Dans cette affaire, les deux parties ont déposé une preuve volumineuse sur les risques et les avantages liés à la fluoruration de l'eau des réseaux d'aqueducs publics. *Il existe un différend entre les parties, à savoir si la fluoruration*

16. *Dixon* c *Ontario (Directeur, ministère de l'Environnement)*, 2014 ONSC 7404, par 66 à 75 [*Dixon*] – Demande de pourvoi devant la Cour d'appel de l'Ontario déposée en janvier 2015.
17. 2003 BCSC 82, aff'd 2004 BCCA 9 [*Millership*].
18. *Ibid.*, par 70.

> *de l'eau comporte des avantages de quelque sorte que ce soit ou des avantages négligeables au point de vue clinique*, ou si elle présente un risque, comme la fluorose des os, l'ostéoporose, des fractures des hanches et le cancer[19]. [nos italiques]

La Cour, dans *Millership*, résume bien la question en affirmant que le besoin d'une preuve d'expert apparaît clairement dans cette affaire[20].

19. *Ibid.*, par 63.
20. *Ibid.*, par 64.

Chapitre 37

Les experts dans les litiges environnementaux

Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava

Les avocats en droit de l'environnement se trouvent entraînés dans un monde de différends où se croisent la science, l'ingénierie et leur profession. Ces différends mènent à des recours environnementaux. Les avocats en droit environnemental engagent des experts en litige. Ceux-ci aident à déchiffrer, à éclaircir et à renseigner lorsque des questions techniques et juridiques s'entremêlent. Les avocats se fient aux experts pour leurs compétences.

Les avocats en droit de l'environnement dépendent des experts tout au long de l'instance. Les experts apportent des réponses aux questions techniques de tous les jours. Ils expriment des opinions, rédigent des rapports et livrent parfois des témoignages. Les plaideurs en droit de l'environnement savent que, dans une poursuite en dommages, un bon expert est une excellente carte à avoir dans son jeu, que l'on soit d'un bord ou de l'autre.

À l'instar d'autres éléments de preuve, le témoignage et le rapport d'expert doivent faire l'objet d'un examen rigoureux par l'avocat. Le praticien ne peut se contenter d'étudier avec soin la preuve communiquée par la partie adverse : il doit faire de même avec celle de son propre expert. Les avocats en droit de l'environnement doivent se dépêtrer dans l'information de nature scientifique pour déposer en preuve des études sérieuses, et non des études peu fiables.

Ce chapitre offre un aperçu de ce dont les avocats en droit de l'environnement doivent tenir compte lorsqu'ils engagent un expert en environnement dans un dossier. Nous passerons en revue les exigences des *Règles de procédure*

civile de l'Ontario[1] et du *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario[2]. Nous traiterons de ce que les avocats doivent savoir quand ils cherchent et engagent des experts, et quand ils déposent des documents rédigés par un expert. Nous examinerons ce à quoi les tribunaux canadiens s'attendent de la relation entre un avocat et un expert, en plus de différents scénarios de production d'une preuve d'expert. Finalement, nous ferons le tour du droit en vigueur concernant l'admissibilité d'une preuve d'expert, y compris la manière d'établir et de maintenir la crédibilité d'un expert avant et pendant le procès.

AVANT LE PROCÈS

Le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario

Le *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario prévoit qu'un avocat doit agir avec les compétences nécessaires[3]. Un avocat compétent est évalué en fonction de ses connaissances, de ses habiletés et de ses attributs[4]. Un commentaire à la règle 3.1-2 décrit comment un avocat compétent doit faire appel à un expert :

> L'avocat devrait également reconnaitre que, pour avoir les compétences nécessaires à une tâche en particulier, il devra peut-être demander conseil à des experts dans le domaine scientifique, comptable ou autre domaine non juridique, ou collaborer avec de tels experts. De plus, il ne doit pas hésiter à demander au client la permission de consulter des experts lorsque cela est approprié[5].

MANDATER UN EXPERT

Choisir le bon expert est crucial pour un avocat en droit environnemental, et il en est souvent de même pour le dossier. L'expert doit détenir les compétences et l'expérience dans le domaine général et particulier relatif à la question sur laquelle il se prononcera.

---

1. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [*Règles*].
2. Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie*, Modifications basées sur le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes, Toronto, Barreau de l'Ontario, octobre 2014 [*Code de déontologie*].
3. *Ibid.*, règle 3.1-2.
4. *Ibid.*, commentaire à la règle 3.1-2
5. *Ibid.*

Qui peut être un expert ?

Déterminer qui est un expert aux yeux du tribunal est crucial, compte tenu de la différence entre le rôle d'un témoin ordinaire et d'un témoin expert à un procès. Comme les auteurs de *The Law of Evidence in Canada* l'énoncent :

> [TRADUCTION] La règle générale prévoit qu'un témoin doit s'abstenir d'exprimer une opinion : il doit se limiter à rapporter les faits dont il a connaissance, qu'il a personnellement observés ou qui relèvent de son expérience. Il revient au juge des faits de tirer des conclusions à partir des faits mis en preuve. Seul le témoin expert compétent peut soumettre au juge des faits des conclusions toutes faites qu'un jury n'est pas en mesure de tirer par lui-même en raison de la nature technique de la question[6].

Définir qui peut remplir le rôle d'expert pour témoigner à un procès n'est pas une tâche facile. Les *Règles de procédure civile*[7] et la *Loi sur la preuve*[8] de l'Ontario ne contiennent pas de définition du témoin expert. La common law a largement défini un témoin expert compétent comme « un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à de l'expérience ou des études relatives aux questions visées dans son témoignage[9] ».

De plus, les tribunaux font la distinction entre des experts engagés avant l'instance et ceux engagés uniquement aux fins du procès. Dans l'affaire *Continental* c *J.J.'s Hospitality*, la Cour supérieure de l'Ontario a déclaré que la règle 53.03 ne s'appliquait pas aux experts engagés avant l'instance[10]. En l'espèce, l'intimé avait mandaté un consultant dans le cadre de travaux de réparation d'un toit. Durant les travaux, le toit s'est mis à couler. Le consultant a procédé à une inspection, puis a recommandé à l'intimé d'engager un autre couvreur pour terminer les travaux de réparation. Le tribunal a conclu que le consultant ne pouvait être considéré comme un témoin expert en vertu de la règle 53.03, car on n'avait pas retenu ses services uniquement afin de livrer un témoignage d'expert[11]. La Cour lui a toutefois permis de témoigner sur les faits puis de fournir son opinion au procès[12].

---

6. Alan W Bryant, Sidney N Lederman et Michelle K Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 3e éd, Markham, LexisNexis Canada, 2009, p. 771.
7. *Règles*, *supra* note 1.
8. *Loi sur la preuve*, LRO, 1990, c E-23, art 12.
9. *R* c *Mohan*, [1994] 2 RCS 9, par 31 [*Mohan*].
10. *Continental* c *JJ's Hospitality*, 2012 ONSC 1751, par 40 à 43 [*Continental*].
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*, par 42.

Comment trouver un expert ?

Lorsqu'ils ont besoin d'un expert, la plupart des avocats en droit de l'environnement se reportent à la courte liste d'experts qu'ils ont développée au cours de leurs années de pratique. Cela ne veut pas dire, toutefois, que l'expert dont l'avocat a besoin se trouve dans sa liste. Alors, que se passe-t-il lorsqu'un avocat chevronné ou sans expérience en droit de l'environnement a besoin d'un expert qui ne se trouve pas dans sa courte liste ?

Un moyen efficace de trouver un expert est de s'en faire conseiller un par des confrères. Il s'agit d'une pratique courante chez les avocats, particulièrement chez les collègues d'un même cabinet. Les avocats arrivent ainsi à connaître le domaine de compétence de ces experts, leurs habitudes et leur barème tarifaire. Ce procédé ne permettra pas toujours de trouver l'expert idéal, mais il s'agit d'un bon moyen pour mettre l'avocat sur la bonne piste. Parfois, le praticien ne connaîtra même pas le type d'expert dont il ou elle a besoin avant de consulter des confrères du même domaine ou d'un champ similaire.

Les répertoires en ligne offrent un autre moyen utile de trouver des experts. Ils ne sont toutefois pas toujours fiables, alors la prudence est de mise. L'avocat en droit de l'environnement doit faire preuve de la diligence appropriée afin de choisir le bon expert qui lui fournira l'opinion dont il a besoin. Des répertoires gratuits, comme *ExpertLaw*[13] et *Expert Pages*[14] renvoient à des experts des États-Unis en immobilier, en ingénierie et en sciences. Des associations de juristes, comme l'Ontario Trial Lawyers Association, offrent aussi des répertoires à leurs membres. D'autres bases de données juridiques, comme *Westlaw Canada* et *LexisNexis*, offrent des répertoires d'experts moyennant un prix. Le *Blue Book* de l'Université de Toronto[15] renferme plus de 1 500 experts universitaires dans un large éventail de domaines. L'Université Ryerson offre un répertoire semblable pour son corps professoral[16].

L'avocat qui trouve le bon expert, avec les compétences, les habiletés et l'expérience qui conviennent, peut faire changer l'issue d'un procès en sa faveur. Plusieurs procès environnementaux en viennent donc à une bataille entre experts. Ce n'est pas nécessairement l'expert qui a raison qui aidera à obtenir gain de cause, mais plutôt celui qui avance les explications les plus plausibles et qui jette un doute sur les théories de l'autre expert. L'avocat en droit de l'environnement doit consacrer du temps et des efforts considérables pour chercher,

---

13. *Expert Law*, [en ligne] <http://www.expertlaw.com>.
14. *Expert Pages*, [en ligne] <http://www.expertpages.com>.
15. Université de Toronto, « Blue Book », [en ligne] <http://www.bluebook.utoronto.ca>.
16. Université Ryerson, « Faculty Experts », [en ligne] <http://ryerson.ca/news/media/facultyexperts/index.html>.

engager et mandater la bonne personne. Celle-ci doit bien s'exprimer, avoir confiance en elle, savoir écrire convenablement, être éloquente et disponible.

Comment retenir les services d'un expert ?

Les avocats en droit de l'environnement ne doivent pas négliger l'importance d'une lettre de mandat claire et directe. Elle définira la relation entre l'avocat et son expert. Les praticiens doivent garder en tête que l'expert devra divulguer le contenu de la lettre de mandat s'il témoigne au procès[17]. Ils doivent fournir suffisamment de renseignements adéquats à l'expert afin de lui permettre de faire son travail, tout en veillant à ne pas le submerger d'information superflue. Au minimum, la lettre de mandat de l'avocat devrait aborder les thèmes ci-dessous.

Conflit d'intérêts

La lettre de mandat devrait attester que l'expert s'est assuré qu'il n'existait aucun conflit d'intérêts. Elle doit aussi attester que l'expert n'est pas au courant d'un conflit d'intérêts de quelque sorte que ce soit lié au fait d'agir pour ou contre des parties au litige, et qu'il n'existe aucun conflit d'intérêts sur les biens qui en font l'objet.

Contexte factuel, objet et étendue des travaux

La lettre de mandat doit énumérer les faits saillants de l'affaire. L'avocat devrait aussi y expliquer les raisons pour lesquelles il fait appel à l'expert, et que le mandat consiste uniquement à l'aider aux fins du litige. La lettre doit aussi énoncer que c'est l'avocat ou son cabinet qui désire retenir les services de l'expert, et que celui-ci recevra ses directives de l'avocat. La lettre doit stipuler que l'avocat utilisera les conseils et les opinions de l'expert afin d'apporter des conseils juridiques à son client. Ceci est particulièrement important si l'avocat propose que le travail de l'expert tombe sous la protection du privilège.

La lettre de mandat doit également décrire en détail l'étendue des travaux de l'expert. Dans certaines circonstances, on peut définir la portée du travail de façon large, mais en demeurant toujours dans le champ de compétences de l'expert. Il peut aussi s'avérer nécessaire de préciser dans la lettre de mandat les questions sur lesquelles l'expert ne doit pas émettre d'avis.

---

17. *Règles*, *supra* note 1, règle 52.03(1).

Utilisation et confidentialité

La lettre de mandat doit contenir une clause de confidentialité. Il est important que l'expert mette de côté l'ensemble des renseignements qu'il produit et transmet, et qu'il y appose la mention « Privilégié et confidentiel ». Cette règle s'applique à la fois aux documents papier et électroniques qu'il produit et auxquels il renvoie.

La lettre doit indiquer quand et comment l'expert communiquera avec l'avocat ou le plaideur. Elle doit aussi stipuler que l'expert doit observer les directives qui lui viennent uniquement de l'avocat désigné à cette fin. De plus, la lettre doit énoncer que l'expert doit faire parvenir toutes ses conclusions et ses opinions exclusivement à l'avocat qui lui donne ses directives.

En dernier lieu, la lettre doit identifier la personne responsable de payer les comptes de l'expert. Les avocats en droit de l'environnement doivent prendre note que l'avocat est présumément responsable des honoraires raisonnables d'un expert lorsque l'avocat lui demande de préparer de la documentation aux fins d'un litige[18]. Un avocat peut renverser cette présomption en prévoyant d'autres mesures de paiement dans la lettre de mandat.

Combien d'experts chaque avocat peut-il mandater ?

L'avocat doit choisir judicieusement le nombre d'experts qu'il entend faire participer au procès et trier ceux-ci sur le volet. En Ontario, les parties sont limitées à trois témoignages d'expert pendant un procès, sauf autorisation de la cour[19]. Les tribunaux peuvent aussi mandater des experts supplémentaires de leur propre chef[20].

Le rapport du juge Osborne sur le Projet de réforme du système de justice civile a mené à la réforme en 2010 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Dans son rapport, le juge Osborne note que les tribunaux n'appliquent pas rigoureusement cette règle de trois experts[21]. L'honorable magistrat parle de systèmes judiciaires à l'étranger qui n'emploient qu'un seul expert pour les deux parties (c.-à-d. un expert mixte)[22]. Il reconnaît que ce système est peu pratique dans la plupart des cas et qu'il n'aura pas nécessairement pour effet de réduire les coûts, compte tenu de l'utilisation des « experts fantômes[23] ». Bien que le juge Osborne ne recommande pas d'imposer l'utilisation d'experts mixtes en

18. *1401337 Ontario Ltd* c *MacIvor*, 2011 ONSC 948, par 27.
19. *Loi sur la preuve*, *supra* note 8.
20. *Règles*, *supra* note 1, règle 52.03(1).
21. Hon Coulter A Osborne, « Projet de réforme du système de justice civile – Résumé des conclusions et des recommandations » (2007), p. 73 [*Rapport Osborne*].
22. *Ibid.*, p. 69 à 73.
23. *Ibid.*, p. 72.

Ontario, il conseille toutefois aux parties de s'entendre dès le début de l'instance pour envisager cette approche[24]. Nous discuterons plus loin des autres options existantes en dehors de l'emploi traditionnel d'experts.

De toute évidence, la méthode des experts contradictoires demeurera la norme tant et aussi longtemps que la législature ne modifiera pas la *Loi sur la preuve*[25] ou les *Règles de procédure civile*[26] en adoptant une autre approche ou en adhérant à des solutions de rechange. D'ici là, les avocats ne doivent pas oublier que les tribunaux de l'Ontario appliquent la limite prescrite de trois experts à un procès.

EXIGENCES DES *RÈGLES DE PROCÉDURE CIVILE* DE L'ONTARIO

Les règles régissent quand et comment on peut faire appel aux experts dans un litige.

Le devoir de l'expert envers le tribunal

Tous les experts ont un devoir de loyauté à l'égard du tribunal. La règle 4.1.01 stipule que :

> (1) Il incombe à tout expert engagé par une partie ou en son nom pour témoigner dans le cadre d'une instance introduite sous le régime des présentes règles :
>
> a) de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial ;
>
> b) de rendre un témoignage d'opinion qui ne porte que sur des questions qui relèvent de son domaine de compétence ;
>
> c) de fournir l'aide supplémentaire que le tribunal peut raisonnablement exiger pour décider une question en litige.
>
> (2) L'obligation prévue au paragraphe (1) l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé ou au nom de laquelle il a été engagé.

Les experts nommés par les parties

En vertu de la règle 53.03, une partie peut déposer une preuve d'expert, d'abord par écrit, puis par témoignage. La partie doit signifier le rapport de son expert à chaque partie opposée dans les délais prescrits par les règles. En vertu de la règle 53.03(2.1), le rapport d'expert doit contenir :

> 1. Les nom, adresse et domaine de compétence de l'expert.
>
> 2. Les qualités de l'expert ainsi que son expérience de travail et sa formation dans son domaine de compétence.

---

24. *Ibid.*, p. 82.
25. *Loi sur la preuve*, supra note 8.
26. *Règles*, *supra* note 1.

3. Les directives données à l'expert en ce qui concerne l'instance.

4. La nature de l'opinion sollicitée et chaque question dans l'instance sur laquelle porte l'opinion.

5. L'opinion de l'expert sur chaque question et, si une gamme d'opinions est donnée, un résumé de la gamme et les motifs de l'opinion de l'expert comprise dans cette gamme.

6. Les motifs à l'appui de l'opinion de l'expert, notamment :

   i. une description des hypothèses factuelles sur lesquelles l'opinion est fondée,

   ii. une description de la recherche effectuée par l'expert qui l'a amené à formuler son opinion,

   iii. la liste des documents, s'il y a lieu, sur lesquels l'expert s'est appuyé pour formuler son opinion.

7. Une attestation de l'obligation de l'expert (formule 53) signée par l'expert.

Au procès, un expert ne peut témoigner sur une question dont il ne traite pas dans son rapport, sauf si le tribunal l'y autorise[27].

Les experts nommés par le tribunal

Les règles donnent aussi au tribunal le pouvoir de nommer un expert aux fins de l'instance. En vertu de la règle 50.06, le juge ou le protonotaire qui préside la conférence préparatoire envisagera l'opportunité de nommer un expert à la cour. Si aucun expert n'est nommé à la conférence préparatoire, le tribunal peut en nommer un à l'étape du procès, en vertu de la règle 52.03. Chacune des parties peut en faire la requête et le juge peut aussi le faire de son propre chef.

Le tribunal donne des directives à chaque expert qu'il nomme au sujet de la portée du rapport demandé. Le tribunal peut ordonner à l'expert d'effectuer l'inspection d'un bien ou d'examiner l'état de santé mentale ou physique, selon ce qui est nécessaire. Le juge de première instance peut ordonner aux parties du procès d'acquitter les honoraires de l'expert.

Dans son résumé des conclusions et des recommandations, le juge Osborne indique que la règle 52.03 est « rarement invoquée » par les tribunaux[28].

Le professeur Nicholas Bala a milité pour une utilisation accrue de la règle 52.03 afin de réduire les coûts et promouvoir la conclusion de règlements entre les parties[29]. Il croit que les avocats sont en mesure d'éviter les biais manifestes lorsqu'ils engagent un expert et lui transmettent des directives. Toutefois, le

---

27. *Ibid.*, règle 53.03(3).
28. *Rapport Osborne*, *supra* note 21, p. 73.
29. Nicholas Bala, « Inside the mind of an expert », *The Lawyers Weekly* (15 février 2013), p. 10.

paradigme répandu qui consiste à rémunérer un expert pour obtenir son opinion mène à des distorsions qui peuvent nuire à l'objectivité. Bala établit une comparaison entre les experts nommés par la cour et la mesure de renforcement de l'indépendance des vérificateurs et des agences de notation dans le secteur financier[30].

La preuve d'expert simultanée

Les règles prévoient que si les parties n'arrivent pas à s'entendre à l'étape de la conférence préparatoire, le tribunal peut ordonner le dépôt d'une preuve simultanée de la part des experts mandatés par les parties.

La règle 50.07(1)(c) stipule que :

> (1) Si l'instance n'est pas réglée à la conférence préparatoire au procès, le juge ou le protonotaire chargé de la gestion des causes qui préside peut faire ce qui suit :
>
> > (c) rendre l'ordonnance qu'il estime nécessaire ou opportune relativement au déroulement de l'instance, y compris toute ordonnance visée au paragraphe 20.05 (1) ou (2).

En vertu de la règle 20.05(2)(k), le tribunal peut ordonner :

> > k) la rencontre, sous toutes réserves, des experts engagés par les parties ou en leur nom relativement à l'action pour déterminer les questions en litige sur lesquelles ils s'entendent et celles sur lesquelles ils ne s'entendent pas, pour tenter de clarifier et régler toute question en litige qui fait l'objet d'un désaccord et pour rédiger une déclaration commune exposant les sujets d'entente et de désaccord ainsi que les motifs de ceux-ci, s'il estime que les économies de temps ou d'argent ou les autres avantages qui peuvent en découler sont proportionnels aux sommes en jeu ou à l'importance des questions en litige dans la cause et que, selon le cas :
> >
> > > (i) il y a des perspectives raisonnables d'en arriver à un accord sur une partie ou l'ensemble des questions en litige,
> > >
> > > (ii) le fondement des opinions d'experts contraires est inconnu et qu'une clarification des questions faisant l'objet d'un désaccord aiderait les parties ou le tribunal[.]

Comme nous en discuterons plus loin, les tribunaux se prévalent rarement des règles 50.07(1)(c) et 20.05(2)(k).

30. *Ibid.*

DOCUMENTS D'EXPERT

Après la mise en œuvre de la lettre de mandat et la transmission des directives, les experts environnementaux produisent généralement un volume considérable de documentation, comme des communications entre plusieurs intervenants. Celle-ci peut contenir des plans de travail, des notes de terrain, de la correspondance, des photographies, des tableaux, des notes de rencontres ainsi que des versions préliminaires et finales de rapports. La question est de savoir lesquels de ces éléments les parties peuvent produire dans un litige, et dans quelle mesure le privilège peut s'appliquer sur le travail de l'expert pendant l'instance.

Divulgation des documents pertinents

Les obligations des parties aux litiges civils environnementaux sont assez larges. La règle 30.02(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario stipule :

> Un document pertinent à l'égard d'une question en litige dans une action et qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une personne, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément aux règles 30.03 à 30.10, que l'on invoque ou non un privilège à l'égard de ce document[31].

Il existe aussi des règles particulières touchant les experts qu'une partie entend faire témoigner. En vertu de la règle 53.03(1), les parties doivent produire un rapport pour chaque expert qu'elle appellera à la barre des témoins[32]. Elles doivent signifier ce rapport au moins 90 jours avant la conférence préparatoire[33], et en remettre un exemplaire aux autres parties à l'instance. La règle 53.03(2.1) indique les renseignements que doit contenir chaque rapport d'expert, comme les hypothèses de faits, les recherches et les documents sur lesquels l'expert s'est appuyé[34]. En vertu de cette même règle, le rapport doit également contenir une déclaration de l'expert sur son devoir envers le tribunal. L'expert doit annexer à son rapport les directives de la partie qui a retenu ses services.

Généralement, les parties ne produiront pas de rapport d'expert aux étapes préliminaires d'un litige. En conséquence, la règle 31.06(3) revêt une importance particulière pour les avocats en droit de l'environnement. La règle autorise une partie à divulguer les opinions, les conclusions et les résultats d'experts sur lesquels elle s'appuiera pendant le procès[35]. Elle est souvent utile

---

31. *Règles*, *supra* note 1, règle 30.02(1).
32. *Ibid.*, règle 53.03(1).
33. *Ibid.*, règle 53.03(1).
34. *Ibid.*, règle 53.03(2.1).
35. *Ibid.*, règle 31.06(3).

à l'avocat qui désire obtenir un aperçu du point de vue de l'expert de la partie adverse. Cette tentative se heurte souvent à de la résistance.

Revendication du privilège

La règle 30.02(2) prévoit que l'avocat peut invoquer le privilège à l'égard de certains documents afin d'éviter d'avoir à les divulguer[36]. En général, les avocats en droit environnemental cherchent à protéger le secret d'un document d'expert, c'est-à-dire éviter de le produire en invoquant le privilège. [TRADUCTION] « Le privilège relatif au litige vient du fait que le plaideur a besoin d'une protection pour faciliter l'enquête et l'aider à préparer le dossier du procès[37] ». On appelle cette protection la « zone de confidentialité ». Elle favorise une meilleure préparation du procès pour les avocats en droit de l'environnement par le recours aux experts.

Dans l'affaire *General Accident Assurance Co* c *Chrusz*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré :

> [TRADUCTION] La « zone de confidentialité » est une description attrayante, mais elle ne circonscrit pas la portée de la protection ni la notion de l'intrusion légitime à l'étape de la communication de la preuve pour assurer un procès qui couvre tous les éléments pertinents. La tendance moderne favorise une divulgation complète et il n'existe aucune raison apparente de freiner cette tendance dans la mesure où l'avocat continue à jouir d'une souplesse suffisante pour servir adéquatement son client qui est partie à un litige. En effet, le privilège relatif au litige est un domaine de confidentialité après que l'avocat a répondu aux demandes liées à la communication de la preuve. Il existe une tension entre eux, car en élargissant l'application de la communication de la preuve, les exigences raisonnables de l'avocat relatives aux litiges doivent être reconnues.
>
> Nos règles modernes ont certainement tronqué ce qui aurait auparavant été à l'abri de la divulgation[38].

La Cour d'appel, dans *Chrusz*, a adopté le « critère de l'objectif principal ». Ce test permet la revendication du privilège à l'égard de documents créés aux fins de l'objectif principal du litige, qu'il soit réel ou envisagé[39]. En appliquant le test, la Cour a conclu que le privilège relatif au litige ne protégeait pas les documents recueillis ou reproduits lorsque ce privilège n'en faisait pas de même pour les documents originaux[40]. La question visait aussi les communications et

---

36. *Ibid.*, règle 30.02(2).
37. *General Accident Assurance Co* c *Chrusz* (1999), 45 OR (3d) 321 (CA de l'Ontario), par 23 [*Chrusz*], citant RJ Sharpe, « Claiming Privilege in the Discovery Process » dans *Law in Transition : Evidence*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Toronto, De Boo, 1984, p. 163.
38. *Chrusz*, par 25 à 26.
39. *Ibid.*, par 33.
40. *Ibid.*, par 38.

les rapports intervenus entre l'avocat de l'assureur et le tiers expert en estimation de réclamation de l'assureur. Le tribunal a limité l'étendue du privilège aux seules communications intervenues alors que l'assureur envisageait la possibilité d'un recours contre l'intimé.

Quelques années plus tard, la Cour suprême du Canada a confirmé le test de l'objectif principal dans l'affaire *Blank* c *Canada*[41]. La Cour a déclaré :

> […] le critère de l'objet principal […] me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue[42].

La Cour a déterminé que le privilège relatif au litige prend fin lorsque le litige qui lui a donné lieu est terminé[43]. La Cour a noté que le privilège relatif au litige peut conserver son effet lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu'un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé[44]. Cette définition élargie du litige comprend les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties ou des parties liées, et qui découlent de la même cause d'action ou source juridique, ou d'une cause d'action connexe. Les procédures qui soulèvent des questions communes avec l'action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées[45].

Dans l'affaire *Browne (Litigation Guardian Of)* c *Lavery*, la Cour supérieure de l'Ontario a noté que le privilège relatif au litige visant un rapport tombe lorsque la partie adverse en reçoit un exemplaire[46]. Plus tard, dans l'affaire *Lecocq Logging Inc* c *Hood Logging Equipment Canada Inc*., la Cour a déclaré qu'une renonciation portant sur le rapport de l'expert a eu pour effet de lever tout privilège qui aurait autrement compris les notes de l'expert[47].

Dans l'affaire *Bazinet* c *Davies Harley Davidson*, la Cour supérieure de l'Ontario a affirmé qu'une renonciation au privilège portant sur le rapport d'un expert comprenait une renonciation relative à tout autre rapport sur lequel l'expert s'était appuyé aux fins de la rédaction de son propre rapport[48]. En l'espèce, le demandeur avait fourni un rapport d'expert à un deuxième expert. Selon la Cour, lorsqu'un demandeur s'est fié au second expert et qu'il a produit

---

41. *Blank* c *Canada (Ministère de la Justice),* 2006 CSC 39, par 60 [*Blank*].
42. *Ibid.*
43. *Ibid.*, par 36.
44. *Ibid.*, par 38.
45. *Ibid.*, par 39.
46. *Browne (Litigation Guardian of)* c *Lavery* (2002), 58 OR (3d) 49 [*Browne*].
47. *Lecocq Logging Inc* c *Hood Logging Equipment Canada Inc*, 14 CPC (6th) 287 (CS Ont), par 17.
48. *Bazinet* c *Davies Harley Davidson* (2007), 158 ACWS (3d) 561 (CS Ont), par 32 à 34.

le rapport de celui-ci, c'est comme s'il renonçait au privilège à l'égard du rapport du premier expert[49]. De ce fait, la partie adverse a obtenu le droit à la divulgation des résultats, des opinions et des conclusions du deuxième expert en vertu de la règle 31.06(3).

Politiques de destruction de documents

Au Canada, les tribunaux ne se sont pas encore penchés précisément sur la situation où un expert se fie à des politiques de destruction de documents pour justifier la suppression ou le déchiquetage de documents de son dossier.

La destruction de documents d'un dossier peut donner lieu à des questions d'ordre éthique. Premièrement, la destruction de documents suscite souvent davantage de questions que de réponses quant aux motifs ou aux desseins qui y sont rattachés. Deuxièmement, on peut déduire ou croire que ce geste sert un objectif illégitime ou qu'il vise à dissimuler quelque chose. Troisièmement, la destruction de documents peut sembler douteuse en l'absence de politique d'entreprise à cette fin. L'absence d'une telle politique peut donner lieu à un manque de cohérence et à une approche laxiste quant au moment où l'expert croit approprié de détruire des documents. Quatrièmement, une politique efficace demeure sujette à des lacunes dans son application d'un dossier et d'un expert à l'autre, même si l'on parle de la même organisation. Toutes ces situations peuvent donner des munitions à la partie adverse pour contre-interroger l'expert au procès.

Probablement que la meilleure approche consiste à ne pas détruire de documents ou encore à appliquer de manière uniforme une politique bien élaborée de destruction à l'échelle de l'organisation et d'un dossier à l'autre. Des mesures moins efficaces peuvent mener à des attaques sur la crédibilité de l'expert.

Quoi qu'il en soit, les avocats en droit de l'environnement et leurs clients ne peuvent pas nécessairement se prémunir contre la divulgation de l'information contenue dans des documents supprimés ou déchiquetés. Dans l'affaire *Bookman*, le tribunal a ordonné la production d'une note décrivant les directives de l'avocat si les lettres de directives n'existaient pas[50]. De plus, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Conceicao Farms Inc* c *Zeneca Corp*, a affirmé que la règle 31.06(3) ne requiert que la production de l'information, et non celle du document en question[51].

---

49. *Ibid.*, par 26.
50. *Bookman* c *Loeb*, [2009] OJ No 2741, 2009 CarswellOnt 3796, par 37 (CS Ont).
51. *Conceicao Farms Inc* c *Zeneca Corp*, 83 OR (3d) 792, par 14, 17 et 21 (CA).

Chapitre 38

Les communications entre les avocats et les experts

Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava

La jurisprudence canadienne est imprécise et les décisions ne font pas l'objet d'un examen en appel en ce qui concerne la communication acceptable entre les avocats et les experts. Le problème s'est le plus souvent posé lorsqu'un avocat a demandé à la partie adverse de divulguer la teneur de ses communications avec son expert, notamment celles qui entouraient la version préliminaire du rapport d'expert. Le droit en vigueur sur les communications acceptables avec un expert croise celui de la divulgation et des communications privilégiées. Comme on le rapporte ci-dessous, les tribunaux ont eu de la difficulté à trouver un équilibre entre ces intérêts, ce qui a mené à des résultats mitigés.

JURISPRUDENCE REMONTANT À 1979

En 1979, dans l'affaire *T Eaton Co* c *Neil J. Buchanan Ltd.*, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, sous la plume du juge Hart, s'est exprimée ainsi :

> [traduction] Il me semble tout à fait logique que si une partie souhaite s'appuyer sur le témoignage de son expert et qu'elle renonce au privilège, alors elle a certainement eu l'intention que cette renonciation s'étende à ses discussions avec l'expert qui forment la base de son rapport. Il va de soi que si un avocat était appelé à témoigner sur une opinion qu'il a donnée à son client, il devrait alors révéler les faits racontés par son client, c.-à-d. les faits sur lesquels repose son opinion. Dans le même ordre d'idées, je crois qu'un expert engagé par un avocat au bénéfice d'une

> partie doit, en tant que partie intégrante de sa preuve, se soumettre à un contre-examen factuel de ses opinions, et ceci doit être connu de la partie au moment où elle décide de lever le caractère privilégié de cette preuve afin de la présenter au tribunal[1].

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est partiellement revenue sur sa position en 1992 dans l'affaire *Crocker* c *MacDonald*[2]. Par rapport à l'extrait ci-dessus, le juge Tidman a déclaré ceci :

> [TRADUCTION] Je suis d'accord avec la logique derrière l'énoncé, mais à mon avis, la renonciation au secret professionnel entre un avocat et son client ne s'étend pas aux communications entre l'avocat et son expert. Bien qu'il soit nécessaire, comme l'a mentionné le juge Hart, d'exiger que l'expert rapporte ce qu'on lui a dit au sujet des faits du dossier, ce n'est pas du tout la même chose d'exiger que l'avocat dépose la correspondance entre lui et son expert.
>
> Cette correspondance peut contenir toutes sortes de renseignements dont l'avocat voudrait naturellement préserver la confidentialité, et le secret professionnel entre l'avocat et son client vise justement de tels cas. Il existe bien des façons pour les avocats de déterminer les faits allégués sur lesquels l'opinion d'expert est fondée, et ce, sans demander la correspondance de l'autre avocat dans laquelle il retient les services de l'expert[3].

La jurisprudence contemporaine à l'affaire *Crocker* c *MacDonald* et celle qui l'a immédiatement suivie a repris le raisonnement du juge Tidman. Elle n'a pas exigé la divulgation de la correspondance entre l'avocat et son expert. En 2000, à propos d'une requête dans *Mahon* c *Standard Assurance Life Co*[4], le protonotaire MacLeod de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a résumé la jurisprudence en ces termes :

> [TRADUCTION] Dans l'affaire *Calvaruso v. Nantais*[5], une décision récente de cette cour qu'on m'a soumise, on renvoie à *Bell Canada c. Olympia & York*[6]. Ces jugements stipulent qu'une lettre de directives à un expert constitue un document privilégié. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, division d'appel (*Crocker* c *MacDonald*)[7] et la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Ocean Falls Corp.* c *Worthington (Canada) Inc.*)[8].

La Cour supérieure de justice s'est à nouveau penchée sur ces questions en 2002, dans l'affaire *Browne (Litigation Guardian of)* c *Lavery*[9]. Au nom de la

---

1. *T Eaton Co* c *Neil J Buchanan Ltd*, (1979) 31 NSR (2d) 135, par 59 (CA), renversé pour un autre motif [1980] 2 RCS 228.
2. *Crocker* c *MacDonald*, (1992) 116 NSR (2d) 181, par 21 et 22 (TD).
3. *Ibid.*
4. *Mahon* c *Standard Assurance Life Co*, [2000] OJ No 2042, par 5 (CS) [*Mahon*].
5. *Calvaruso* c *Nantais*, (1992) 7 CPC (3d) 254 (CP (Div Gén) On).
6. *Bell Canada* c *Olympia & York*, (1989) 68 OR (2d) 103 (HCJ).
7. *Crocker* c *MacDonald*, [1992] NSJ No. 410 (NSTD).
8. *Ocean Falls Corp* c *Worthington (Canada) Inc*, (1985) 69 BCLR 124 (SC).
9. *Browne (Litigation Guardian of)* c *Lavery*, (2002) 58 OR (3d) 49 (CS) [*Browne*].

Cour, le juge Ferguson a déclaré que l'avocat de la partie adverse devrait pouvoir contre-examiner toute communication et toute modification inappropriée éventuelle d'un rapport d'expert. Cette information devrait révéler la valeur probante que le tribunal devrait attribuer au rapport de l'expert, comme en témoigne cet extrait de la décision :

> [TRADUCTION] Il existe plusieurs moyens de mettre une opinion à l'épreuve : en comparant la conclusion aux données retenues ; en comparant l'opinion aux données disponibles et non retenues ; en déterminant si l'avocat a tenté d'influencer l'opinion par la nature de sa demande ou par de l'information non retenue aux fins du rapport ; en envisageant que l'avocat a pu demander à ce qu'on modifie l'opinion, notamment en retranchant des passages désavantageux pour son client.
>
> Il est difficile de comprendre comment il est possible de déterminer ce qui a constitué une influence. Serait-ce à l'avocat de décider ? Pourquoi cette décision ne devrait-elle pas être soumise à un examen rigoureux ? Il est possible que l'expert ne saisisse pas ou ne reconnaisse pas l'influence que l'information reçue a exercée sur son opinion[10].

De plus, le juge Ferguson a modifié le point de vue de la Cour à propos de la divulgation de l'information et des directives de l'avocat à l'expert[11] :

> [TRADUCTION] Un avocat expérimenté qui a déjà fait affaire avec des experts sait à quel point il est important de connaître ce que l'avocat a dit à l'expert de faire et de ne pas faire, l'information que l'avocat lui a transmise et la mesure dans laquelle l'avocat lui a demandé de dire, d'inclure et d'omettre des éléments dans son rapport […]
>
> À mon avis, la divulgation de cette information permettrait à l'autre avocat et à la cour de mieux évaluer si l'information et les directives fournies ont entaché l'objectivité et la fiabilité de l'opinion de l'expert. Je note également que les opinions contraires sont nombreuses à cet égard, p. ex., dans *Mahon* c *Standard Life Assurance Co*[12].

Dans *Flinn* c *McFarland*[13], le juge MacAdam, au nom de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a déclaré en 2012 que les discussions entre un expert et un avocat au sujet de la version préliminaire d'un rapport sont révélatrices de la force probante d'un rapport d'expert. Cette approche est similaire à celle qu'on a appliquée dans *Browne*, où le juge MacAdam a déclaré :

> [TRADUCTION] Il est manifestement pertinent de déterminer à quel point les commentaires de l'avocat ont influencé les conclusions du rapport final de l'expert, et l'avocat des intimés a d'autant plus le droit de les examiner. Ce n'est toutefois pas le cas des versions préliminaires du rapport de l'expert qu'il a modifiées et

10. *Ibid.*, par 58 à 59.
11. *Ibid.*, par 69 à 70.
12. *Mahon* c *Standard Life Assurance Co,* (1999), 42 OR (3d) 641 (Ont CA).
13. *Flinn* c *McFarland*, 2002 NSSC 272.

> révisées de son propre chef dans le cadre de son analyse. Ce que les intimés ont droit d'examiner est la possibilité que l'expert ait remis une version préliminaire de son rapport à l'avocat du demandeur et que l'avocat ait pu suggérer de modifier le rapport à l'avantage du demandeur. Ainsi, les intimés sont en droit de vouloir contre-examiner l'opinion de l'expert, et ce sur quoi elle repose, ce qui consiste aussi à savoir jusqu'à quel point les suggestions de l'avocat du demandeur ont pu modifier la teneur du rapport, s'il y a lieu[14].

Le juge MacAdam est également d'accord avec la décision dans *Browne* en ce qui concerne la divulgation :

> [TRADUCTION] Il faut divulguer l'ensemble de l'information et de la documentation que reçoit l'expert. Si l'information et la documentation comprennent les discussions avec le client, avec son avocat ou avec un tiers, ces discussions font partie, pourraient faire partie ou auraient peut-être dû faire partie de la base de renseignements sur lesquels l'expert a fondé sa conclusion ; elles doivent donc être divulguées[15].

La seule directive venant d'un tribunal d'appel à ce sujet remonte à un jugement de 2006, *Conceicao Farms Inc* c *Zeneca Corp*[16]. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a limité la portée du principe de divulgation de l'information et des directives transmises à un expert :

> [TRADUCTION] Le degré de divulgation requis comprend non seulement l'opinion de l'expert, mais aussi les faits sur lesquels il fonde son opinion, les directives avec lesquelles il a effectué son analyse, ainsi que ses nom et adresse. Cependant, il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce jusqu'où s'étend la portée du droit d'obtenir cette information de base (comme notre collègue l'appelle). Nous nous contenterons de dire qu'elle ne s'étend pas aussi loin qu'on semble le sous-entendre dans l'affaire *Browne (Litigation Guardian of) c. Lavery*. Nous avançons simplement que la règle donne droit à l'appelant d'obtenir, à l'étape de la communication préalable, l'information de base sur laquelle l'expert a tiré ses conclusions. Cette règle se précisera au fil du temps, mais en l'espèce, nous n'avons pas à définir exhaustivement l'information à divulguer à cette étape[17].

L'affaire la plus récente en la matière, *Moore* c *Getahun*[18], a produit la décision la plus approfondie et la plus concise. En 2014, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, sous la plume de la juge Wilson, s'est exprimée ainsi :

> [TRADUCTION] La règle 53.03 vise à préserver l'indépendance et l'intégrité des témoins experts. Le rôle principal de l'expert consiste à aider le tribunal. À la lumière de ce nouveau rôle du témoin expert, je conclus que la pratique antérieure de l'avocat, qui consiste à réviser la version préliminaire de rapports, devrait cesser.

---

14. *Ibid.*, par 9.
15. *Ibid.*, par 17.
16. *Conceicao Farms Inc* c *Zeneca Corp*, (2006) 83 OR (3d) 792 (CA) [*Conceicao*].
17. *Ibid.*, par 14.
18. *Moore* c *Getahun*, 2014 ONSC 237 [*Moore*].

> Désormais, il n'est plus approprié pour un avocat d'indiquer à son expert en quels termes il devrait rédiger son rapport, puis de le réviser.
>
> Si l'avocat, à la lecture de la version définitive du rapport, estime qu'il n'y a pas lieu d'y apporter des précisions ou de souligner certains passages, tous les commentaires de l'avocat, quels qu'ils soient, doivent être consignés par écrit et divulgués à la partie adverse.
>
> Je n'accepte pas la suggestion du tribunal de Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Flinn c. McFarland* (2002) lorsqu'il affirme que les discussions de l'avocat au sujet de la version préliminaire du rapport ne touchent que sa force probante. La pratique qui consiste à réviser la version préliminaire d'un rapport avec l'avocat est inconvenante ; elle porte atteinte à la fois à l'objet de la règle 53.03 ainsi qu'à l'impartialité et à la crédibilité de l'expert[19].

Selon le modèle de communications proposé dans le jugement *Moore*, l'avocat et l'expert ne sont plus censés communiquer après que ce dernier a déposé son rapport. Cette décision ne précise pas en quoi consiste « l'information de base », au sens du jugement dans *Conceicao Farms*, qu'on doit divulguer au moment d'engager un expert et de lui donner des directives. Peut-être que selon la juge Wilson, seules les communications non substantives entre l'avocat et l'expert sont permises.

Suivant ces décisions, le droit ontarien et canadien demeure flou à cet égard. Le jugement dans l'affaire *Conceicao Farms* contient des directives de juridiction d'appel selon lesquelles il faut divulguer aux parties adverses l'information de base relative aux faits sur lesquels l'expert fonde son opinion, les directives de travail qu'il a reçues ainsi que ses coordonnées. D'après la décision *Moore*, il ne devrait y avoir aucune discussion de quelque sorte que ce soit entre l'avocat et un expert pendant que celui-ci rédige son rapport, période pendant laquelle l'avocat devrait s'abstenir de lui transmettre des commentaires. Ceux-ci devraient par ailleurs se limiter à la procédure et à la logistique. Il reste à voir dans quelle mesure les avocats observeront les principes de la décision *Moore*. Un risque significatif se dégage toutefois de la décision dans l'affaire *Moore* : en effet, il est possible que les parties ne puissent pas se munir de rapports d'expert qui viendront en aide au tribunal, pour la simple raison que la plupart des versions préliminaires de rapports d'expert sont très mal rédigées et s'avèrent bien moins utiles qu'elles le pourraient après que l'avocat a posé les questions de l'expert.

---

19. *Ibid.*, par 50 à 52.

APPLICATION DE LA DÉCISION *MOORE* AU LITIGE ENVIRONNEMENTAL

La décision de la Cour supérieure de justice dans l'affaire *Moore* manque de réalisme dans un contexte de litige environnemental. Dans le cadre d'un procès, les experts rédigent des rapports scientifiques et techniques dans les domaines de l'aménagement du territoire, de la contamination des sols et des eaux souterraines, des options d'assainissement du sol, de la qualité de l'air, des eaux et des résidus ainsi que d'autres questions techniques. Les experts possèdent rarement, voire jamais, de formation en droit. Cela étant dit, les avocats en droit de l'environnement ont généralement l'habitude de faire participer leurs experts au procès afin de s'assurer que les questions du rapport d'expert soient claires et que le rapport soit utile au juge.

Un avocat compétent en droit de l'environnement n'oriente pas l'expert vers la conclusion désirée. Il ne tente pas non plus de persuader l'expert de modifier son opinion dans l'intérêt du client. La plupart du temps, les recours environnementaux font appel à des données scientifiques objectives que l'avocat ne peut manipuler. Toutefois, la conversation entre l'expert et l'avocat en droit de l'environnement doit essentiellement avoir pour objectif de mener à des résultats, à des opinions et à des conclusions claires de la part de l'expert, en plus de s'assurer qu'ils sont justifiables au point de vue technique et utiles au tribunal.

Dans ses motifs, le juge de la Cour supérieure s'est attardé à un appel téléphonique d'une heure et demie entre l'avocat de l'intimé et un expert. Pendant l'appel, l'avocat de l'intimé a « suggéré » des « corrections » à apporter à la version préliminaire du rapport[20]. La juge Wilson a remis en question l'indépendance et l'impartialité de l'expert[21]. Bien que la Cour a estimé que la communication dans *Moore* était inappropriée, il serait injuste et inutile d'étendre son application à l'ensemble des communications entre l'avocat et l'expert.

La décision de la Cour dans cette affaire soulève de nouvelles questions liées au coût, au temps et à la participation de l'expert dans un contexte de litige environnemental. Faire appel à un expert environnemental est coûteux, sans compter du temps requis pour son analyse et la rédaction de son rapport. Sans les indications adéquates, plusieurs experts produiront un travail qui ne sera pas utile aux fins du litige. Il pourrait manquer plusieurs renseignements importants dans le rapport, sans compter qu'il pourrait aussi se fonder sur de fausses présomptions. Des dépenses supplémentaires seront engagées pour mettre le rapport à jour, si une telle chose est possible.

---

20. *Ibid.*, par 47.
21. *Ibid.*, par 50.

La Cour supérieure soulève aussi les problèmes potentiels quant à la façon dont l'avocat peut faire appel aux experts dans des discussions de règlement, sous toutes réserves, dans le cadre d'un recours. Si l'avocat ne peut communiquer avec son expert au cours de la rédaction de la version préliminaire du rapport, comment peut-il tenter d'arriver à un règlement en s'appuyant sur des conversations et des rencontres en début d'instance ? De même, le fait pour un expert de participer sous toutes réserves à des séances de médiation ou à des activités préparatoires au procès lui enlève-t-il l'impartialité dont il a besoin pour témoigner devant un tribunal ?

On ne devrait plus interpréter la décision de la Cour supérieure de façon large et ainsi écarter ces discussions qui se déroulent sous toutes réserves. Or, les règles de procédure judiciaire prévoient expressément que les experts peuvent prendre part à ces activités[22]. Il est incontesté que les experts peuvent fournir des opinions durant ces rencontres. En pareilles circonstances, l'avocat devra expliquer les questions juridiques à ses experts et, dépendamment du calendrier de l'instance, il est possible que le rapport de l'expert en soit toujours à sa version préliminaire. Ces directives et la participation des experts aux discussions qui se déroulent sous toutes réserves ne doivent pas être assimilées à une violation du paradigme envisagé dans *Moore*. Une application restrictive des principes de *Moore* aurait indûment pour effet de nuire à l'objectif plus large du système de justice qui vise à promouvoir la conclusion de règlements.

Un dernier problème découle de la décision de la Cour supérieure : son application au calendrier lors duquel l'avocat retient les services d'un expert. Dans les litiges environnementaux, les avocats des demandeurs font souvent appel à un expert avant le début de l'instance afin qu'il les aide à évaluer si un recours est possible, et contre qui. Dans les dossiers très techniques, il est carrément impossible ou déconseillé d'entamer un recours sans avoir préalablement engagé un expert. Compte tenu de l'arrêt *Moore*, une question se pose : lorsqu'un avocat engage un expert pour l'aider à évaluer son dossier, cet expert sera-t-il exclu de l'instance en ce sens qu'il ne pourra pas aider l'avocat pendant le litige du fait qu'ils ont discuté du dossier avant le début de l'instance ?

La jurisprudence antérieure à l'affaire *Moore* ne fait que mentionner au passage la question de la consultation d'experts avant le litige et elle ne soulève aucun problème pratique[23]. L'avocat doit parfois faire appel à un expert avant d'entamer des procédures ; or, l'affaire *Moore* ne devrait avoir aucun effet sur les communications entre l'avocat et l'expert et elle ne devrait pas non plus

22. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [*Règles*], à la règl 20.05(2)(k).
23. Voir, par exemple, *Robinson* c *Ottawa* (City) (2009), 55 MPLR (4th) 283, par 44.

priver ce dernier de sa capacité à témoigner pour un motif lié à la date du début de son mandat.

Moore c *Getahun*

Le 29 janvier 2015, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa décision[24] sur le pourvoi de la décision de première instance dans *Moore* c *Getahun*, rendue le 14 janvier 2014 par la juge Wilson.

Le contexte

M. Moore, alors âgé de 21 ans, s'est cassé le bras en effectuant des manœuvres sur sa motocyclette. Il s'est rendu à l'hôpital afin de recevoir des soins médicaux. L'urgentologue a tenté de replacer l'os avant d'appliquer un plâtre circonférentiel complet au bras de M. Moore. Le lendemain, M. Moore éprouvait de vives douleurs et s'est rendu à un autre hôpital, où le médecin a posé un diagnostic de syndrome des loges. On a procédé à une chirurgie afin d'empêcher que la blessure ne s'aggrave. M. Moore a intenté un recours pour faute professionnelle contre le Dr Getahun, le médecin de la première salle d'urgence.

La décision de première instance

L'affaire s'est rendue jusqu'au tribunal. Dans ses motifs, la juge Wilson a mentionné qu'un des experts en médecine et l'avocat se sont entretenus du rapport d'expert. En fait, l'avocat et l'expert ont discuté pendant une heure et demie au téléphone de la version préliminaire du rapport. La juge Wilson a déclaré qu'il était inapproprié pour un avocat de passer en revue la version préliminaire de rapports d'expert. Elle a écrit :

> [TRADUCTION] Je conclus que la pratique antérieure de l'avocat, qui consiste à réviser la version préliminaire de rapports, devrait cesser. Désormais, il n'est plus approprié pour un avocat d'indiquer à son expert en quels termes il devrait rédiger son rapport, puis de le réviser[25].

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario résume ainsi son opinion au sujet des conclusions de la juge Wilson :

> [TRADUCTION] Il semble évident que le juge du procès a estimé que les règles déontologiques et les normes d'exercice actuelles de la profession juridique étaient

24. *Moore* c *Getahun*, 2015 ONCA 55 [*Moore*]. La Cour suprême du Canada a rejeté la permission d'en appeler de cette décision (17 septembre 2015, n° 36363).
25. *Moore*, *supra* note 18, par 50.

> insuffisantes pour résoudre le problème du « mercenaire ». Sa solution consistait à régir rigoureusement les discussions entre les témoins experts et les avocats, à exiger qu'on les documente, qu'on les divulgue et qu'on les produise[26].

Le juge Sharpe, au nom de la Cour d'appel, a indiqué son désaccord avec la juge du procès en mentionnant trois situations où le droit et l'exercice professionnel permettent de préserver l'objectivité des experts :

> [TRADUCTION] En premier lieu, les normes professionnelles et déontologiques de la profession juridique interdisent aux avocats de se livrer à des pratiques susceptibles d'entacher l'indépendance et l'objectivité de témoins experts.
>
> Deuxièmement, les normes déontologiques d'autres ordres professionnels imposent un devoir d'indépendance et d'impartialité à leurs membres entourant leurs rapports et leurs témoignages à titre d'expert.
>
> Troisièmement, le processus contradictoire comprend des outils efficaces, – et le contre-interrogatoire en est un très bon exemple, pour gérer des dossiers où il semble plausible qu'un avocat ait influencé un témoin expert[27].

Dans ses commentaires, le juge Sharpe était également en désaccord avec l'*obiter dictum* de la juge Wilson relatif aux communications entre les témoins experts et l'avocat :

> [TRADUCTION] La consultation et la collaboration entre l'avocat et les témoins experts sont essentielles pour s'assurer que l'expert comprend ses obligations prévues à la règle 4.1.01 et dans le Formulaire 53 sur la reconnaissance des devoirs de l'expert. En passant en revue la version préliminaire d'un rapport, l'avocat s'assure que ce rapport (i) respecte les *Règles de procédure civile* et les règles de preuve, (ii) traite uniquement des questions pertinentes et (iii) qu'il est rédigé d'une manière et dans un style compréhensible et à la portée de tous. L'avocat doit s'assurer que le témoin expert comprend certaines notions, comme la différence entre le fardeau de la preuve et la certitude scientifique, l'obligation de préciser les faits et les hypothèses derrière l'opinion de l'expert, la nécessité de limiter le rapport aux questions tombant dans son champ de compétences et son devoir de réserve face au rôle du tribunal, qui est le seul à pouvoir trancher ultimement les questions en litige.
>
> L'avocat joue un rôle crucial de médiateur en expliquant des questions juridiques au témoin expert, puis en attirant l'attention du tribunal sur des éléments de preuve complexes. Il est difficile de voir comment l'avocat pourrait remplir ce rôle sans communiquer avec l'expert alors que ce dernier s'affaire à le rédiger.
>
> Le fait de laisser le témoin expert livré à lui-même et d'exiger que tous les changements soient consignés par écrit allongerait les délais et augmenterait les coûts d'un

26. *Moore*, *supra* note 24, par 45.
27. *Ibid.*, par 57, 60 et 61.

> système qui éprouve déjà des difficultés à assurer la justice efficacement et en temps opportun[28].

La Cour d'appel a ensuite poursuivi son analyse en déterminant (1) s'il existe une obligation de produire les communications entre un avocat et ses témoins experts ou (2) si de telles communications sont couvertes par le privilège relatif au litige.

La Cour a repris le principe de base du jugement de l'affaire *Blank* c *Canada (Ministère de la Justice)* selon lequel [TRADUCTION] « le privilège relatif au litige protège les communications avec un tiers lorsqu'elles visent principalement la préparation du procès[29] ». Dans l'arrêt *Blank*, la Cour suprême du Canada appelle ce principe la « zone de confidentialité[30] ».

Le juge Sharpe a écrit :

> [TRADUCTION] À mon avis, les objectifs de la justice ne permettent pas que le privilège relatif au litige serve à protéger un comportement inconvenant. Comme je l'ai déjà mentionné, tous s'entendent, dans le cadre de cet appel, pour dire qu'un avocat ne doit pas faire obstacle aux devoirs d'indépendance et d'objectivité de l'expert. Lorsqu'une partie peut démontrer au tribunal qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un avocat a communiqué avec un témoin expert de façon à nuire à son devoir d'indépendance et d'objectivité, elle peut demander les versions préliminaires et les notes des discussions entre l'avocat et l'expert, et le tribunal peut ordonner à l'avocat de divulguer ces discussions.
>
> En l'absence de faits qui donnent des motifs raisonnables de soupçonner que l'avocat a indûment influencé l'expert, une partie ne peut demander la divulgation des versions préliminaires de rapports et des notes de leurs discussions[31].

La Cour d'appel a rappelé que le rapport d'expert utilisé au procès et d'autres renseignements prévus à la règle 53.03(2.1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario doivent être divulgués dans le cadre du litige[32]. Dans l'affaire *Conceicao Farms Inc* c *Zeneca Corp*, on appelle ces renseignements « l'information de base » aux fins de l'opinion de l'expert[33].

La règle 53.03(2.1) de l'Ontario stipule :

> (2.1) Le rapport produit pour l'application du paragraphe (1) ou (2) contient les renseignements suivants :
>
> 1. Les nom, adresse et domaine de compétence de l'expert.

---

28. *Ibid.*, par 63 à 65.
29. *Ibid.*, par 68.
30. *Blank* c *Canada (Ministère de la Justice)*, 2006 C.S.C. 39, par 34.
31. *Moore*, *supra* note 24, par 77 et 78.
32. *Ibid.*, par 75.
33. *Conceicao, supra* note 16, par 14, 16, 17, 19 et 21.

2. Les qualités de l'expert ainsi que son expérience de travail et sa formation dans son domaine de compétence.

3. Les directives données à l'expert en ce qui concerne l'instance.

4. La nature de l'opinion sollicitée et chaque question dans l'instance sur laquelle porte l'opinion.

5. L'opinion de l'expert sur chaque question et, si une gamme d'opinions est donnée, un résumé de la gamme et les motifs de l'opinion de l'expert comprise dans cette gamme.

6. Les motifs à l'appui de l'opinion de l'expert, notamment :

i. une description des hypothèses factuelles sur lesquelles l'opinion est fondée,

ii. une description de la recherche effectuée par l'expert qui l'a amené à formuler son opinion,

iii. la liste des documents, s'il y a lieu, sur lesquels l'expert s'est appuyé pour formuler son opinion.

7. Une attestation de l'obligation de l'expert (formule 53) signée par l'expert. Règl. de l'Ont. 438/08, art 48[34].

CONCLUSION

Le 29 janvier 2015, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'avocat et ses experts peuvent discuter du procès d'une façon qui ne nuit pas à l'impartialité de l'expert et en observant les normes de conduite prescrites par leur ordre professionnel respectif. Afin de ne pas multiplier les retards et les coûts, ces communications n'ont pas à toujours se dérouler par écrit.

L'avocat doit s'assurer que l'expert : (1) comprend la teneur de son devoir envers le tribunal ; (2) se conforme aux règles en vigueur en matière de procédure et de preuve ; (3) produit une opinion pertinente aux questions en litige et (4) rédige un rapport compréhensible et utile pour le tribunal.

Les communications entre un avocat et l'expert bénéficieront de la protection du privilège relatif au litige, à moins qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que l'avocat a communiqué avec l'expert d'une façon qui a probablement nui au devoir d'indépendance et d'objectivité de ce dernier. La divulgation ne vise que « l'information de base » sur laquelle se fonde l'opinion ainsi que le rapport d'expert utilisé pendant le procès.

34. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, règle 53.03(2.1).

Chapitre 39

Obligations de faire rapport à des tiers

Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava

Les avocats en droit de l'environnement mandatent couramment des consultants pour réaliser des enquêtes environnementales. Le résultat de ces enquêtes peut révéler des dommages à l'environnement, y compris des risques pour la santé publique. Bien que les avocats font appel à leurs services en toute confidentialité, sous le privilège relatif au litige, ces consultants ont parfois l'obligation de signaler leurs conclusions aux autorités ou aux organismes de réglementation.

INGÉNIEURS

En Ontario, les ingénieurs sont régis par l'Ordre des ingénieurs de l'Ontario, en vertu de la *Loi sur les ingénieurs*[1]. Le *Code de déontologie* de l'Ordre des ingénieurs oblige ses membres à agir avec loyauté envers leur client ou leur employeur, au même titre qu'un mandataire ou un fiduciaire, notamment en préservant la confidentialité des renseignements ainsi qu'en évitant et en dénonçant les conflits d'intérêts[2].

Le *Code de déontologie* crée aussi une obligation envers le public, en vertu de laquelle « le praticien considère comme étant primordiale son obligation à l'égard du bien-être public[3] ». L'Ordre des ingénieurs de l'Ontario peut

1. *Loi sur les ingénieurs*, LRO 1990, c P.28.
2. RRO 1990, Règl 941, art 77(3).
3. *Ibid.,* art 77(2)(i).

sanctionner un de ses membres lorsqu'il commet une faute professionnelle, y compris le défaut « d'agir pour corriger ou signaler une situation lorsqu'il croit que cette situation est susceptible de mettre la sécurité ou le bien-être publics en danger[4] ». Cette obligation prévue par la loi est communément appelée le « devoir de faire rapport ».

L'Ordre des ingénieurs incite les ingénieurs à résoudre leurs conflits en travaillant avec leur client ou leur employeur afin de trouver des solutions acceptables avant de faire rapport. Néanmoins, l'Ordre des ingénieurs admet que les conflits peuvent s'envenimer. En conséquence, il a élaboré un processus de signalement à l'intention de ses membres[5].

Ce processus prévoit que l'Ordre aidera l'ingénieur et son client ou son employeur à trouver une solution. Lorsque l'Ordre croit qu'une situation peut menacer la sécurité ou le bien-être du public, il veillera notamment à ce que des ingénieurs indépendants examinent la situation ou il demandera au client ou à l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires. Dans certains cas, l'Ordre signalera le risque aux autorités gouvernementales compétentes.

Les avocats en droit de l'environnement devraient s'efforcer de garder les canaux de communication ouverts avec l'ingénieur dont ils retiennent les services. On peut ainsi espérer que ces avocats pourront communiquer directement avec un ingénieur qui a détecté un problème de sécurité publique en vue de résoudre le problème avant que cet ingénieur ne le signale. Cette approche de communication ouverte aura parfois pour effet de contrer le réflexe initial de l'ingénieur de signaler le problème et d'aider le client à atténuer une situation dangeureuse.

GÉOSCIENTIFIQUES

Les géoscientifiques de l'Ontario sont régis par l'Ordre des géoscientifiques professionnels de l'Ontario, en vertu de la *Loi de 2000 sur les géoscientifiques professionnels*[6]. À l'instar des ingénieurs, les géoscientifiques ont des obligations envers leurs clients, leurs employeurs et le public.

Le *Code de déontologie des géoscientifiques professionnels* de l'Ontario énonce que le premier devoir du professionnel est de considérer la sécurité et le bien-être du public comme étant primordial, comme c'est le cas pour les ingénieurs[7]. Le géoscientifique peut faire l'objet de sanctions disciplinaires en raison d'une faute professionnelle, ce qui comprend le fait qu'il « ne corrige pas

4. *Ibid.*, art 72(2)(c).
5. Ordre des ingénieurs de l'Ontario, *A Professional Engineer's Duty to Report*, Toronto, 2010.
6. *Loi de 2000 sur les géoscientifiques professionnels*, LO 2000, c 13.
7. *Code de déontologie des géoscientifiques professionnels*, Règl de l'Ont 60/01, art 5(2)(a).

ou ne signale pas une situation qui, à son avis, peut mettre la santé ou le bien-être du public en danger[8] ».

Encore une fois, les avocats en droit de l'environnement devraient s'efforcer de bien communiquer avec les géoscientifiques qu'ils mandatent. Ceci peut aider à détecter les problèmes et, espérons-le, les atténuer afin que le géoscientifique n'ait pas l'obligation de les signaler à une tierce partie.

FAITS CONCRETS

Selon les auteurs, les avocats font appel aux ingénieurs et aux géoscientifiques depuis bien avant que ces derniers aient l'obligation de signaler aux autorités gouvernementales l'existence d'un risque pour la sécurité et le bien-être du public. Rares ont été les circonstances où ces professionnels ont parlé de faire rapport. Les clients des auteurs les ont consultés à moult reprises au sujet de cette question, sans que les autorités publiques en soient avisées.

Ceci dit, la pratique du droit de l'environnement se transforme en se concentrant beaucoup plus sur l'évaluation des risques et leurs effets sur la santé. Chose certaine, depuis la promulgation des modifications de 2011 au règlement intitulé *Record of Site Condition Regulation*[9], davantage de mesures ont été prises en vue d'évaluer les risques, particulièrement ceux liés à l'intrusion de vapeurs.

Alors que nous en apprenons davantage au sujet de l'intrusion de vapeurs et d'autres risques peu connus, il peut survenir un plus grand nombre de situations qui pousseront les ingénieurs et les géoscientifiques à se concentrer sur les risques pour la sécurité et leur obligation de les signaler. Voilà un sujet à aborder plus fréquemment avec le client et l'ingénieur ou le géoscientifique avant et pendant les enquêtes environnementales.

AUTRES OPTIONS PROCÉDURALES DANS LE RECOURS À L'EXPERT EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Recourir aux experts est coûteux et cela crée une dynamique de confrontation, sans parler de la potentielle perte d'objectivité. Il existe d'autres options procédurales que l'avocat en droit de l'environnement peut envisager lorsqu'il donne des directives aux experts. Ces solutions de rechange comportent toutes

---

8. *Questions disciplinaires – plaintes et procédures disciplinaires liées à l'exercice de la géoscience professionnelle*, Règl de l'Ont 258/02, art 16(2)(2).
9. Règl de l'Ont 153/04 découlant de la Partie XV.1 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.

des avantages et des inconvénients. Dans certains cas, elles peuvent s'avérer plus efficaces que l'approche traditionnelle.

EXPERTS NOMMÉS CONJOINTEMENT

Une solution de rechange au recours aux experts dans un litige consiste à désigner un seul expert neutre au sujet d'une question. Cet expert est alors responsable envers le tribunal de fournir un avis d'expert auquel les parties pourront se fier. Cet expert unique peut être nommé conjointement par les parties ou par le tribunal. Aucune autre partie n'a la possibilité de soumettre une preuve d'expert supplémentaire, sauf avec l'autorisation du tribunal. Cette approche est prévue à la Règle 52.03 de l'Ontario[10]. On l'utilise déjà comme solution de rechange devant les tribunaux du Royaume-Uni, de l'Australie et de Nouvelle-Zélande.

Avantages et inconvénients

Un avantage du modèle de l'expert unique nommé conjointement est celui des économies potentielles de temps et d'argent. Faire appel à plusieurs experts exige des ressources financières considérables avant le procès et de nombreuses heures d'audition. En théorie, le fait de recourir à un seul expert peut aider le tribunal et les parties, et à moindre coût.

De plus, alors que les règles prévoient que tous les experts ont un devoir envers le tribunal, l'idée d'un expert nommé conjointement élimine aussi la possibilité réelle ou perçue d'un parti pris qui peut limiter l'expert lorsqu'une partie le désigne pour son propre compte. Un avocat compétent n'influencera pas les conclusions de l'expert désigné par les parties. Il devra toutefois lui fournir une orientation et des directives.

À la différence des experts nommés par les parties, les experts uniques doivent recevoir les directives dont les parties ont convenues ou que le tribunal a déterminées. Les directives donnent un cadre à la preuve présentée au procès et les parties peuvent ensuite en débattre. Il arrive que l'on gaspille des ressources et du temps à cette étape si l'avocat de la partie adverse estime que les directives données à l'expert unique ne représentent qu'une fraction de la réalité.

L'expert unique porte aussi le fardeau d'être le seul à fournir un avis d'expert au procès sur la question en litige. Si un expert vient à perdre sa crédibilité aux yeux du tribunal, il n'existe aucune autre opinion sur laquelle s'appuyer. De même, il n'est pas possible de faire confirmer un avis d'expert par

10. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario [*Règles*].

un autre ni de chercher à approfondir des questions en litige. Il peut être difficile pour le tribunal de déterminer, au moyen d'un seul rapport d'expert, quelles questions sont au centre du recours et lesquelles sont de moindre importance.

Applicabilité du modèle de l'expert nommé conjointement au litige en général

L'honorable Coulter Osborne a examiné l'applicabilité du modèle de l'expert nommé conjointement en Ontario dans le cadre du *Projet de réforme du système de justice civile*[11]. Bien que, selon lui, l'idée soit bonne en théorie, elle ne fonctionnera pas dans la plupart des cas[12]. En effet, des parties opposées s'entendent rarement sur les éléments factuels de l'affaire, éléments qui doivent pourtant servir de base au rapport d'expert. Pour cette raison, on évalue cette idée au cas par cas et on y a rarement recours[13]. Osborne demeure cependant critique quant au modèle en vigueur. Il croit que les juges de première instance devraient se demander s'il est nécessaire de faire appel à des experts lorsqu'ils envisagent les coûts[14].

En 2003, l'Alberta Law Reform Institute (ALRI) a songé à appliquer le modèle de l'expert nommé conjointement en Alberta[15]. L'ALRI a conclu que le modèle :

- peut entraîner des retards pendant le processus de sélection d'un seul expert ;
- peut entraîner des retards pendant le processus de transmission de directives à l'expert ;
- peut entraîner une augmentation du nombre de demandes judiciaires découlant des processus ci-dessus[16].

En général, l'ALRI a conclu que le passage au modèle d'expert nommé conjointement causerait probablement plus de problèmes qu'il n'en résoudrait[17]. L'ALRI ne l'a donc pas recommandé en Alberta.

En 2006, le groupe de travail sur la réforme de la justice civile en Colombie-Britannique, le Columbia Civil Justice Reform Working Group, n'a pas recommandé le modèle de l'expert nommé conjointement dans cette

---

11. Hon Coulter A Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile – Résumé des conclusions et des recommandations* (2007), p. 73 [*Rapport Osborne*].
12. *Ibid.*, p. 71 à 72.
13. *Ibid.*
14. *Ibid.*, p. 72.
15. Alberta Law Reform Institute, *Expert Evidence and "independent" Medical Examinations*, Consultation Memorandum No 12.3, Edmonton, ALRI, 2003.
16. *Ibid.* p. 23.
17. *Ibid.*

province[18]. Le groupe de travail a recommandé une approche similaire aux règles de l'Ontario en vertu de laquelle un juge a le pouvoir de désigner un expert unique lorsqu'il l'estime approprié[19].

L'approche de l'expert nommé conjointement au Royaume-Uni a connu un succès limité. Depuis la mise en œuvre du modèle, il semble que l'utilisation de rapports d'expert mercenaire a diminué[20]. On ne peut toutefois pas dire la même chose des coûts et du temps, puisque les parties engagent leur propre expert fantôme pour commenter le rapport de l'expert commun[21].

Applicabilité du modèle de l'expert nommé conjointement au litige environnemental

En Ontario, la Règle 52.03[22], décrite ci-dessus, permet à un juge, selon la requête d'une partie ou de son propre chef, de nommer un expert commun. On utilise rarement cette règle.

Le juge Osborne émet une mise en garde relativement aux experts nommés conjointement lorsque les parties ne s'entendent pas sur les faits à la base du litige et sur lesquels l'expert appuiera son rapport[23]. Dans les litiges environnementaux, les rapports traitent souvent de contamination, de migration et de réhabilitation ; ils devraient en théorie être objectifs et non partisans. Les faits de base sur lesquels les experts s'appuient (p. ex., les usages des terres adjacentes, les données sur les sols et les eaux souterraines) ne devraient pas faire l'objet d'un différend entre les parties, surtout lorsque des experts environnementaux opposés travaillent de concert pendant l'investigation, les analyses et aux phases d'atténuation du projet. Il s'agit de la situation idéale envisagée par Osborne pour un expert unique.

Il est important de distinguer les faits connus pour donner des éléments de base à l'expert et pour établir la responsabilité juridique (ce sur quoi les parties seront invariablement en désaccord). Un expert commun peut recevoir des directives des deux parties afin de tirer des conclusions scientifiques

---

18. Civil Justice Reform Working Group, British Columbia Justice Review Task Force, *Effective and Affordable Civil Justice : Report of the Civil Justice Reform Working Group to the Justice Review Task Force* (novembre 2006), [en ligne] <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/about-bc-justice-system/justice-reform-initiatives/cjrwg_report_11_06.pdf>.
19. *Ibid.* p. 14.
20. Robert Musgrove, « Lord Woolf's Reforms of Civil Justice : The Reforms, their Impact, and the Future for Civil Justice Reform in England and Wales », Discours prononcé à l'occasion de l'Advocates' Society Policy Forum, Toronto, le 9 mars 2006.
21. Lord Chancellor's Department, *Emerging Findings : An Early Evaluation of the Civil Justice Reforms : A Report*, London, UK, mars 2001, par 4.21 à 4.26, [en ligne] <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/emerge/emerge.htm>.
22. *Règles*, *supra* note 10, règle 52.03.
23. *Rapport Osborne*, *supra* note 11, p. 71 à 72.

pertinentes à partir des données existantes. L'expert ne peut tirer des conclusions d'ordre juridique quant à l'intention, à la négligence ou aux infractions.

On hésite à adopter cette approche dans un litige environnemental, car le rapport d'expert unique a le potentiel de déterminer l'issue du litige, ce qui rend la situation trop imprévisible. Par exemple, dans les litiges portant sur la contamination des sols et des eaux souterraines, il est possible de recueillir des données objectives au sujet de la concentration d'éléments contaminants et des niveaux des eaux souterraines grâce à des trous de forage et des puits de surveillance. Il est souvent impossible, avec de telles données, de tirer une conclusion relative à la source de la contamination ou à la direction de l'écoulement des eaux souterraines. À cette étape, les experts environnementaux offriront un avis probablement subjectif, dont le poids dépend des données objectives et de leur interprétation. Il est possible que des experts raisonnables arrivent à des opinions différentes sur la base des mêmes données.

Il s'agit là d'une préoccupation bien connue dans les litiges environnementaux, et ce n'est pas la seule. Elle reflète un débat plus vaste, à savoir si les experts nommés conjointement sont bénéfiques au système judiciaire. Tout dépend des circonstances.

DÉPÔT SIMULTANÉ DES RAPPORTS D'EXPERTISE

Une autre option consiste à recueillir une preuve simultanée donnée par une formation de plusieurs experts désignés par les parties. Selon cette pratique, chaque partie demande à son expert de produire un rapport sur une question donnée. Une fois les rapports déposés, l'avocat ou le tribunal peut demander aux experts de se rencontrer de façon indépendante et objective.

En sortant de cette rencontre, les experts auront déterminé les points d'accord et de désaccord ainsi que les raisons de chacun, le cas échéant. Si le dossier se rend au procès, il est possible d'interroger les experts de façon indépendante ou en groupe afin d'expliquer davantage les raisons de leur désaccord. Cette pratique consistant à déposer en même temps les rapports des experts est communément appelée le « hot-tubbing ».

Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario permettent, sans toutefois l'obliger, la présentation de preuve simultanée[24].

Cette approche est à mi-chemin entre les deux autres approches : la première, où les experts travaillent chacun de leur côté au nom de la partie qui les a mandatés, et la deuxième, qui consiste à faire appel à un seul expert déterminé. Dans cette approche, les parties désignent aussi leur expert et lui

24. *Règles*, *supra* note 10, règles 20.05(2)(k) et 50.07(1)(c).

transmettent leurs directives. Les experts doivent cependant se réunir et discuter de leurs conclusions sur la question avec d'autres experts avec qui ils seront en accord ou non.

Avantages et inconvénients

La présentation d'une preuve simultanée permet d'économiser du temps et de l'argent au cours d'une instance, ce qui n'est pas le cas du modèle de présentation non simultanée d'une preuve. En discutant ensemble de leur rapport respectif, les experts peuvent arriver à circonscrire la question avec plus de précision. Ceci fait économiser des ressources pendant la négociation de règlements hors cours ou durant le procès ; les parties et le tribunal peuvent ainsi cerner plus aisément les questions réelles qui détermineront l'issue du litige.

Avec une entente de présentation de preuve simultanée, les experts sont en mesure d'examiner des problèmes en dehors du cadre judiciaire. Normalement, les experts sont interrogés au procès par un avocat qui suit une stratégie de plaidoirie précise. Au procès, on n'accorde pas aux experts suffisamment de latitude pour exprimer leurs pensées et leur opinion sur la façon dont les conclusions de divers rapports peuvent interagir entre elles. Lorsqu'ils se rencontrent en dehors du tribunal, les experts peuvent créer une atmosphère de collaboration qui favorise l'examen par les pairs et une communication bien plus ouverte.

La pratique du « hot-tubbing » renforce aussi les opinions de l'expert le plus raisonnable. En cas de désaccord, les experts doivent soit se ranger à l'opinion des autres, soit défendre leur rapport. Les justifications de chaque expert concernant chaque élément de désaccord révèlent la force de l'opinion de chacun d'entre eux. Les opinions faiblement appuyées ne résisteront pas à l'examen rigoureux d'un autre expert. En d'autres mots, ce modèle crée un espace de discussion pour les experts, où ceux-ci réagissent aux rapports des experts des parties adverses et où ils soulèvent les lacunes et les différences des rapports.

En dépit des avantages, la présentation d'une preuve simultanée comporte aussi des inconvénients. Les experts compétents effectuent une recherche approfondie et rédigent leurs rapports minutieusement. Ces experts devraient faire le tour d'une question et arriver à la conclusion la plus plausible compte tenu des données. Il est possible qu'une concertation entre experts ne mène pas à des changements de point de vue. Chaque expert a droit à son opinion raisonnable. Dans ce cas, la présentation d'une preuve simultanée n'aura pas nécessairement pour effet d'approfondir la question, ce qui équivaut à un gaspillage de ressources.

La présentation de preuve simultanée convient peut-être plus aux situations où les rapports d'experts se fondent sur des données objectives. Lorsque les rapports d'expert reposent sur des analyses subjectives, il est possible qu'une formation d'experts ne fasse que démontrer la pluralité des opinions sur une question donnée. Il arrive qu'une preuve simultanée ne vienne pas circonscrire les questions avec précision.

La preuve simultanée convient davantage aux experts confiants, persuasifs et pleins d'assurance. Les tribunaux et les avocats doivent être vigilants et attribuer une force probante à la preuve uniquement en fonction de celle-ci et en faisant abstraction de l'expert qui la présente. Ceci s'applique également au témoignage d'expert non simultané. Toutefois, en pareilles circonstances, l'avocat conserve une plus grande maîtrise sur le témoignage de l'expert[25].

De plus, une forme de partisanerie ou de parti pris peut subsister chez les experts étant donné qu'ils sont nommés par les parties. Aucune étude connue des auteurs n'a été entreprise visant à déterminer s'il existe un lien entre la partialité et la technique du « hot-tubbing ».

Applicabilité de la preuve simultanée au litige en général

À l'instar des experts nommés conjointement, on considère la présentation de preuve simultanée comme une solution de rechange, car cette pratique est peu répandue en Ontario. Les tribunaux ontariens peuvent appliquer les règles 50.07(1)(c) et 20.05(2)(k) à leur discrétion et ainsi ordonner la présentation d'une preuve simultanée.

Dans l'affaire *Glass* c *618717 Ontario Inc*[26], les deux parties ont déposé une preuve d'expert concernant une évaluation commerciale dans le cadre d'une requête présentée devant le juge D.M. Brown de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le juge Brown a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Les avocats des demandeurs [et des intimés] ont accueilli favorablement mes directives à l'endroit des experts pour qu'ils se consultent et discutent davantage.
>
> […] Lorsque les deux experts témoigneront au procès, je vais vouloir comprendre précisément pourquoi leurs points de vue respectifs sur la juste valeur marchande des actions de cette société s'éloignent autant l'un de l'autre. Pour m'aider à comprendre et à cibler précisément les questions d'évaluation commerciale dans ce procès, j'enjoins à John Seigel et Robert Martin, les auteurs du rapport de PWC, et Chris Nobes, l'auteur du rapport critique limité de Campbel Valuation, de se réunir et de préparer une déclaration commune signée par chacun d'eux, qui :

25. Erik Arnold et Errol Soriano, « The Recent Evolution of Expert Evidence in Selected Common Law Jurisdictions Around the World », *The Lawyers Weekly*, 23 janvier 2013, p. 15.
26. *Glass c 618717 Ontario Inc*, 2011 ONSC 2926 [*Glass*].

> i. indique précisément les questions d'évaluation des actions ordinaires des sociétés du groupe Pronorth sur lesquelles ils sont d'accord ;
>
> ii. indique précisément les questions sur lesquelles ils sont en désaccord et
>
> iii. explique en détail les raisons de leurs divergences d'opinions.
>
> En vertu des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, tous ces experts témoignent en étant dans l'obligation de « rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial » (règle 4.1.01(1)(a)). Je m'attends à ce que leur déclaration commune m'apporte une aide d'expert impartiale grâce à laquelle je comprendrai mieux la raison d'une si grande divergence d'opinions quant à la valeur des actions ordinaires de ce qui me semble être un groupe de sociétés commerciales assez simple[27]. [Souligné dans l'original]

Plus loin au cours du procès, le juge Brown a évalué le mérite de cette ordonnance :

> [TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné plus tôt, j'ai ordonné au milieu du procès aux évaluateurs commerciaux de rédiger une déclaration commune avant pour but de livrer leur témoignage, ce qu'ils ont fait. Bien que les évaluateurs aient été incapables de convenir d'une fourchette pour la valeur des actions, leur déclaration commune s'est révélée d'une grande aide pour cibler les éléments de désaccord et leur incidence financière. Je désire remercier MM. Seigel et Nobes pour leur travail de rédaction de la déclaration commune[28].

Le juge Brown, citant de nouveau l'exemple de la décision *Glass*, a également ordonné aux experts de lui remettre une déclaration commune dans les affaires *Wood* c *Arius3D Corp*[29] et *Karrys Bros Ltd* c *Ruffa*[30].

Hormis les ordonnances du juge Brown mentionnées ci-dessus, ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel de l'Ontario n'ont ordonné qu'on dépose une preuve écrite simultanée.

Les *Règles des Cours fédérales* prévoient la possibilité de recueillir une preuve simultanée en interrogeant les experts sous forme de groupe[31]. La Cour fédérale a eu recours à cette approche dans les affaires *Apotex Inc* c *AstraZeneca Canada Inc*[32]. et *Distrimedic Inc* c *Dispill Inc*[33].

Il est possible de déposer une preuve simultanée sans que le tribunal l'ordonne. L'avocat peut aussi demander aux experts dans une action de rédiger une déclaration commune si les parties l'estiment utile afin d'économiser des

---

27. *Ibid.*, par 24 à 26.
28. *Glass* c *618717 Ontario Inc*, 2012 ONSC 535, par 250.
29. *Wood* c *Arius3D Corp*, 2012 ONSC 5596, par 8.
30. *Karrys Bros Ltd* c *Ruffa*, 2014 ONSC 713, par 19 à 21.
31. *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art 282.1.
32. *Apotex Inc* c *AstrazZeneca Canada Inc*, 2012 CF 559, par 6.
33. *Distrimedic Inc* c *Dispill Inc*, 2013 CF 1043, par 168.

ressources. En o*biter*, dans son jugement de l'affaire *Livent Inc. (Special Receiver and Manager of)* c *Deloitte & Touche*[34], le juge A.M. Gans a réprimandé l'avocat, car il n'avait pas eu recours à une formation d'experts concernant le rapport des dommages, en déclarant :

> I digress to observe that the complexity and confusion erupting from the banker's box of damage reports could have been more readily avoided had counsel directed their respective experts to engage in some early "hot tubbing," a concept which has not been met with favour from the Ontario bar though it has on occasion been ordered by this court. The resolution of certain evidentiary problems and factual disputes that disappeared during the course of the trial through the court-assisted conclusion of agreed statements of fact underscores why counsel should insist on more trial management, earlier and more often than a scant few weeks before trial[35].

Il existe peu de directives des tribunaux d'appel sur le thème de la preuve simultanée d'experts. Le seul commentaire que la Cour d'appel de l'Ontario a offert se lit dans le jugement *Suwary (Litigation Guardian of)* c *Women's College Hospital*[36]. Au cours du procès dans cette affaire, le juge a critiqué les témoins experts pour ne pas avoir discuté ensemble de leurs différences d'opinions avant le procès. La Cour d'appel a déclaré :

> [TRADUCTION] Nous ne sommes pas d'accord avec le juge de première instance dans cette affaire lorsqu'il reproche aux témoins experts de ne pas s'être rencontrés afin de passer en revue les questions du procès. Bien qu'il s'agit sans doute d'une option dont les avocats peuvent convenir, et bien que cette approche peut s'avérer souhaitable dans certaines affaires, c'est aux avocats que revient la décision de recourir à cette approche, et non aux experts[37].

C'est la responsabilité des avocats d'utiliser l'approche volontaire de la preuve simultanée, et non des experts.

Application de la preuve simultanée au litige environnemental

On n'a toujours pas eu recours à la démarche de la preuve simultanée en droit de l'environnement (du moins, on n'y fait pas mention).

Dans un litige environnemental, les données techniques et scientifiques utilisées au soutien des rapports d'expert pourraient tout à fait convenir à l'approche de preuve simultanée. Comme nous l'avons mentionné en parlant du modèle de l'expert nommé conjointement, il ne devrait pas y avoir de différend entre les experts environnementaux des parties opposées quant aux

---

34. *Livent Inc (Special Receiver and Manager of)* c *Deloitte & Touche*, 2014 ONSC 2176, confirmée (2016 ONCA 11) puis renversée sur un autre aspect (2017 CSC 63).
35. *Ibid.*, par 276.
36. *Suwary (Litigation Guardian of)* c *Women's College Hospital*, 2011 ONCA 676.
37. *Ibid.,* par 114.

faits de base sur lesquels ils s'appuient (l'utilisation de terres adjacentes, les données sur le sol et les eaux souterraines, etc.). Ceci est particulièrement le cas lorsque des experts environnementaux opposés travaillent de concert pendant l'enquête, les analyses et les phases d'atténuation du projet. S'il survient un différend, il devrait porter sur l'interprétation des données et les conclusions qu'on en tire. En discutant, par exemple, de la source de la contamination ou des options d'assainissement, une formation d'experts pourra cerner les questions, favoriser la conclusion d'un règlement ou faire gagner du temps pendant le procès. Des rencontres impartiales peuvent favoriser la révision par les pairs et la collaboration entre les experts environnementaux.

On ne peut certes pas prévoir dans un dossier qu'un expert sera partial ou qu'il restera figé sur sa position. Dans les litiges environnementaux, l'efficacité de la preuve simultanée variera d'un dossier à l'autre, en fonction des questions et des experts qui y participent. Cependant, ces préoccupations et d'éventuels échecs isolés ne devraient pas fermer la porte à cette pratique qui pourrait s'avérer utile.

Chapitre 40

L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens

Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava

INTRODUCTION

L'arrêt *R* c *Mohan*[1], rendu par la Cour suprême du Canada, fait autorité en matière d'admissibilité de la preuve d'expert. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que l'admissibilité de la preuve d'expert repose sur les critères suivants :

- la pertinence ;
- la nécessité d'aider le juge des faits ;
- l'absence de toute règle d'exclusion et
- la qualification suffisante de l'expert[2].

La partie qui entend déposer une preuve d'expert a le fardeau de remplir les quatre critères de l'arrêt *Mohan*[3]. Le test de *Mohan* s'applique à la fois dans les procès criminels et civils[4].

1. *R* c *Mohan*, [1994] 2 RCS 9, par 31 [*Mohan*].
2. *Ibid.*, par 17 à 21.
3. *R* c *Terceira*, (1998) 38 OR (3d) 175 (CA), confirmée [1999] 3 RCS 866.
4. *Drumonde* c *Moniz*, (1997) 105 OAC 295 (CA).

La pertinence

La pertinence d'une preuve d'expert est une question de droit déterminée par le juge qui préside l'instance[5]. La preuve ne doit pas seulement concerner un fait qui est au centre du litige ; elle doit aussi avoir une valeur aux fins du procès. Comme il est écrit dans *McCormick on Evidence*[6], ouvrage cité dans l'arrêt *Mohan*, la valeur de la preuve doit l'emporter sur l'impact sur le procès. Dans *Mohan*, la Cour a affirmé :

La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité[7].

Dans les affaires *R* c *Melaragni*[8] et *R* c *Bourguignon*[9], le tribunal s'est penché sur la possibilité qu'une preuve embrouille ou déroute le jury. Dans l'affaire *Mohan*, la Cour a tenu compte de ce facteur en évaluant la pertinence de la preuve[10].

La nécessité d'aider le juge des faits

Une preuve d'expert doit nécessairement « donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury[11] ». Ceci comprend les situations où la preuve permet au juge des faits de comprendre des questions de nature technique[12]. Dans le même ordre d'idées, cette norme s'exprime aussi du point de vue inverse, en ce que des personnes ordinaires ne pourront probablement pas se former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des connaissances spéciales[13].

Une preuve d'expert ne devient pas nécessaire du simple fait qu'elle est présentée par un expert compétent avec des termes techniques complexes. Si des jurés peuvent décider d'une question sans l'aide d'un expert, alors une

---

5. *Mohan*, *supra* note 1, par 18.
6. Edward Cleary, *McCormick on Evidence*, 3e éd, St Paul, MN, West Publishing, 1984, p. 544.
7. *Mohan*, *supra* note 1, par 22.
8. *R* c *Melaragni*, (1992) 73 CCC (3d) 348, p. 353 (CP (Gén Div) On).
9. *R* c *Bourguignon*, [1991] OJ No 2670 (CP (Gén Div)).
10. *Mohan*, *supra* note 1, par 22
11. *Ibid.*, par 26, citant le juge Dickson dans *R* c *Abbey*, [1982] 2 RCS 24, par 44.
12. *R* c *Abbey*, [1982] 2 RCS 24.
13. *Kelliher (Village of)* c *Smith*, [1931] RCS 672, p. 684.

preuve d'expert est susceptible d'influencer indûment les conclusions du juge des faits[14].

L'absence de toute règle d'exclusion

Une preuve d'expert n'est pas automatiquement admissible si elle répond aux trois autres critères de l'arrêt *Mohan*. Elle doit aussi être admissible en vertu du droit de la preuve en général. Si une règle d'exclusion s'applique à la preuve d'expert, elle sera exclue en dépit de sa pertinence, de sa nécessité et de la qualification suffisante de l'expert[15].

La qualification suffisante de l'expert

Un expert compétent est un « témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à une expérience ou à des études relatives aux questions visées dans son témoignage[16] ». La qualité d'expert est un statut relativement modeste qu'on reconnaît à un témoin qui « possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits[17] ».

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO (*R* c *ABBEY*)

En 2009, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R* c *Abbey*[18] a ajouté une analyse supplémentaire aux quatre critères de l'arrêt *Mohan*. Le juge Doherty, au nom de la Cour, a adopté un processus en deux étapes pour déterminer l'admissibilité d'une preuve d'expert[19]. En premier lieu, la partie qui entend déposer la preuve doit remplir les quatre critères de l'arrêt *Mohan*. Deuxièmement, le juge des faits doit décider si la preuve est suffisamment bénéfique au procès[20].

Le juge Doherty a apporté un deuxième volet à l'analyse dans l'affaire *Abbey*. Il décrit cette fonction du juge des faits comme celle d'un « gardien[21] ». L'analyse des critères de l'arrêt Mohan s'opère par des « oui » ou des « non », mais elle pourrait s'avérer insuffisante pour traiter des questions plus difficiles ou

14. *Mohan*, *supra* note 1, par 25 à 27.
15. *Ibid.*, par 30.
16. *Ibid.*, par 31.
17. *R* c *Béland*, [1987] 2 RCS 398, par 74.
18. *R* c *Abbey*, 2009 ONCA 624, par 76, la demande d'autorisation d'appel a été rejetée (CSC, 8 juillet 2010, n°33656) [*Abbey*].
19. *Ibid.*
20. *Ibid.*
21. *Ibid.*, par 78.

nuancées. Pour cette raison, voici comment la Cour d'appel a décrit le deuxième volet de l'analyse :

> [TRADUCTION] La question du gardien ne fait pas intervenir de règles limpides. Elle nécessite plutôt d'exercer une discrétion judiciaire. Le juge des faits doit identifier et peser des considérations afin de décider si, de façon équilibrée, elles favorisent l'admissibilité de la preuve. Cette analyse des coûts et des bénéfices dépend des faits en l'espèce et, à la différence de la première étape de l'analyse de l'admissibilité, amène souvent une autre réponse qu'un oui ou un non. Plusieurs juges de procès, même en appliquant correctement les principes pertinents dans l'exercice de leur discrétion, pourraient arriver à des conclusions différentes quant à l'admissibilité[22].

Avec ce cadre de réflexion, on peut tenir compte, sans appliquer les quatre critères de *Mohan*, des préoccupations de la Cour suprême du Canada face à la possibilité que le jury soit embrouillé ou dérouté. Le juge des faits doit entreprendre sa propre analyse discrétionnaire des coûts et des bénéfices[23]. Les coûts et les risques inhérents liés à l'admissibilité d'une preuve d'expert comprennent la perte de temps, les préjugés et la confusion[24]. La preuve d'expert comporte l'avantage que le juge des faits est correctement informé sur une question qui échappe à ses connaissances. De plus, le juge des faits doit songer à l'effet qu'aurait l'exclusion d'une preuve d'expert sur la saine administration de la justice[25].

Bien qu'on ne le mentionne pas expressément dans l'affaire *Abbey*, le gardien n'a pas nécessairement à remplir un rôle double. Le juge du procès peut être en mesure d'admettre une preuve d'expert en donnant des directives adéquates au jury, tout en gardant le contrôle de la présentation du témoignage afin de réduire les risques.

SCIENCE DE PACOTILLE

Certains commentateurs ont suggéré récemment que les tribunaux accordaient trop d'importance à la preuve d'expert et s'appuyaient sur elle outre mesure. Dans l'affaire *R* c *Mohan*, la Cour suprême du Canada a déclaré :

> Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite[26].

---

22. *Ibid.*, par 79.
23. *Ibid.*, par 89.
24. *Ibid.*
25. *Ibid.*, par 93.
26. *Mohan*, *supra* note 1, par 23.

Le juge Sopinka, à la page 25 de l'arrêt *Mohan*, a ajouté :

> En résumé, il ressort donc de ce qui précède que la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert[27].

Il s'agit d'une directive sans équivoque à l'avocat et aux tribunaux d'évaluer judicieusement la fiabilité qu'ils accordent aux preuves d'expert. Les tribunaux assument un rôle de gardien visant à éviter qu'on présente de la pseudoscience ou de la science de pacotille en guise de preuve devant les tribunaux.

L'approche adoptée par les tribunaux quant à la science de pacotille provient principalement de la jurisprudence des États-Unis, plus particulièrement, de la trilogie *Daubert*. La trilogie *Daubert* se compose de trois arrêts de la Cour suprême des États-Unis : *Daubert* c *Merrel Dow Pharmaceuticals Inc*[28], *General Electric Company* c *Joiner*[29] *et Kumho Tire Company Ltd* c *Carmichael*[30].

Dans *Daubert*, la Cour suprême des États-Unis a examiné l'application du test de « l'acceptation générale » avec les règles de la Cour fédérale au moment d'admettre un témoignage d'expert en sciences. La Cour a conclu que le test d'acceptation générale ne constituait pas une condition préalable à l'admission d'une preuve scientifique aux termes des règles fédérales de preuve. Ces règles exigent plutôt une évaluation préliminaire qui déterminerait [TRADUCTION] « si le raisonnement ou la méthodologie à la base du témoignage est valide au point de vue scientifique et si ce raisonnement ou cette méthodologie peuvent être correctement appliqués aux faits en l'espèce ». La Cour a dressé une liste non exhaustive de facteurs aux fins de cette évaluation :

- le fait que la théorie ou la technique peut être vérifiée et si elle l'a été ;
- le fait que la théorie ou la technique a fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication ;
- le taux connu ou potentiel d'erreur ou l'existence et le maintien de normes de contrôle sur l'exécution de la technique ;
- le fait que la théorie ou la technique est généralement acceptée par une communauté scientifique pertinente.

---

27. *Ibid.*, par 32.
28. *Daubert* c *Merrel Dow Pharmaceuticals Inc*, 509 US 579 (1993) [*Daubert*].
29. *General Electric Company* c *Joiner*, 522 US 136 (1997) [*Joiner*].
30. *Kumho Tire Company Ltd* c *Carmichael*, 526 US 137 (1999) [*Kumho*].

Dans *Joiner*, il a été question de la norme d'examen applicable aux décisions relatives à la preuve d'expert scientifique. La Cour suprême des États-Unis a estimé que la norme de contrôle adéquate était l'abus de pouvoir.

Dans *Kumho*, la Cour suprême des États-Unis a maintenu l'approche de *Daubert*. Cela comprenait les connaissances techniques ou spécialisées, comme en ingénierie. La Cour a réaffirmé que la liste de facteurs dans *Daubert* n'était pas exhaustive et qu'elle peut ne pas s'appliquer dans certaines affaires. La Cour a donné quelques exemples où un sujet n'avait pas fait l'objet d'un examen par un pair par manque d'intérêt ou que l'acceptation générale ne pouvait peut-être pas s'appliquer, car la fiabilité de la discipline elle-même laissait à désirer.

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R* c *J.-L.J*, a adopté la liste des facteurs de *Daubert*[31]. La Cour a cité l'arrêt *Mohan*, où le plus haut tribunal du pays a déclaré que les nouvelles techniques ou théories devaient faire l'objet d'un examen rigoureux et franchir un seuil de fiabilité de base[32]. Fait à noter, en contexte de droit criminel, la cour tentait de déterminer dans *R* c *J.-L.J.* l'admissibilité d'une preuve d'expert liée à un nouveau test en matière d'agression sexuelle. La Cour a déclaré que même si le test était utile dans un traitement, il n'était pas suffisamment fiable pour être utilisé dans une cour de justice[33].

La Cour d'appel, dans l'affaire *Abbey*, a offert une liste non exhaustive plus large de questions qui pourraient s'avérer pertinentes et utiles afin de déterminer si une preuve d'expert scientifique nouvelle devrait être acceptée.

- Dans quelle mesure le domaine d'où provient l'opinion offerte est-il une discipline, une profession ou un secteur de formation spécialisée qui sont reconnus ?
- Dans quelle mesure le travail de ce domaine est-il soumis à des mesures d'assurance de la qualité et à une évaluation indépendante appropriée par les pairs ?
- Quelles sont les compétences reconnues particulières de l'expert dans cette discipline, cette profession ou ce secteur de formation spécialisée ?
- Dans la mesure où l'opinion repose sur des données recueillies de diverses façons, comme des entrevues, ces données sont-elles enregistrées et stockées convenablement et peut-on les consulter ?
- Dans quelle mesure le témoin expert explique-t-il les processus de raisonnement à la base de son opinion et de ses méthodes de collecte d'information pertinente et le jury peut-il en faire un examen critique ?

---

31. *R* c *J-LJ*, 2000 CSC 51, par 33.
32. *Ibid.*, par 35.
33. *Ibid.*

- Dans quelle mesure l'expert a-t-il développé son opinion au moyen de méthodologies acceptées par ses pairs ?
- Dans quelle mesure les méthodologies acceptées favorisent-elles et améliorent-elles la fiabilité de l'information recueillie sur laquelle l'expert s'est fondé ?
- Dans quelle mesure le témoin, en exprimant son opinion, a-t-il respecté les limites de sa discipline d'où il puise ses compétences ?
- Dans quelle mesure l'opinion exprimée repose-t-elle sur des données et d'autres renseignements recueillis indépendamment des faits du procès ou du processus litigieux dans son sens large ?[34]

Les avocats en droit de l'environnement devraient connaître les affaires *R* c *J.-L.J. et Abbey*, surtout dans les dossiers traitant de sciences nouvelles ou en pleine évolution. Ces affaires montrent en quoi les plaideurs doivent faire preuve de prudence en examinant les méthodologies des experts de la partie adverse et des leurs. Les plaideurs devraient déterminer si l'expert emploie des méthodes reconnues par ses pairs. Ils devraient passer en revue la jurisprudence afin de déterminer si d'autres tribunaux se sont déjà fiés aux méthodes ou aux techniques utilisées par d'autres experts dans des dossiers similaires. Les plaideurs doivent avoir confiance en leurs experts, y compris leurs méthodes et leurs techniques.

CRÉDIBILITÉ DE LA PREUVE

> [TRADUCTION] Avec égard, la cour estimerait très difficile d'accepter une explication de la cause des odeurs à l'extérieur du site d'enfouissement des déchets lorsqu'elle provient d'un profane qui ne possède ni compétence ni expérience en la matière, en gestion des déchets ou en sciences environnementales, en comparaison avec celle d'un expert reconnu et chevronné dans le domaine des sites d'enfouissement des déchets[35].

La crédibilité d'un expert à un procès repose principalement sur son expérience et ses compétences. Toutefois, la crédibilité d'un expert n'est pas infaillible. Les experts peuvent perdre leur crédibilité plus vite qu'ils ne l'obtiennent. La perte de crédibilité ternit l'image de l'expert, de l'avocat qui a retenu ses services et de la partie qui a mandaté l'avocat.

---

34. *Abbey*, *supra* note 18, par 119.
35. *Ontario (Ministry of the Environment)* c *Sault Ste Marie (City),* 2008 ONCJ 583, par 91.

L'indépendance et la partialité

Les experts sont rémunérés par la partie qui fait appel à leurs services. Naturellement, les experts veulent s'assurer de la satisfaction de leur client afin de poursuivre le travail en cours et obtenir d'autres mandats dans le futur. Les avocats jouent souvent un rôle déterminant dans le choix des témoins experts. Certains d'entre eux sont connus pour choisir l'expert qui leur fournira l'opinion qu'ils recherchent et pour exercer sur lui une légère influence. Il n'y a aucun doute que cette façon de faire peut entacher la crédibilité de l'expert aux yeux du tribunal, en laissant l'avocat porter le poids de l'indépendance perçue ou perdue de l'expert.

Dans le contexte d'une poursuite, l'affaire *R* c *Commander Business Furniture Inc*[36] montre un exemple d'une perte totale de crédibilité du consultant qui s'était fait influencer par l'intimé (pas l'avocat). L'intimé exploitait des installations de peinture de meubles de bureau. Des voisins ont exprimé plusieurs plaintes à propos des odeurs au ministère de l'Environnement de l'Ontario. L'intimé a fait appel à un consultant pour évaluer le problème et proposer des solutions possibles. Au procès, l'intimé s'est fié sur le consultant pour établir une défense de diligence raisonnable. La Cour de justice de l'Ontario a déterminé que l'intimé a demandé au conseiller de modifier ses recommandations[37]. L'intimé voulait que le conseiller recommande les mesures les moins coûteuses, même s'ils savaient tous deux qu'elles étaient moins efficaces. La Cour a estimé que le témoignage de l'expert, fondé sur le rapport final, ne constituait pas une opinion professionnelle crédible, compte tenu de ce que le consultant avait affirmé dans des versions préliminaires de rapport[38].

Dans l'affaire *WCI Waste Conversion Inc* c *ADI International Inc*, les deux experts des intimés ont perdu leur crédibilité en raison de l'influence exercée par les intimés dans la rédaction des rapports des experts[39]. Le demandeur et l'intimé avaient démarré une coentreprise en vue de construire et d'exploiter des installations de compostage. Le demandeur a intenté un recours lorsque l'intimé a mis fin au contrat et qu'il a pris possession des installations après le début de la coentreprise. L'intimé a mandaté des experts pour obtenir une opinion sur la conception et l'exploitation des installations.

La Cour a estimé que la preuve contredisait la déclaration du premier expert de l'intimé, qui affirmait être le seul auteur du rapport. La Cour a conclu

---

36. *R* c *Commander Business Furniture Inc*, (1992) 9 CELR (NS) 185, 1992 CarswellOnt 222 (CJ Ont) [*Commander*].
37. *Ibid.*, par 174 à 175 et 188.
38. *Ibid.*, par 194.
39. *WCI Waste Conversion Inc* c *ADI International Inc*, 2008 PESCTD 40 [*WCI Waste*].

que l'intimé avait activement participé à la rédaction du plan et de la version préliminaire du rapport d'expert ainsi qu'à sa révision[40]. La Cour a affirmé qu'un [TRADUCTION] « rapport d'expert n'est utile au tribunal que s'il est indépendant, impartial et qu'il n'a pas été indûment influencé par une personne ayant un intérêt pécuniaire dans son contenu[41] ».

Après avoir pris connaissance des versions préliminaires du rapport de l'autre expert de l'intimé, la Cour a déterminé qu'on avait modifié le rapport définitif pour en retirer tous les éléments qui donnaient une mauvaise image de l'intimé ou une bonne image du demandeur[42]. En comparant les versions préliminaires des rapports, il était évident qu'on avait retranché ou modifié un grand nombre de paragraphes après que l'intimé les ait passés en revue. La Cour a conclu :

> [TRADUCTION] […] lorsqu'une partie qui engage un expert cherche à exercer indûment une influence ou un pouvoir sur son expert ou lui ordonner d'en venir à des conclusions particulières dans son rapport, cette partie diminue la crédibilité et la fiabilité du rapport ainsi que la sienne. Lorsqu'un expert se laisse influencer, il porte atteinte à sa propre intégrité, et la valeur de son rapport s'en trouve alors négligeable ou nulle[43].

Le *Rapport Osborne* aborde justement le problème des mercenaires et des avis à vendre[44]. Le juge Osborne a écrit :

> [TRADUCTION] Au cours des consultations, la question des « mercenaires » et des « avis à vendre » a été constamment désignée comme étant problématique. Afin de contribuer à éliminer le recours à des experts partiaux, il semble n'y avoir aucune raison politique valable pour que les Règles de procédure civile n'imposent pas expressément aux experts une obligation absolue envers la cour, plutôt qu'envers les parties qui les paient ou qui leur donnent des directives. La principale critique concernant une telle démarche est que, sans mécanisme d'exécution clair, elle ne peut avoir de répercussions importantes sur les experts influencés indûment par les parties qui retiennent leurs services[45].

On a alors modifié les *Règles de procédures civiles* de l'Ontario selon la recommandation du juge Osborne d'imposer expressément un devoir aux experts[46]. Ce devoir les oblige à fournir un avis impartial, objectif et non partisan. Le devoir de l'expert envers le tribunal l'emporte sur toute obligation

---

40. *Ibid.*, par 224 à 227.
41. *Ibid.*, par 228.
42. *Ibid.*, par 234.
43. *Ibid.*, par 244.
44. Hon Coulter A Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile, Résumé des conclusions et des recommandations* (2007), p. 75 [*Rapport Osborne*].
45. *Ibid.*
46. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 promulgué en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, règle 4.1 [*Règles*].

envers son client ou son employeur. De plus, les règles obligent maintenant l'expert à reconnaître son devoir envers le tribunal dans son rapport[47].

Dans *R* c *Inco*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a déterminé qu'un lien d'emploi ou le statut d'expert n'était pas un gage d'indépendance ou d'impartialité[48]. Dans *Inco*, on reprochait à l'intimé de décharger des effluents miniers non traités dans un cours d'eau. Le juge des faits a refusé d'accorder le statut d'expert au témoin du ministère de l'Environnement pour le motif qu'il manquait d'indépendance vis-à-vis de la Couronne. En appel, la Cour a déclaré qu'avant de refuser le statut d'expert à un témoin pour des motifs de manque d'indépendance, le tribunal devrait procéder à un voir-dire[49]. À l'audition, un juge peut déterminer si l'expert fait partie d'un projet conjoint avec la partie ou s'il agit à titre de défenseur de cette partie[50]. Un juge des faits peut aussi évaluer un avis d'expert selon ce qui ressort du contre-interrogatoire, des hypothèses utilisées, de la divulgation des faits ainsi que du niveau et de l'étendue des compétences de l'expert[51].

La crédibilité du témoin expert et les dépens

L'affaire *Seaspan ULC (formerly Seaspan International Ltd)* c *Director, Environmental Management Act* a abordé la question de la crédibilité du témoin expert, des coûts découlant du pourvoi complexe et non fondé de l'appelant, et des avis de son expert ingénieur que le tribunal a qualifié de [TRADUCTION] « fondamentalement et irrémédiablement déficients[52] ». La Commission d'appel de l'environnement de la Colombie-Britannique a été saisi de cette affaire. La question des coûts a été tranchée le 15 septembre 2014.

Seaspan ULC (« Seaspan ») a fait appel de l'ordonnance d'un directeur de la Colombie-Britannique à l'encontre de Seaspan et de Domtar Inc. en lien avec une terre contaminée adjacente à l'inlet Burrard, au nord de Vancouver, où se trouve le chantier naval de Seaspan. Avant l'audience, Seaspan a déposé le rapport de son expert, dans lequel ce dernier conclut que les tests n'indiquaient pas que le panache de créosote s'étendait du lot A jusqu'au côté ouest du site. Le tribunal a cité l'avis de l'expert de Seaspan : [TRADUCTION] « selon son opinion professionnelle, la contamination à la créosote trouvée du côté ouest résulte probablement de l'entreposage de bois d'œuvre traité à la créosote dans une zone à marée du côté ouest ». Cet avis appuyait le point de vue de Seaspan

47. *Ibid.*, règle 53.03(2.1).
48. *R* c *Inco* (2006), 80 OR (3d) 594, par 42 à 45 (CS Ont).
49. *Ibid.*, par 45.
50. *Ibid.*, par 49.
51. *Ibid.*, par 45.
52. British Columbia Environmental Review Board, Décisions nº 2010-EMA-005(c) et 2010-EMA-006(c), 15 septembre 2014, par 186.

selon lequel ce n'était pas à elle de remédier à la totalité de ce panache en particulier (même si elle devait décontaminer d'autres parties du site).

L'audience devant le tribunal a commencé. Seaspan a appelé son expert à témoigner. Les compétences de l'expert ont été reconnues en vue de « fournir un avis à titre d'ingénieur quant à la cause ou aux causes et à la délimitation de la contamination au créosote des sols, des eaux souterraines et des sédiments sur le site[53] ». L'expert de Seaspan a déclaré qu'il était au courant de son devoir d'expert aux termes des *Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique*. Le témoignage en interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de l'expert ont pris fin à la fin de la deuxième journée d'audience. On pensait que l'expert serait réinterrogé à la troisième journée. Or, au troisième jour, le tribunal a reçu une lettre l'informant que Seaspan se désistait de ses appels (à l'exception de ceux relatifs à la sûreté et à l'enregistrement d'un engagement). À la suite de l'abandon de l'appel, l'avocat de la partie adverse a déclaré qu'il envisageait de demander les dépens. Le tribunal a accueilli en même temps une requête des parties adverses visant à faire produire le dossier de l'expert.

La Commission d'appel de l'environnement de la Colombie-Britannique a posé deux questions : (1) quel est le test juridique pour accorder les dépens et (2) devrait-on accorder les dépens en pareilles circonstances ?

Le tribunal a écouté les arguments qu'on lui a soumis et s'est posé les questions suivantes : à quel moment le comportement d'une partie dépasse-t-il la limite et devient-il une « situation exceptionnelle » ? À quel stade une partie mérite-t-elle d'être punie ? Et comment le tribunal peut-il éviter que le seuil ne soit trop bas, ce qui découragerait les titulaires de pourvois légitimes et nuirait aux stratégies de litiges[54] ? Le tribunal a déclaré que le pouvoir d'attribuer les dépens était discrétionnaire et que la question des dépens tournait autour des circonstances particulières de l'affaire[55]. Le tribunal a rappelé qu'il avait pour mission de favoriser un comportement responsable tout au long de l'appel et de décourager les comportements déraisonnables ou abusifs[56]. Il a déclaré [TRADUCTION] « [qu']en d'autres mots, les dépens constituent une mesure punitive, et non de compensation, comme si la partie qui obtient gain de cause devait payer les dépens de la partie défaite. Les dépens visent plutôt à punir et a contrer les comportements indésirables[57] ». Finalement, le tribunal a déclaré [TRADUCTION] « [qu']au moment où il doit déterminer s'il devrait accorder les

53. *Ibid.*, par 52.
54. *Ibid.*, par 153.
55. *Ibid.*, par 162 à 163.
56. *Ibid.*, par 164.
57. *Ibid.*

dépens ou non, le tribunal doit aussi mesurer l'importance d'attribuer des dépens dans les situations où cela produira un effet dissuasif non désiré[58] ».

Le tribunal a ensuite passé en revue la preuve d'expert que Seaspan a déposée à l'audience. Le tribunal a déclaré que :

- le rapport d'expert était trompeur ;
- l'expert avait adopté une définition artificiellement technique du mot « contamination » dans ses conclusions en incluant seulement des résultats d'analyses avec des dépassements enregistrés ;
- une fois qu'on a découvert des substances à l'état libre, la théorie du panache discontinu que Seaspan a adopté s'effondre et la conclusion de l'expert s'en trouve complètement discréditée ;
- le rapport était construit de façon à ce qu'un lecteur ne puisse pas discerner la définition de contamination avancée par l'expert ;
- le rapport d'expert contredit les conclusions de rapports antérieurs même si on a donné la directive à l'expert de tenir pour acquis que les rapports antérieurs avaient correctement déterminé la nature et l'étendue de la contamination à la créosote dans le sol[59].

Comme le tribunal l'a mentionné, [TRADUCTION] « Seaspan prétend qu'elle ignorait ou ne pouvait connaître les déficiences du rapport [de son expert]. Le tribunal n'est pas d'accord. Selon lui, Seaspan a avancé un point de vue qui était absolument mal fondé dès le début, présumément pour éviter ou réduire les coûts de décontamination du site[60] ».

À la toute fin, le tribunal a ajouté qu'il s'agissait d'arguments [TRADUCTION] « pour le moins douteux ». C'était même sans espoir, et la théorie présentée à l'audience n'aurait jamais dû l'être[61]. Le tribunal a conclu [TRADUCTION] « [qu']en fin de compte, la théorie sous-jacente de cette affaire – celle qu'elle a choisi de présenter au tribunal–, était tellement mal conçue qu'elle s'est presque immédiatement effondrée au contre-interrogatoire. Il était grotesque de prétendre que la présence de créosote sous forme de liquides non aqueux denses à l'état libre dans les trous de forage ne répondait pas à la définition de « contamination » en raison de l'absence d'une confirmation par analyse de laboratoire[62] ».

À titre de mesure dissuasive, le tribunal a accordé les dépens aux parties adverses. De plus, le tribunal a ordonné à Seaspan de lui remettre, ainsi qu'aux

58. *Ibid.*, par 168.
59. *Ibid.*, par 181.
60. *Ibid.*, par 187.
61. *Ibid.*, par 194.
62. *Ibid.*, par 193.

autres parties, un mémoire relatif au paiement des dépenses du tribunal[63]. Au moment de la rédaction de ce document, il n'était pas encore arrivé à une décision concernant le montant des dépens.

L'exactitude des faits et la confirmation des hypothèses

Contrairement aux témoins ordinaires, les témoins experts ne sont généralement pas présents lors des événements à la suite desquels on a besoin du témoignage d'un expert. Par conséquent, la preuve d'expert se compose habituellement d'opinions basées sur le témoignage d'autrui. L'avis de l'expert repose sur l'information factuelle qu'une partie et des tiers lui rapportent, et sur les hypothèses qu'il en tire. Dans son rapport, l'expert doit indiquer ce sur quoi il s'appuie lorsqu'il donne son avis, y compris une description des hypothèses factuelles sur lesquelles son opinion repose[64].

On peut donc se rendre compte qu'un avis d'expert est aussi fiable que les faits sur lesquels l'expert s'appuie. Les avocats doivent s'assurer que leurs experts ont en main tous les faits pertinents ainsi que tous les renseignements nécessaires. L'expert peut ainsi évaluer le problème qu'on lui présente et fournir un avis éclairé. Dans l'affaire *WCI Waste*, l'intimé a fait appel à son expert pour qu'il lui fournisse des recommandations relativement au système d'aération de ses installations de gestion des déchets. L'expert s'est fondé uniquement sur l'information que l'intimé lui a fournie. L'expert n'a pas lu ou n'a pas tenu compte d'un manuel de 60 pages contenant des renseignements détaillés sur le système de contrôle de l'aération[65]. Par conséquent, le tribunal a considéré qu'on avait déjà mis en œuvre les recommandations de l'expert afin d'améliorer le système, ce qui a grandement fait diminuer la valeur probante de son rapport[66].

Dans *Simpson* c *Chapman*, la Cour a estimé que l'expert du demandeur avait utilisé la mauvaise méthodologie en évaluant si le site était contaminé[67]. L'expert avait employé une méthode qui n'était pas approuvée par la loi. Il a donc appuyé ses conclusions sur cette approche. Le demandeur a été débouté de son recours car il n'a pas su démontrer que le bien était contaminé au sens de la réglementation provinciale.

L'affaire *Simpson* démontre l'importance, pour les avocats, de vérifier avec leur expert les hypothèses factuelles sur lesquelles il fondera son avis. Ceci est particulièrement pertinent pour les avocats en droit de l'environnement, où la

63. *Ibid.*, par 216 et 217.
64. *Règles*, *supra* note 46, règle 53.03(2.1).
65. *WCI Waste*, *supra* note 39, par 212.
66. *Ibid.*, par 201 à 213.
67. *Simpson* c *Chapman*, 2009 BCPC 28 [*Simpson*].

loi impose des exigences réglementaires hautement techniques. Le règlement de l'Ontario intitulé *Records of Site Condition Regulation*[68] en est un bon exemple. Le fait de connaître la nature du type de sol, l'utilisation de la terre et d'autres aspects précis du bien peut grandement changer l'évaluation de conformité d'un bien aux normes sur les sols, l'eau souterraine et les sédiments du ministère de l'Environnement de l'Ontario. Le fait de s'assurer au préalable que l'expert adopte des méthodologies correctes et se conforme aux normes appropriées (qu'elles soient prescrites ou non par la loi) peut éviter une perte de crédibilité fatale de l'expert.

FORCE PROBANTE ATTRIBUÉE À LA PREUVE

Dans l'affaire *Ostrander Point GP Inc* c *Prince Edward County Field Naturalists*[69], la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) a récemment repris les mots du juge Mohoney dans *R* c *Capital Life Insurance Co* :

Dans ce contexte, la Cour n'a fait que reprendre une règle de droit bien établie : l'importance à accorder à un témoignage d'expert ressortit à l'appréciation du juge des faits et une conclusion d'expert qui n'est pas adéquatement expliquée et fondée peut à juste titre être considérée comme n'ayant aucune force probante[70].

Dans *Ostrander Point*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a déclaré qu'il revenait au Tribunal de l'environnement de déterminer si la Cour devait se fier à la théorie du médecin expert au sujet du lien de causalité entre les symptômes médicaux et l'exploitation des éoliennes. Sans surprise, la Cour a estimé qu'elle devait faire preuve de déférence envers la décision du tribunal.

---

68. *Records of Site Condition*, O Reg 153/04, promulgué en vertu de la Partie XV.1 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.
69. *Ostrander Point GP Inc* c *Prince Edward County Field Naturalists,* 2014 ONSC 974 (CS) [*Ostrander Point*].
70. *R* c *Capital Life Insurance Co*, [1986] 2 CF 171 (CA), p. 177.

Chapitre 41

Les experts seulement

Jim Bunting, Terri-Lee Oleniuk et Sarah Powell

Lorsque vous suivez un guide hors piste, vous lui confiez votre vie. Avant de le faire, vous passerez sans doute en revue ses compétences afin de vous assurer qu'il possède l'expérience et les habiletés nécessaires pour vous guider en toute sécurité jusqu'au bas de la montagne. Les auteurs ont malheureusement constaté que plusieurs de nos tribunaux administratifs compétents en matière d'énergie ou d'environnement n'appliquent pas la même rigueur dans l'examen de la recevabilité de la preuve d'expert déposée devant eux. Ces tribunaux administratifs appliquent souvent ce que la Cour d'appel de l'Ontario surnomme « l'approche non restrictive » lorsqu'ils reçoivent une preuve d'expert[1]. Cette approche est devenue tellement courante que les auteurs ont remarqué, en discutant avec des pairs, que certains avocats ont tout simplement choisi de ne pas contester les compétences d'un expert en instance administrative.

Cette approche amène des difficultés pour toutes les parties. Bien que le résultat ne soit pas aussi dramatique que de tomber dans un précipice ou d'être enseveli par une avalanche, l'approche non restrictive comporte peu de valeur pour les instances administratives. Elle augmente la complexité et les coûts de ces audiences, et parfois, elle induit le public en erreur.

Ce chapitre passe en revue quelques exemples récents d'affaires où des tribunaux administratifs ont admis une preuve d'expert dans des circonstances où les auteurs estiment respectueusement qu'ils auraient dû la rejeter, ou à tout le moins, ne lui accorder aucune force probante. Également, il examine brièvement d'autres questions de preuve d'expert propres aux tribunaux

1. *Johnson* c *Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 OR (3d) 190, par 46.

administratifs. Enfin, il se termine par quelques recommandations à l'intention des plaideurs et des décideurs pour traiter de l'admissibilité de la preuve d'expert d'une façon juste, efficace et raisonnable.

Il est à noter que l'intention des auteurs ne consiste pas à critiquer des décisions. Il semble que l'approche non restrictive a évolué dans un effort visant à assurer la justice et l'efficacité ainsi qu'à éviter les appels dans des audiences où les règles de preuve strictes ne s'appliquent pas et où l'intérêt public est primordial. Toutefois, les auteurs sont d'avis que cette pratique comporte des lacunes et que l'on devrait revoir son application.

RÔLE DE GARDIEN

Le thème de l'admissibilité de la preuve d'expert a été abordé dans de nombreux articles. On songe par exemple à « L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens[2] », qui traite du rôle vital de gardien qu'un décideur doit assumer lorsqu'on lui soumet une preuve d'expert. Le présent chapitre en fait abstraction, mais il est utile de rappeler brièvement les principes juridiques qui s'appliquent aux témoins qui remplissent les critères du statut d'expert.

Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante en exprimant un avis objectif et impartial au sujet d'une question qui tombe dans son champ de compétences. Un témoin expert ne devrait jamais assumer le rôle d'un avocat ; il est avant tout au service du tribunal, et non de l'une des parties[3]. Lorsqu'il prend fait et cause pour une partie, il n'est plus considéré comme un expert au sens juridique strict du terme[4]. Il revient au tribunal de déterminer si l'expert possède les compétences requises pour exprimer un avis sur une question particulière dans le domaine (en effet, il est possible qu'un expert soit compétent pour se prononcer sur une question, et pas sur une autre, même si les deux questions relèvent du même domaine).

On ne peut trop insister sur l'importance de de vérifier adéquatement la preuve d'expert soumise au tribunal. Le *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* relate ce qui pourrait être l'exemple le plus saisissant du préjudice que peut causer un témoignage d'expert inadéquat[5]. Dans le cadre de travaux commandés par le gouvernement de l'Ontario,

---

2. Marc McAree, Robert Woon et Anand Srivastava, « L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens », chapitre 40 de l'ouvrage.
3. *1159465 Alberta* Ltd c *Adwood Manufacturing*, 2010 ABQB 133, par 2.11.
4. *Perricone* c *Baldassarra* (1995), 7 MVR (3d) 91 (Ont Gen Div), p. 99.
5. *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008 (Honorable Stephen T Goudge, commissaire), vol. 3, [*Commission Goudge*], [en ligne] http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/goudge/fr/report/v3_fr_pdf/Vol_3_Fr.pdf.

l'honorable Stephen Goudge, de la Cour d'appel de cette province, s'est penché sur quelques cas de condamnations injustifiées. L'enquête a révélé que ces condamnations découlaient partiellement du témoignage du Dr Smith, que le juge Goudge a décrit en ces termes :

> Dans les cas qui ont donné lieu à la création de la présente Commission d'enquête, on a permis au Dr Charles Smith de présenter des preuves d'expert en médecine pédiatrique légale, souvent sans contestation ou avec un contrôle limité de ses titres de compétence. *Il était apparemment un expert qualifié provenant d'une institution reconnue. Il avait une présence imposante et témoignait souvent dans un style dogmatique. La preuve entendue dans le cadre de la présente Commission a permis de démontrer que le système judiciaire est vulnérable aux preuves d'experts non fiables, particulièrement si elles sont présentées par une personne ayant le comportement et la réputation du Dr Smith*. Ce type d'expert peut facilement tromper la vigilance et le scepticisme sain du protecteur, comme nous l'avons vu. En fait, comme nous le savons, le Dr Smith ne possédait ni la formation requise en médecine légale ni de bases scientifiques solides permettant de formuler bon nombre de ses opinions[6]. [nos italiques].

Le rapport énumère certains des motifs qui indiquent que le témoignage d'expert du Dr Smith était erroné :

a) le Dr Smith n'a pas compris que son rôle de témoin expert ne consistait pas à aider le client à étayer sa défense, mais à aider le tribunal ;

b) il n'a pas su reconnaître les limites de ses compétences ; selon le juge Goudge, les témoins experts sont appelés à témoigner afin d'aborder des questions qui se rapportent à leur expertise. Ils n'ont pas carte blanche pour discuter d'autres sujets sur lesquels ils ont une opinion ;

c) le Dr Smith a fourni des preuves non scientifiques, non appropriées en se fiant à ses expériences personnelles ou à ses impressions ;

d) il a exprimé des avis basés sur des suppositions, sans fondement et qui ne reposaient pas sur des conclusions scientifiques ;

e) il a employé un langage vague et non scientifique, qui prêtait à une mauvaise interprétation ;

f) à aucun moment il n'a démontré la sincérité qu'on exige d'un expert[7].

Le cas du Dr Smith établit l'importance cruciale de bien évaluer une preuve d'expert afin d'éviter le risque qu'un expert vienne influencer le tribunal sans fondement convenable. Cette affaire sert aussi de mise en garde aux juges des faits qui doivent demeurer vigilants à cet égard.

---

6. *Ibid.*, p. 516.
7. *Ibid.*, rubriques 17 à 19.

RÈGLES DE DIFFÉRENTS TRIBUNAUX CONCERNANT LE TÉMOIGNAGE D'EXPERTS

Alberta Utilities Commission

L'Alberta Utilities Commission (AUC) n'est pas liée par les règles de preuve applicables aux instances judiciaires[8]. Bien qu'elle jouisse d'une certaine souplesse pour déterminer l'admissibilité et la force probante de la preuve, elle ne peut [TRADUCTION] « ignorer les principes qui sous-tendent les règles de preuve officielles[9] ». L'AUC a le pouvoir discrétionnaire de refuser une preuve qui, selon elle, comporte des lacunes inhérentes[10]. Ceci dit, les tribunaux administratifs peuvent admettre des éléments de preuve qui ont « logiquement une certaine force probante[11] ». Voici comment l'AUC décrit son approche en matière de preuve :

> [TRADUCTION] La commission a le pouvoir d'entendre toute preuve déposée qu'elle estime pertinente, de décider de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas, de décider quelle partie de la preuve sera admise ou rejetée, d'évaluer la preuve qu'elle admet, et en cas de divergence dans la preuve, de déterminer celle qui est vraisemblablement la plus véridique, et d'en tirer des conclusions. Son premier devoir consiste à observer les principes d'équité procédurale. Ceci l'oblige à écouter toutes les parties et à agir de façon juste envers elles, en leur donnant la possibilité raisonnable de répondre et de contredire le témoignage de la partie ou les renseignements qu'elle présente[12].

---

8. *Alberta Utilities Commission Act*, SA 2007, c A37.2, art 20. Ceci illustre le point de vue de la *common law* selon lequel les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'appliquer les règles de preuve de façon stricte, à moins qu'on les y oblige. Ils ont la latitude de tenir compte de toute preuve qui leur semble logique : *Alberta (Workers' Compensation Board)* c *Appeals Commission*, 2005 ABCA 276, par 63 à 64 [*WCB*].
9. Décision de l'AUC 2011-436 : *AltaLink Management Ltd and EPCOR Distribution & Transmission Inc – Heartland Transmission Project*, demande nº 1606609, instance nºº 457, 1er novembre 2011, par 82 [*Heartland Transmission Project*], en appel pour d'autres motifs, 2012 ABCA 378. Voir également la décision de l'AUC 2012-303 : *ATCO Electric Ltd – Eastern Alberta Transmission Line Project*, demandes nº 1607153 et 1607736, instance nº 1069, 15 novembre 2012, par 96 [*ATCO Electric Ltd*], où l'AUC a repris cette déclaration en soulignant : [TRADUCTION] « Bien que ceci donne à la commission la souplesse de déterminer l'admissibilité et la force probante de la preuve, elle ne peut toutefois ignorer les principes d'équité procédurale qui sous-tendent les règles de preuve officielles ».
10. *Lavallee* c *Alberta (Securities Commission)*, 2010 ABCA 48, par 16 à 17 [*Lavallee*], demande de pourvoi à la CSC refusée, [2010] SCCA No 119 (interprétation d'un article similaire de la *Securities Act*, RSA 2000, c S-4).
11. WCB, *supra* note 8, par 63, citant *TA Miller Ltd* c *Minister of Housing and Local Government*, [1968] 1 WLR 992, 995 (CA) ; *Trenchard* c *Secretary of State for the Environment*, [1997] EWJ No 1118, par 28 (CA) et *Bortolotti* c *Ontario (Ministry of Housing)* (1977), 15 OR (2d) 617 (CA).
12. Décision de l'AUC 2012-104 : *Milner Power Inc – Complaint by Milner Power Inc Regarding the ISO Transmission Loss Factor Rule and Loss Factor Methodology*, demande nº 1606494, instance nº 90, 16 avril 2012, par 200 [*Milner Power Inc*]. La commission a cité les arrêts suivants : *Kane* c *Cons d'administration de l'UCB*, [1980] 1 RCS 1105, par 1112 à 1113 ; *Mooring* c *Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 RCS 75 et *Lavallee*, *supra* note 10.

Contrairement aux tribunaux judiciaires, l'AUC a reconnu que ses procédures ne se déroulent pas entre deux ou plusieurs parties opposées afin de déterminer celle qui aura gain de cause[13]. En ce qui concerne la preuve d'expert, l'AUC a procédé ainsi :

a) évaluer la pertinence de la preuve ;

b) s'il y a lieu, déterminer si la preuve constitue une opinion rattachée à un domaine spécialisé ou technique et si la personne qui l'exprime a les compétences requises pour le faire ;

c) si tel est le cas, déterminer la force probante à accorder à la preuve, en fonction notamment : a) de l'indépendance et de l'objectivité du témoin expert ; b) de la mesure dans laquelle le témoin prend fait et cause pour un client[14].

L'AUC exige que les témoins experts restreignent leur opinion aux questions qui tombent dans leur champ de compétences. Lorsque des experts témoignent sur des questions qui dépassent leurs compétences, l'AUC : i) leur donnera la même force probante que s'il s'agissait de témoins ordinaires ; ii) privilégiera plutôt la preuve d'un autre expert compétent dans le domaine exigé. C'est au cours de l'audience que l'AUC analyse les questions de la force probante de la preuve et de sa portée vis-à-vis le champ de compétences du témoin expert.

Dans une affaire récente, l'AUC a avisé les avocats de toutes les parties qu'ils n'auraient *pas* à demander qu'on accorde le statut d'expert à leurs témoins respectifs quant aux rapports qu'ils avaient préalablement déposés en preuve ou en vue de leur témoignage à l'audience. Elle a déclaré :

> [TRADUCTION] La commission a généralement permis à des témoins, experts ou ordinaires, de fournir une preuve d'opinion lorsque cela était pertinent aux fins de l'instance. La valeur attribuée à une telle preuve est une question de force probante, qui est une fonction des compétences professionnelles, des connaissances spécialisées, de l'expérience, de publications pertinentes, de connaissance du secteur de l'industrie et d'indépendance du témoin.
>
> Compte tenu de ce qui précède, la commission examine actuellement si sa pratique actuelle de donner aux témoins le statut d'expert est nécessaire ou efficace. Le fait d'éliminer le besoin d'attribuer un tel statut pourra simplifier le processus et éviter d'éventuels différends à ce sujet, et fera en sorte que les parties puissent continuer à se concentrer sur la question de la force probante que la commission devrait attribuer à la preuve d'une partie dans les circonstances.

---

13. *ATCO Electric Ltd*, *supra* note 9, par 87 ; *Heartland Transmission Project*, *supra* note 9, par 73 ; décision de l'AUC 2012-327 : *AltaLink Management Ltd – Western Alberta Transmission Line Project*, demande nº 1607067, instance nº 1045, 6 décembre 2012, par 140.

14. *Heartland Transmission Project*, *ibid*, par 96.

> La commission désire profiter de cette occasion pour évaluer une autre procédure d'attribution du statut de témoin expert. À cette fin, la commission a enjoint à l'auteur d'aviser toutes les parties qu'elles n'auraient pas à demander qu'on accorde le statut d'expert à leurs témoins respectifs quant aux rapports qu'ils avaient préalablement déposés en preuve ou en vue du témoignage qu'ils livreraient à l'audience[15].

Essentiellement, l'approche récente de l'AUC ne consiste pas à jouer le rôle d'un gardien dans quelque mesure que ce soit, mais de se concentrer uniquement sur la force probante qu'elle accorde à la preuve d'expert. Nous traiterons plus amplement de l'approche de l'AUC face à la preuve d'expert dans la partie intitulée Revue jurisprudentielle du présent chapitre.

Tribunal de l'environnement de l'Ontario

Les *Règles de pratique et instructions* du Tribunal de l'environnement de l'Ontario contiennent une section intitulée « Instruction concernant les preuves techniques et les témoignages d'opinion ». Cette directive explique le rôle des personnes livrant un témoignage technique, d'expert ou d'opinion ainsi que la procédure à suivre à cette fin. Les règles concernant les témoins experts ou d'opinion ressemblent substantiellement aux règles de *common law* sur les témoins experts. Voici comment on définit un « témoin technique » dans ces règles de pratique :

> Beaucoup de personnes, surtout des fonctionnaires, témoignent devant le Tribunal pour lui présenter des observations, des tests, des mesures et des estimations scientifiques et techniques. Quoiqu'on les considère rarement comme des experts aptes à interpréter les données scientifiques et techniques et à fournir un avis à leur sujet, ces personnes recueillent, colligent et analysent dans une certaine mesure l'information souvent à la base du témoignage d'opinion des experts sans laquelle le Tribunal ne pourrait saisir les questions à l'étude. Dans la présente instruction, ces personnes sont appelées « témoins techniques » et l'information scientifique et technique qu'elles fournissent, une « preuve technique[16] ».

Ces directives établissent l'objet et le rôle des témoins experts et des témoins techniques ; elles décrivent aussi les exigences à remplir dans la rédaction d'un rapport d'expert. Voici ce qu'elles prévoient dans le cas où l'on ne répond pas à ces exigences :

> Si cette instruction n'est pas respectée, le Tribunal peut :
>
> a) décider de rejeter l'opinion ou le témoignage d'un témoin compétent en d'autres circonstances ;
>
> b) admettre le témoignage sans y attacher beaucoup de poids ;

15. Dossier 2739, nº de demande 1609784, correspondance du 18 juin 2014.
16. Tribunal de l'environnement de l'Ontario, *Règles de pratique et instructions* (12 septembre 2016), p. 56, [en ligne] <http://olt.gov.on.ca/wp-content/uploads/2019/05/Rules-of-Practice_FR.pdf>.

c) remettre la date de l'audience jusqu'à ce que la présente instruction soit observée ;

d) prendre note du comportement du témoin et formuler des critiques à son endroit dans son jugement ;

e) s'il estime que le code de déontologie professionnel a été enfreint, qu'on a essayé de l'induire en erreur, qu'il y a eu incompétence ou négligence, que l'instruction a été grossièrement négligée ou qu'on a sérieusement entravé le processus d'examen, rapporter le fait à l'association professionnelle ou à l'organisme chargé de faire respecter les normes de conduite professionnelles ;

f) ordonner que des dépens soient versés sans délai par la partie ayant fait appel au témoin ou l'ayant engagé[17].

Office national de l'énergie

Chose intéressante, l'Office national de l'énergie (ONE) permet à une personne d'intervenir à une audience à titre d'expert sans avoir été mandatée par l'une des parties potentiellement touchées.

La *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* est entrée en vigueur en juillet 2012, modifiant la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (*Loi sur l'ONE*). Parmi les modifications apportées figure l'ajout de l'article 55.2, qui donne à l'ONE le pouvoir discrétionnaire d'accorder à une personne la qualité pour agir ou d'autoriser une personne à intervenir dans les instances de cet organisme. L'article 55.2 dispose que :

> 55.2 Si une demande de certificat est présentée, l'Office étudie les observations de toute personne qu'il estime directement touchée par la délivrance du certificat ou le rejet de la demande *et peut étudier les observations de toute personne qui, selon lui, possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée*. La décision de l'office d'étudier ou non une observation est définitive[18] [nos italiques].

L'ONE a indiqué que ces modifications l'aident à recueillir les renseignements qu'il juge pertinents aux fins de sa mission et de la demande dont il est saisi[19].

Afin que l'ONE détermine que l'auteur d'une demande possède une expertise ou des renseignements pertinents, ce demandeur doit d'abord le lui démontrer. Dans le cadre de son rôle de gardien, l'ONE utilise un processus de

---

17. Tribunal de l'environnement de l'Ontario, *ibid*, p. 60.
18. LRC 1985, c N-7, art 55.2.
19. ONE, *Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain)* – Demande visant le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (demande), 16 décembre 2013, et la Décision sur la participation (décision), 2 avril 2014.

demande de participation afin de déterminer les personnes autorisées à intervenir dans une instance. Le processus se limite à un formulaire de demande d'environ quatre pages, que la personne doit remplir.

Dans ses *Lignes directrices concernant l'article 55.2*, l'ONE a inclus les considérations suivantes pour expliquer comment il détermine si une personne détient des renseignements pertinents :

a) La source des connaissances de la personne (par exemple, locale, régionale ou autochtone).

b) La mesure dans laquelle les renseignements cadrent avec la portée du projet et sont en accord avec la liste des questions.

c) La valeur ajoutée des renseignements dans le contexte de la décision à rendre ou de la recommandation à présenter par l'Office.

Ces mêmes lignes directrices soulignent que l'ONE peut tenir compte des facteurs suivants lorsqu'il décide si une personne dispose d'une expertise appropriée :

a) Les compétences de la personne (par exemple, connaissances et expérience spécialisées).

b) La mesure dans laquelle l'expertise de la personne cadre avec la portée du projet et est en raccord avec la liste des questions.

c) La valeur ajoutée des renseignements dans le contexte de la décision à rendre ou de la recommandation à présenter par l'Office[20].

Dans une décision récente, l'ONE a exprimé les commentaires suivants concernant l'évaluation des demandeurs qui prétendent détenir une expertise appropriée ou des renseignements pertinents :

> [TRADUCTION] L'Office considère également si l'expertise ou les renseignements offerts ajouteront une valeur à son évaluation. L'Office est un tribunal disposant d'une expertise considérable ; il possède des décennies d'expérience dans l'évaluation de demandes de projets relevant de son ressort dans l'intérêt du public canadien, et il utilise cette expertise lorsqu'il évalue des formulaires de demande de participation[21].

La décision de l'ONE sur la participation détermine si une personne réussit le test de l'expertise appropriée et des renseignements pertinents et, si tel est le cas, si elle peut agir à titre d'intervenant ou de commentateur. Il est important de noter que si l'on autorise une personne à intervenir, celle-ci obtient tous les droits de participation, c'est-à-dire qu'elle peut déposer des

---

20. ONE, *Lignes directrices concernant l'article 55.2 – Participation à une audience concernant des installations*, 22 mars 2013.

21. ONE, *Décision sur la participation et sur le calendrier des événements mis à jour dans la Demande visant le Projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation* 9, p. 3.

requêtes, déposer de la preuve, demander de l'information à l'initiateur du projet ou à d'autres intervenants et exprimer des arguments.

Cette approche soulève des difficultés, car les décisions récentes de l'ONE relatives à la participation ne contiennent pas de directives quant au champ de compétences dans lequel l'expert peut donner son opinion, quant aux raisons de l'ONE pour conclure si ces compétences sont utiles ou quant à la valeur que l'ONE accorde à cette preuve. De plus, il n'est pas apparent pourquoi l'ONE, un tribunal possédant une expertise et plusieurs décennies d'expérience dans l'évaluation de projets relevant de son ressort dans l'intérêt du public canadien, déterminerait que de telles compétences sont nécessaires.

En plus d'autoriser les personnes disposant de compétences appropriées à intervenir, le *Programme d'aide financière aux participants* de l'ONE donne la possibilité aux intervenants de demander de l'aide financière afin d'intervenir dans une instance. Le montant maximum d'aide pour les intervenants individuels s'élève à 12 000 $[22]. Le Programme d'aide financière aux participants de l'ONE explique comment déposer une demande d'aide afin d'engager des experts[23]. Récemment, l'ONE a octroyé une aide de 1 790 $ à une personne afin qu'elle puisse effectuer le déplacement requis pour se présenter à l'audience et y intervenir sur la base de son expertise appropriée[24].

REVUE JURISPRUDENTIELLE

Refuser d'admettre une preuve d'expert lorsqu'il est évident que le témoin ne possède pas les compétences requises n'est généralement pas une tâche difficile. En ce qui concerne la preuve d'expert, la zone grise se situe autour de la portée des compétences et de l'indépendance ou de l'impartialité de l'expert. Les exemples ci-dessous illustrent certaines des difficultés auxquelles les tribunaux font face.

La décision *Armow Wind*[25]

Une audience récente du Tribunal de l'environnement de l'Ontario concernant l'appel d'une autorisation du projet d'énergie renouvelable Armow Wind constitue un bon élément de discussion. Dans cette affaire, l'appelant a

---

22. ONE, *Programme d'aide financière*, [en ligne] <http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/prtcpnt-fndngprgrm-fra.html>.
23. ONE, *Guide sur le Programme d'aide financière aux participants* (9 décembre 2014), [en ligne] <http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/prgrmgd-fra.html>.
24. ONE, *Allocation de fonds pour la participation à l'audience publique concernant l'agrandissement de Trans Mountain* (17 février 2015), [en ligne] <http://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/pfp/llctnfnd/transmntnxpnsn-fra.html>.
25. *Kroeplin* c *Directeur, Ministère de l'Environnement*, [2014] OERTD No 24, 88 CELR (3d) 1 [*Kroeplin*].

présenté Rick James à titre de témoin expert dans le domaine de l'acoustique. M. James avait déjà témoigné trois fois devant le Tribunal de l'environnement avant l'appel dans *Armow Wind*. On avait remis en question son impartialité dans l'appel de l'affaire K2 Wind, qui s'était déroulé quelques mois avant l'instance d'*Armow Wind*. Dans ce cas, le Tribunal de l'environnement n'avait pas avancé de motifs en analysant la contestation des compétences et de l'indépendance de M. James. Il l'a toutefois fait dans l'affaire *Armow Wind*.

Pour situer l'affaire *Armow Wind* dans son contexte, à des fins d'efficacité, on a remis en question les compétences et l'impartialité de M. James pendant son contre-interrogatoire sur l'essentiel de son opinion et il n'y a pas eu de voir-dire distinct pour évaluer l'admissibilité de son témoignage. Ceci touche évidemment la façon dont un tribunal se décharge de son rôle de gardien, en ce qu'il entendra la preuve avant de statuer sur son admissibilité.

Voici ce que la preuve a établi à propos de l'indépendance de M. James :

a) Depuis 2005, M. James a représenté une trentaine de clients dans des affaires différentes, et pas un d'entre eux n'était favorable au développement d'éoliennes.

b) M. James est membre fondateur et administrateur de la Society for Wind Vigilance. Cet organisme avait publiquement réclamé un moratoire sur les prochains projets de développement industriel d'éoliennes.

c) M. James a convenu que son travail auprès de la Society for Wind Vigilance l'amène à militer contre le développement de projets d'éoliennes à proximité de quartiers résidentiels.

d) Alors que M. James a déclaré qu'il ne s'opposait pas à tous les projets d'éoliennes, mais seulement à ceux situés à une trop grande proximité de lieux d'habitation, il a ajouté qu'il n'avait jamais vu un projet en Ontario qu'il considérait comme sécuritaire et qu'il ignorait ce que serait une distance sécuritaire quant aux éoliennes.

En plus des faits mentionnés ci-dessus qui ont une incidence sur l'indépendance de M. James, son contre-interrogatoire a révélé d'autres instances où, selon les auteurs, il n'a pas rempli les critères nécessaires pour faire admettre en preuve son témoignage et pour que celui-ci soit considéré comme approprié. Dans une note particulière, M. James a exprimé (ou il a au moins tenté d'exprimer) une opinion qui ne tombe pas dans son champ d'expertise (l'acoustique), ce qui comprend un témoignage qui portait sur la réaction physiologique du corps humain à certains types de bruit et sur la pertinence d'une étude épidémiologique. M. James a offert une opinion dans ces domaines malgré la

confirmation qu'il n'avait pas les compétences pour fournir un avis médical, tel un médecin, et qu'il n'était pas un expert ni en statistique ni en épidémiologie.

M. James a également fait des déclarations non scientifiques et alarmistes pendant son témoignage. Par exemple, il a reconnu qu'il avait auparavant témoigné dans une instance au Michigan, où il avait comparé le bruit d'une petite éolienne non industrielle au bruit que l'on percevrait sur un cuirassé de la Seconde Guerre mondiale vers lequel un pilote kamikaze est en trajectoire de collision. De même, lors de son témoignage devant le Tribunal de l'environnement :

a) M. James a déclaré que des éoliennes produisent des sons à basse fréquence et des infrasons situés sur la fréquence d'un hertz, et que *des tremblements de terre, des tsunamis et des tornades* constituaient des sources de bruit naturelles de la même étendue que cette fréquence. Il a toutefois concédé que la fréquence du son des vagues sur une plage s'en rapprochait également.

b) M. James a comparé les salves d'infrasons élevées à un *coup d'arme à feu*. Il a toutefois admis qu'il aurait aussi pu affirmer que ces sons étaient courts comme un claquement de doigts ou comme un tapement de pied[26].

Le Tribunal de l'environnement a tenu compte du témoignage entier de M. James et a estimé que ce dernier détenait les compétences pour fournir une preuve d'expert sur les questions liées à l'acoustique, à l'ingénierie acoustique et aux éoliennes. Le tribunal a toutefois conclu [TRADUCTION] « qu'il ne tiendrait pas compte de son témoignage à l'égard d'autres questions, comme des effets des éoliennes sur la santé et de l'épidémiologie[27] », ce avec quoi les auteurs sont d'accord. M. James détenait suffisamment d'expérience dans le domaine de l'acoustique, mais n'avait pas les compétences pour livrer un témoignage sur d'autres questions.

Néanmoins, le principal point en litige concernant le témoignage de M. James était de savoir s'il jouissait de suffisamment d'indépendance pour livrer un témoignage d'expert. Voici donc la conclusion du Tribunal de l'environnement au sujet de la question de l'objectivité et de l'impartialité de M. James :

> [TRADUCTION] La preuve relative à l'indépendance de M. James est équivoque. Certains aspects de son témoignage étaient sélectifs et il n'a pas été entièrement communicatif à propos de l'état actuel de la science concernant le bruit des éoliennes. Le fait qu'il n'a pas modifié son témoignage après qu'un contre-interrogatoire dans une autre affaire ait démontré qu'il était inexact démontre à tout le

26. Transcription du témoignage de M James, 9 janvier 2014, p. 364 à 366, recueil, vol. 1, onglet E.
27. *Kroeplin*, *supra* note 25, par 86.

> moins sa négligence. Son langage alarmiste indique qu'il joue plutôt un rôle de militant que d'expert objectif et indépendant. Bien que tous ces facteurs puissent influencer le poids à accorder à son témoignage, le Tribunal ne le considère pas comme biaisé au point qu'il doive être rejeté totalement[28].

Selon les auteurs, le Tribunal de l'environnement a bien fait de soulever les problèmes d'indépendance de M. James. Cependant, après avoir tiré de telles conclusions, le Tribunal aurait pu aller plus loin en statuant que même en acceptant son témoignage, il ne lui aurait accordé que très peu, voire aucune valeur. Les auteurs croient qu'en l'absence d'indépendance chez un expert, un tribunal ne peut accorder de confiance à son témoignage, et qu'il existe un risque, comme l'illustre Dr Smith, que le témoignage ne soit pas juste ou équilibré, et qu'il soit trompeur.

En des termes simples, la question de l'indépendance et de l'impartialité d'un expert ne devrait pas être « équivoque ». S'il existe des préoccupations et des problèmes sérieux à l'égard de l'indépendance d'un expert, son témoignage devrait être rejeté ou le tribunal ne devrait y accorder qu'une très faible force probante, voire aucune.

La décision *Platinum Produce*[29]

Dans un autre appel d'approbation de projet d'énergie renouvelable, le Tribunal de l'environnement a autorisé l'appelant, Platinum Produce, à déposer le rapport d'expert du Dr Robert McMurtry en réponse à une certaine preuve du bénéficiaire de l'approbation. Le Dr McMurtry avait déjà témoigné dans plusieurs appels similaires, et avait exprimé une opinion alléguant que les éoliennes produisent des effets néfastes sur la santé humaine.

Bien que son opinion dans cet appel n'ait ultimement pas eu d'incidence pour la raison qu'elle reposait sur des hypothèses non fondées, les auteurs sont préoccupés par le seul fait qu'on en ait tenu compte dans les circonstances de cette affaire. À cet égard, plusieurs faits ont remis en question l'indépendance du Dr McMurtry, comme le fait qu'il ait été le président fondateur de la Society for Wind Vigilance et qu'il ait été administrateur au moment de la constitution de l'Alliance to Protect Prince Edward County (APPEC), une organisation dont l'énoncé de mission laisse croire qu'aucun endroit du comté ne pourrait convenir à un projet d'éoliennes. La manière dont le Dr McMurtry a rédigé son rapport d'expert aux fins de cet appel a amplifié les inquiétudes concernant son indépendance. Voici certaines conclusions du Tribunal de l'Ontario :

---

28. *Kroeplin*, *ibid*, par 86.
29. *Platinum Produce Company* c *Directeur, Ministère de l'Environnement*, Dossier nº 13-096 [*Platinum*].

> [97] [TRADUCTION] Lors de son contre-interrogatoire, le Dr McMurtry a reconnu qu'il n'avait pas rédigé sa réponse et que la déclaration du témoin devrait être corrigée afin d'indiquer qu'il est plus « probable qu'improbable », selon lui, que le projet causera des problèmes de santé graves aux travailleurs. Il a également omis de signer une attestation de reconnaissance du devoir de l'expert avant de témoigner.

Autrement dit, le Dr McMurtry n'était pas l'auteur de son propre rapport. Il semblait ne pas l'avoir lu avant de le déposer. Le rapport était inexact en ce qu'il exagérait l'opinion du Dr McMurtry et ce dernier n'a pas, à quelque moment que ce soit, signé une attestation de reconnaissance du devoir de l'expert en lien avec son témoignage comme le prévoyait la règle de pratique en vigueur.

Dans les circonstances de cette affaire, les auteurs estiment, avec égard, que le Dr McMurtry ne jouissait pas du niveau d'indépendance et d'impartialité nécessaire pour que le Tribunal de l'environnement accorde quelque force probante que ce soit à son témoignage.

L'instance de mise en application de la loi à l'égard de TransAlta[30]

En décembre 2014, l'AUC a commencé les auditions dans l'instance nº3110, qui porte sur une enquête de l'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta menée à l'égard d'interruptions planifiées et d'activités connexes à certaines centrales de charbon exploitées par TransAlta Corporation (TransAlta). Dans sa demande, l'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta s'est fié au rapport de son administrateur adjoint et économiste en chef, M. Matt Ayres, Ph. D. L'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta a également présenté M. Ayres en tant qu'expert à l'audience devant l'AUC.

M. Ayres a joué un rôle central dans l'enquête que l'Administrateur a effectuée sur TransAlta pendant deux ans, ce qui a ultimement mené à l'instance. Pendant l'enquête : i) Matt Ayres a signé l'avis initial d'enquête, dont il était l'auteur ; ii) il a interrogé plusieurs employés de TransAlta ; iii) il était la personne-ressource de l'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta aux fins de la correspondance avec TransAlta ; iv) il a guidé les employés de l'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta ; v) il a rédigé un rapport sur lequel l'Administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta s'est appuyé dans le cadre de la demande.

Dans son *curriculum vitae* qu'il a déposé auprès de l'AUC, M. Ayres décrit ses fonctions au sein de l'équipe de l'Administrateur de la surveillance des

30. L'AUC n'a pas rendu sa décision dans l'instance nº 3110.

marchés de l'Alberta : i) gérer une équipe d'économistes et d'autres experts qui analysent les règles du marché, les activités de surveillance du marché et les études ; ii) livrer des témoignages d'expert lors d'instances de l'AUC relativement à des questions qui touchent l'Administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta.

TransAlta n'a pas contesté le statut d'expert de M. Ayres avant l'audience. Dans son argumentation écrite, TransAlta a tout de même invité l'AUC a accorder peu de poids à la preuve de M. Ayres, voire à l'écarter. Pour soutenir ce point de vue, TransAlta s'est appuyée sur le fait que M. Ayres avait mené l'enquête sur le comportement reproché, et qu'il avait un intérêt dans les conclusions de l'instance. Selon TransAlta, M. Ayres n'était pas indépendant, ce qui entachait la fiabilité de la preuve qu'il allait déposer.

L'Administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta a déposé sa réponse le 19 février 2015[31] en avançant que M. Ayres était un expert. Il a ajouté que le travail de ce dernier consiste à surveiller à temps plein le marché albertain, et les hypothèses qu'il a formulées découlaient à la fois de sa grande expérience en la matière et de ses compétences en économie. Il a également déclaré : i) que M. Ayres est indépendant de tout intervenant du marché ; ii) qu'il remplit seulement le mandat que le législateur a confié à son organisation, qui consiste à développer un marché juste, efficace et ouvertement concurrentiel en Alberta[32]. Il a aussi indiqué que le fait d'empêcher, pour des raisons de partialité, une organisation spécialisée dont le mandat prévu par la loi consiste à saisir l'AUC et de faire usage de ses compétences lorsqu'elle remplit ce mandat est sans fondement[33].

Le projet d'éoliennes Bull Creek de BluEarth Renewables[34]

En juin 2012, 1646658 Alberta Ltd (« BluEarth »), une filiale à part entière de BluEarth Renewables Inc, a demandé à l'AUC l'autorisation de construire et de diriger le projet d'éoliennes Bull Creek, qui comprenait quarante-six éoliennes de 2,5 mégawatts. L'AUC a reçu des objections au projet, notamment de la part de membres du Killarney Lake Group (KLG), un regroupement de propriétaires voisins.

---

31. Réponse de l'administrateur de la surveillance des marchés de l'Alberta, demande nº 1610350, instance nº 3110 [réponse].
32. *Ibid.*, par 132.
33. *Ibid.*, par 136 ; voir la décision 3110-D02-2015 de l'AUC, allégations de l'Administrateur de la surveillance des marchés contre TransAlta Corporation et al, 18 septembre 2015.
34. Décision de l'AUC 2014-040 : *1646658 Alberta Ltd., projet Bull Creek Wind* (20 février 2014) [Décision].

Une des principales questions dans cette affaire était de savoir si l'exploitation du projet pouvait entraîner des effets néfastes sur la santé des résidents avoisinants, y compris ceux qui éprouvaient déjà des problèmes de santé. Huit témoins experts ont déposé leur rapport et ont livré un témoignage à ce sujet au cours de l'instance. Le dossier soumis à l'AUC sur ce sujet était substantiel. En plus des rapports d'expert, plusieurs études et rapports médicaux, épidémiologiques et acoustiques ont été déposés ou cités en référence pendant l'instance[35].

Le 15 janvier 2013, KLG a déposé une demande d'avance de fonds, notamment afin de retenir les services de neuf témoins experts. Dans la décision 2013-0261, l'AUC a accordé une avance de fonds de 142 109,50 $ à KLG aux fins de services juridiques et de consultation[36].

L'AUC a tranché la question des compétences des témoins experts trois jours avant l'audience[37]. Ce faisant, elle a noté les principes juridiques suivants en ce qui concerne les témoins experts :

a) [TRADUCTION] *Expertise indépendante et impartiale* : Un témoin expert doit fournir une aide indépendante au tribunal au moyen d'une opinion impartiale sur une question relevant de ses compétences. Les témoins experts doivent observer une norme exigeante et divulguer la nature des relations actuelles et antérieures qui pourraient susciter des craintes de partialité. Une telle découverte amènerait généralement à tirer des conclusions défavorables quant à l'impartialité et la réputation de ce témoin expert.

b) Étendue de l'*expertise* : Lorsque des éléments de la preuve dépassent les limites des compétences de l'expert, on devrait leur accorder le même poids que s'ils provenaient d'un témoin ordinaire, et non pas d'un expert en la matière.

c) *Expert, pas avocat* : Un témoin expert ne devrait jamais assumer le rôle de l'avocat.

L'AUC a indiqué que ce n'est pas parce qu'on admet la preuve d'un expert par rapport à un élément en particulier que l'AUC détermine par le fait même la crédibilité ou le poids à accorder à cette preuve[38]. On résume ci-dessous les questions qui ont été soulevées concernant les témoins qu'on a présentés comme experts.

---

35. *Ibid.*, par 365.
36. Décision de l'AUC 2013-026 : *1646658 Alberta Ltd – projet Bull Creek Wind* – Avance, demande nº 1608556, code d'instance nº 1955 (31 janvier 2013).
37. Décision sur le statut de témoin expert dans l'instance nº 1955.
38. Décision sur le statut de témoin expert dans l'instance nº 1955 ; décision de l'AUC concernant la provision pour frais 2013-026, p. 6.

L'expert qui défend la cause du client

Les experts de KLG, Carl Phillips, Ph. D., et Christopher Hanning, Ph. D., et M. James, avaient tous un lien avec la Society for Wind Vigilance (la « société »), soit en tant que membre du conseil ou de conseiller scientifique. Pendant l'audition, MM. Phillips, Hanning et James n'ont pas nié que les communiqués de presse de la société indiquent qu'elle appuyait un moratoire sur le développement de projets industriels d'éoliennes[39]. De plus, la majorité des études ou rapports cités en référence à l'appui des déclarations des experts de KLG ont soit été rédigés ou révisés par des membres ou des conseillers de la société : Phillips, Hanning, James, Nissembaum, Krogh, Horner, Aramini, Salt, Shepherd et Thorne.

M. Hanning a témoigné sur ses liens avec la société, le seul article sur les effets des éoliennes dont il est l'auteur[40]. M. Aramini, Ph. D. et M. Nissenbaum, Ph.D, ont aussi participé à sa rédaction. M. Hanning a déclaré que M. Aramini est un conseiller scientifique de la société, et que M. Nissenbaum, Ph.D, siège à son conseil d'administration[41]. M. James est l'un de ses fondateurs et assume aussi les fonctions d'administrateur. Il a indiqué que la société est formée par un groupe de professionnels, qu'elle constituait un forum qui vise à passer en revue et fournir des livres blancs sur le bruit des éoliennes et ses effets sur la santé et, curieusement, qui a aussi pour but de protéger personnellement ses membres contre les poursuites judiciaires[42].

L'expert en tant que médecin sans permis d'exercice

Le KLG a aussi fait appel à Mme Sarah Laurie, Ph. D. Elle a pratiqué la médecine en région rurale pendant une courte période. Elle n'avait pas exercé depuis onze ans, et au moment de l'audience, elle ne détenait pas de permis d'exercice. Dans son rapport d'expert, Mme Laurie a expliqué son rôle de première dirigeante de la fondation Waubra, une organisation australienne ayant pour mission de favoriser la recherche bien menée, indépendante et multidisciplinaire sur les problèmes de santé éprouvés par des personnes qui résident à proximité d'éoliennes. Elle avait auparavant témoigné au nom d'opposants à un projet de parc éolien dans d'autres territoires[43].

---

39. Communiqué de presse de la Society for Wind Vigilance, *The Society for Wind Vigilance Announces First International Symposium* (17 juillet 2010) (consulté le 5 février 2018), [en ligne] <http://www.windvigilance.com/news/the-society-for-wind-vigilanceannounces-first-internationalsymposium>.
40. Transcription, vol. 6, p. 1426.
41. Transcription, vol. 6, p. 1447.
42. Transcription, vol. 8, p. 1738.
43. Décision, *supra* note 34, par 309.

L'expert qui exprime une opinion au-delà de son champ de compétences

Les niveaux de bruit constituaient la question centrale de l'instance. Le Dr Adrian Upton, neurologue, a qualifié la règle 012 de l'AUC (qui régit le bruit provenant d'installations, mesuré cumulativement avec le bruit d'autres installations) d'évaluation arbitraire de ce qui constituait un bruit acceptable[44]. De plus, le Dr Upton n'a pas été en mesure d'expliquer plus en profondeur la façon dont les références qu'il avait fournies dans sa déclaration préliminaire venaient appuyer son opinion concernant les effets des éoliennes sur le sommeil et la santé.

Les conclusions de l'AUC

L'AUC n'était pas disposée à rejeter la preuve des experts de KLG pour la seule raison qu'ils étaient membres de la société ou d'une organisation semblable, pas plus qu'elle n'était prête à le faire pour la preuve des témoins des demandeurs pour le motif qu'ils avaient déjà témoigné en faveur d'autres promoteurs. L'AUC a indiqué qu'elle pouvait certes tenir compte de telles affiliations en évaluant l'objectivité de chaque expert, mais qu'elle devait aussi tenir compte d'autres facteurs afin de déterminer la force probante générale de la preuve de chaque expert. Selon elle, le meilleur moment pour effectuer cette analyse est celui où elle traite de la preuve de l'expert[45].

L'AUC a conclu que Mme Laurie ne disposait pas de la formation, de l'expérience et des habiletés nécessaires pour commenter l'interprétation d'études épidémiologiques ou d'études et de rapports en acoustique. L'AUC a accordé peu de poids à cet aspect de son témoignage[46].

Selon la commission, le Dr Upton ne semblait pas détenir d'expérience ou de connaissances spécialisées concernant les éoliennes et leurs effets sur la santé. Elle a aussi déclaré que le Dr Upton ne semblait pas connaître les compétences de certains des auteurs de rapports sur lesquels il s'est appuyé pour former son opinion sur les effets des éoliennes sur la santé, et il semblait aussi ignorer s'ils avaient été publiés ou révisés par des pairs. L'AUC a tenu compte de cette méconnaissance apparente du sujet lorsqu'elle a évalué le poids de la preuve du Dr Upton concernant les effets des éoliennes sur la santé en général des résidents avoisinants[47].

L'AUC a conclu que M. Phillips avait fourni une preuve qui tombait dans son champ de compétences, qu'il avait livrée avec objectivité. Elle a aussi

---

44. Transcription, vol. 8, p. 1833.
45. Décision, *supra* note 34, par 52.
46. *Ibid.*, par 375.
47. *Ibid.*, par 373.

remarqué que les conclusions de M. Phillips paraissaient beaucoup moins catégoriques lors de son témoignage qu'elles ne l'avaient paru dans son rapport. Ceci a indiqué à l'AUC que M. Phillips a fait preuve d'une certaine souplesse dans ses opinions concernant les effets sur la santé associés aux éoliennes. Malgré cela, l'AUC a accordé peu de poids aux conclusions particulières de M. Phillips concernant les effets du projet sur la santé des résidents à proximité. En premier lieu, M. Phillips a fourni peu de motifs à l'appui de ses hypothèses entourant le nombre de personnes qui éprouveraient des effets sur la santé en raison du projet. Deuxièmement, il a confirmé que ses conclusions ne reposaient pas sur des rapports de signalement d'effets indésirables en particulier, et qu'en fait, il n'avait pas consulté de tels rapports en rédigeant la preuve qu'il allait déposer. Troisièmement, M. Phillips a confirmé que les données qu'il avait consultées n'étaient pas organisées de façon systématique, et qu'il ne les avait pas analysées en profondeur afin de déterminer un lien de cause à effet entre le fonctionnement des éoliennes et les symptômes qu'il a décrits. Quatrièmement, M. Phillips a admis qu'il n'avait pas défini avec précision l'échantillon de population sur lequel il appuyait ses conclusions[48].

En dépit de ces déterminations, le tribunal a néanmoins accordé des frais de participation de plus de 20 000 $ pour ces experts.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Il n'existe pas d'approche universelle applicable en ce qui concerne la preuve d'expert devant les tribunaux administratifs. Dans certaines instances, l'ampleur et le volume de la preuve déposée seront tels qu'il sera tout à fait convenable de statuer sur les compétences et l'indépendance des experts avant d'entendre leur témoignage. Il y aura aussi des situations où la preuve, si elle est admise, pourrait s'avérer suffisamment préjudiciable ou complexe qu'elle pousserait un tribunal administratif à décider d'avance s'il est disposé à entendre cette preuve avant de déterminer les compétences et l'indépendance de l'expert. Finalement, une sorte d'approche non restrictive sera la plus efficace dans certaines circonstances. Ce sera le cas lorsque le fait d'entendre la preuve ne rallongera pas considérablement la durée de l'audition et si le tribunal administratif est en mesure de le faire sans être induit en erreur.

Il revient à l'avocat et au tribunal administratif d'évaluer chaque situation avec soin et de décider de l'approche à suivre. Il est cependant indéniable que plusieurs tribunaux administratifs doivent faire mieux que d'admettre l'ensemble de la preuve sans imposer de restriction. Lorsqu'une personne avance une preuve sans détenir les compétences, l'impartialité et l'indépendance pour

48. *Ibid.*, par 369 et 383-386.

le faire, le tribunal administratif devrait le souligner et refuser d'admettre cette preuve pour ce motif, ou encore y accorder peu de force probante, voire aucune. De plus, dans le cas de certains tribunaux administratifs qui accordent les frais ou du financement aux participants, il serait plus efficace et moins coûteux pour toutes les parties d'exclure des experts au commencement de l'instance (au lieu d'admettre l'ensemble de la preuve, puis de ne lui accorder que très peu de poids, voire aucun).

En conclusion, lorsqu'un tribunal administratif en particulier s'acquitte de sa fonction de gardien, la fin justifie les moyens.

Chapitre 42

Un survol de la preuve d'expert au Canada

Gary A. Letcher et Andrea C. Akelaitis

LA PREUVE D'OPINION : AU-DELÀ DES FAITS

La raison d'être d'une preuve d'opinion est d'aider le tribunal à y voir plus clair sur des éléments complexes. Cependant, la notion de preuve d'opinion a évolué, et en voulant expliquer des éléments complexes substantiels, on a grandement compliqué le processus judiciaire sur le plan procédural. Comme énoncé dans la décision de principe *R* c *Mohan*[1] :

> L'admissibilité d'une preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants :
>
> a) la pertinence ;
>
> b) la nécessité d'aider le juge des faits ;
>
> c) l'absence de toute règle d'exclusion ;
>
> d) la qualification suffisante de l'expert.

Les tribunaux canadiens ne sont pas toujours à l'aise avec la preuve d'opinion fournie par un expert. La Cour suprême du Canada a maintes fois recommandé la prudence devant les possibles effets indésirables associés à une preuve d'expert qui l'emporteraient sur les avantages pour le juge des faits. Dans l'affaire *Mohan*, l'analyse de la Cour portait justement sur les dangers que la preuve d'expert fait courir au processus juridictionnel. Dans l'affaire *R* c *DD*[2], le juge Major écrit :

1. [1994] 2 RCS 9, par 17 [*Mohan*].
2. [2000] 2 RCS 275, par 48.

> Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka dit que la nécessité de la preuve d'expert doit être évaluée à la lumière de la possibilité qu'elle fausse le processus de recherche des faits.

Le risque que les preuves d'experts submergent le processus est probablement encore plus grand dans le cadre d'un tribunal administratif, où de nombreuses questions environnementales sont entendues.

Nous allons traiter des trois catégories de preuve d'opinion dégagées au fil de son évolution : la preuve d'expert scientifique, la preuve d'expert non scientifique et la preuve d'opinion d'un profane.

QUATRE GRANDS PRINCIPES

La présentation d'une preuve d'expert en droit environnemental repose sur quatre grands principes :

- choisir précisément la question à propos de laquelle on désire obtenir une opinion ;
- s'assurer de la compétence de l'expert par rapport à cette question en particulier ;
- déterminer les présomptions nécessaires sur lesquelles repose l'opinion de l'expert tout en s'assurant qu'elles puissent être prouvées ;
- s'assurer que l'opinion de l'expert répond aux critères d'admissibilité (c.-à-d. les facteurs de l'arrêt *Mohan*, en tenant compte de leur évolution).

Nous aborderons ces grands principes un par un.

Choix de la question

Habituellement, les questions de droit environnemental découlent de la législation. C'est le cas des poursuites en matière d'environnement, des litiges reposant sur une évaluation environnementale et des litiges concernant un site contaminé. Ainsi, un avocat doit avant tout se demander quels éléments la loi l'oblige à mettre en preuve (ou à réfuter), et s'il a accès à une preuve d'expert, le cas échéant, qui pourrait l'aider à remplir ce fardeau de preuve. Il est préférable que ce processus ait lieu le plus tôt possible.

Compétences

Un des facteurs de l'arrêt *Mohan* mérite qu'on s'y attarde dès maintenant. Il ne suffit pas qu'une personne choisie pour donner son opinion soit un expert dans son champ de compétence. Il est nécessaire d'établir que cette personne possède de vastes connaissances dans le domaine par rapport auquel on demande

son opinion. (Par exemple, il ne serait pas surprenant qu'un hydrogéologue connaissant très bien les dynamiques d'écoulement des eaux souterraines ne soit pas au fait des questions de toxicité concernant ces mêmes eaux souterraines.)

Présomptions

Il est possible qu'une opinion reposant sur une série de présomptions soit complètement écartée si la véracité de ces présomptions n'est pas prouvée. Dans l'affaire *Seaspan ULC* c *Director, Environmental Management Act*[3], porté devant l'Environmental Appeal Board de la C-B, l'expert s'est appuyé sur plusieurs présomptions qui ont pourtant été ébranlées en contre-interrogatoire. Le tribunal a rappelé que l'expert, à la fin de son contre-interrogatoire, a admis que si les renseignements qu'il avait examinés afin d'en arriver à sa conclusion n'étaient pas exhaustifs ou que si l'un ou l'autre des faits présumés se révélait non avéré, il n'aurait d'autre choix que de réévaluer son opinion, à tout le moins[4]. En l'espèce, l'expert n'a pas été réinterrogé.

Admissibilité

Dans l'affaire *R* c *Sekhon*[5], la Cour suprême du Canada s'est penchée une fois de plus sur les facteurs d'admissibilité de l'arrêt Mohan :

> A. Conditions d'admissibilité d'une preuve d'opinion présentée par un expert
>
> Comme le dit la Cour dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20-25, puis le confirme dans *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, et *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, l'admissibilité de la preuve d'expert tient au respect des critères suivants : (1) la pertinence, (2) la nécessité d'aider le juge des faits, (3) l'absence de toute règle d'exclusion et (4) la qualification suffisante de l'expert.
>
> S'agissant de la « pertinence », il appert de l'arrêt *Mohan* que le juge doit se livrer à une analyse des inconvénients et des avantages pour déterminer « si la valeur en vaut le coût » (p. 21, citation de *McCormick on Evidence* (3e éd. 1984), p. 544). Cette analyse exige la mise en balance de la valeur probante de la preuve et de son effet préjudiciable (*Mohan*, p. 21).
>
> En ce qui concerne la « nécessité », la Cour conclut dans *Mohan* que « [s]i, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire » (p. 23, citation du lord juge Lawton dans *R. c. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834, p. 841). La Cour ajoute que la crainte « inhérente à l'application de ce critère [est] que les experts [usurpent] les fonctions du juge des faits » (p. 24).

---

3. 2010-EMA-005 et 006.
4. *Ibid.*, par 88. Voir aussi *Gregory* c *Insurance Corporation of British Columbia*, 2010 BCSC 651.
5. [2014] 1 RCS 272, par 43-47.

> Compte tenu des craintes exprimées concernant l'incidence éventuelle du témoignage d'un expert sur l'issue d'un procès – y compris le risque que l'expert usurpe la fonction du juge des faits –, le juge du procès doit veiller à bien encadrer l'expert et à dûment circonscrire son témoignage. Même si le risque est accru dans le cas d'un procès devant jury, le juge, y compris celui qui siège seul, a l'obligation de toujours faire en sorte que la preuve d'expert respecte les limites établies. Il ne suffit pas qu'il tienne compte des critères de l'arrêt *Mohan* au début du témoignage de l'expert et qu'il rende une décision initiale quant à l'admissibilité de la preuve. Il doit faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l'expert respecte les limites établies à l'égard d'une telle preuve. Comme le fait observer le juge Doherty dans *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62 :
>
>> [TRADUCTION] L'admissibilité du témoignage n'est pas examinée en vase clos. Le juge du procès doit, avant de se prononcer, déterminer la nature et la portée du témoignage proposé. Non seulement il délimite le témoignage, mais il décide aussi, au besoin, des termes que l'expert pourra employer afin de réduire le risque de viciation du procès. *Il est essentiel de déterminer avec précaution la portée du témoignage de l'expert et de s'assurer du strict respect des limites ainsi établies si le témoignage est admis.* […] [nos italiques ; renvois omis.]
>
> Le juge du procès doit veiller à ce que l'expert respecte les justes limites de son domaine d'expertise, puis s'assurer que la teneur de la preuve elle-même fait l'objet à juste titre d'un témoignage d'expert.

Rôle de gardien du tribunal

Dans *R* c *Abbey*[6], le tribunal s'est inspiré des critères de *Mohan* afin d'établir un processus d'évaluation de la preuve d'expert en deux étapes. Ce processus a été décrit comme une analyse fondée sur les règles en ce qui concerne la première étape (les quatre critères relatifs à l'admission de preuve d'expert de *Mohan*). La deuxième étape, quant à elle, se concentre sur le rôle de gardien du tribunal[7]. C'est à ce moment que le tribunal analyse les avantages et les inconvénients liés à la preuve d'expert. Cette analyse consiste aussi à jauger la force probante de la preuve par rapport aux effets préjudiciables sur le procès.

Il est important de noter que l'arrêt *Sekhon* rendu en 2014 par la Cour suprême du Canada, mentionné ci-dessus, peut être interprété de façon à comprendre que le rôle de gardien, ou l'analyse des avantages et des inconvénients, ne constitue pas une étape différente de l'évaluation de l'admissibilité de la preuve d'expert, mais qu'on l'insère dans les étapes de la pertinence et de la nécessité des critères de *Mohan*.

---

6. 2009 ONCA 624.
7. Voir *R* c *Aitken*, [2012] BCJ No 632, où la Cour d'appel de la C-B a résumé ce processus d'évaluation de la preuve d'expert en deux étapes, par 71 à 80.

NOUVELLE TECHNIQUE OU THÉORIE SCIENTIFIQUE

Principes généraux d'admissibilité : fiabilité

Dans l'affaire *R* c *Mohan*, le plus haut tribunal du pays a dû se pencher sur une preuve d'opinion fournie par un expert dans le contexte d'une nouvelle technique ou théorie scientifique. Le plus haut tribunal du pays a estimé qu'une nouvelle technique ou théorie scientifique doit être soigneusement examinée et doit respecter un certain seuil de fiabilité :

> En résumé, la preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie ou technique scientifique *est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de fiabilité* et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert. Plus la preuve se rapproche de l'opinion sur une question fondamentale, plus l'application de ce principe est stricte[8]. [nos italiques.]

Dans cette décision, la Cour suprême du Canada n'a pas créé de test particulier concernant l'admissibilité de nouvelles techniques ou preuves scientifiques. Elle a plutôt établi les critères permettant de distinguer, d'une part, une preuve d'opinion suffisamment fiable et nécessaire afin d'aider le juge du procès et, d'autre part, les opinions qui ne sont pas nécessaires, peu fiables ou incompatibles avec le processus litigieux. En d'autres mots, les nouvelles techniques ou preuves scientifiques sont soumises aux mêmes critères d'admissibilité que la preuve d'expert, quoique leur fiabilité est plus soigneusement examinée. Dans l'affaire *R* c *J(J-L)*, la Cour suprême du Canada a confirmé cette approche en déclarant ce qui suit :

> L'arrêt *Mohan* a laissé la porte ouverte aux nouvelles théories ou techniques scientifiques, rejeté le critère de [TRADUCTION] « l'acceptation générale » formulé aux États-Unis dans *Frye* c *United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), et s'est engagé dans la même direction que le critère qui l'a remplacé, à savoir celui du [TRADUCTION] « fondement fiable » qui a été établi plus récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Daubert* c. *Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993)[9].

La Cour suprême du Canada, dans *R.* c *J.(J.-L.)*, a poursuivi son analyse en déterminant que le juge du procès pouvait évaluer la fiabilité de nouvelles techniques ou théories scientifiques sur la base de facteurs tirés de l'affaire *Daubert* des États-Unis. Ces facteurs sont :

1. le fait que la théorie ou la technique peut être vérifiée et si elle l'a été ;

8. *Mohan*, *supra* note 1, par 28.
9. [2000] 2 RCS 600, par 33.

2. le fait que la théorie ou la technique a fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication ;
3. le taux connu ou potentiel d'erreur ou l'existence de normes ;
4. le fait que la théorie ou la technique utilisée est généralement acceptée[10].

Nouvelle preuve non scientifique

L'application des critères de fiabilité dans un contexte de nouvelle preuve non scientifique est abordée à la fois dans l'affaire *Abbey* et dans un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*R* c *Aitken*)[11]. Dans l'affaire *Abbey*, le tribunal a reconnu que les facteurs de *Daubert* ne sont pas essentiels à l'analyse de la fiabilité lorsque la preuve repose sur les connaissances particulières découlant de la formation ou de l'expérience liée à un domaine précis. Dans *Abbey*, on s'est interrogé sur l'admissibilité d'une preuve d'opinion apportée par un expert, un sociologue spécialisé dans la culture des gangs de rue au Canada. Le tribunal a estimé que l'opinion de cet expert [TRADUCTION] « ne répondait pas aux critères de validité de la communauté scientifique ». Il a toutefois ajouté que l'opinion de cet expert [TRADUCTION] « découlait de ses connaissances particulières accumulées au moyen de recherches approfondies, de nombreuses années de travail clinique et de sa connaissance des études universitaires pertinentes[12] ».

Dans *Abbey*, le tribunal a ajouté ceci à propos des preuves non scientifiques apportées par un expert :

> Scientific validity is not a condition precedent to the admissibility of expert opinion evidence. Most expert evidence routinely heard and acted upon in the courts cannot be scientifically validated. For example, psychiatrists testify to the existence of various mental states, doctors testify as to the cause of an injury or death, accident reconstructionists testify to the location or cause of an accident, economists or rehabilitation specialists testify to future employment prospects and future care costs, fire marshals testify about the cause of a fire, professionals from a wide variety of fields testify as to the operative standard of care in their profession or the cause of a particular event. Like Dr. Totten, these experts do not support their opinions by reference to error rates, random samplings or the replication of test results. Rather, they refer to specialized knowledge gained through experience and specialized training in the relevant field. To test the reliability of the opinion

10. *Ibid.*
11. *Aitken*, *supra* note 7.
12. *R* c *Abbey*, [2009] OJ No 3534, par 108.

> of these experts and Dr. Totten using reliability factors referable to scientific validity is to attempt to place the proverbial square peg into the round hole[13].

On dit souvent que le travail des ingénieurs en environnement relève autant de l'art que de la science : pensons à un hydrogéologue qui tente de tirer une conclusion sur l'écoulement des eaux souterraines. Un expert environnemental peut aller puiser la dimension « artistique » de la preuve dans son expérience, alors que l'aspect scientifique relève de l'application de principes scientifiques selon une méthodologie. Comme on le mentionne dans la décision *Abbey*, ces deux types de preuve d'expert sont admissibles s'ils répondent aux critères de l'arrêt *Mohan*.

QUESTIONS PARTICULIÈRES LIÉES À L'OBJECTIVITÉ

Les règles procédurales de plusieurs provinces exigent l'objectivité des experts offrant une preuve d'opinion. Par exemple, la règle 11-2 des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique dispose qu'un expert fournissant une preuve d'opinion a le devoir d'aider le tribunal et de ne pas favoriser l'une ou l'autre des parties. La règle prévoit également que l'expert doit attester dans son rapport qu'il est au courant de cette obligation, qu'il a rédigé son rapport en fonction de cette obligation et qu'il livrera son témoignage oral ou remettra son témoignage écrit conformément à cette obligation.

La question de l'indépendance se trouve souvent juste au-dessous de la surface dans plusieurs litiges environnementaux. Étant donné les différents rôles joués par les experts environnementaux, ces rôles se chevauchent parfois. Une même personne peut avoir effectué le travail (ex., la décontamination d'un site), aider l'avocat à préparer son contre-interrogatoire, puis livrer un témoignage à titre d'expert sur le fond de la question.

Deux décisions de tribunaux d'appel, l'une de l'Ontario et l'autre de la Nouvelle-Écosse, abordent les questions de l'objectivité, de l'indépendance et de l'impartialité des experts présentant une preuve. L'appel de la décision de la Nouvelle-Écosse, dans *Abbott and Haliburton Company* c *WBLI Chartered Accountants*[14], a été rejeté par la Cour suprême du Canada[15]. Les deux décisions présentent une interprétation peu rigoureuse de la notion d'indépendance d'un expert.

Dans l'affaire de la Nouvelle-Écosse, le tribunal affirme que les questions d'indépendance ou d'objectivité s'apprécient en fonction de la force probante

13. *Ibid.*, par 109.
14. 2013 NSCA 66.
15. *White Burgess Langille Inman* c *Abbott and Haliburton Co.,* 2015 CSC 23, [2015] 2 RCS 182.

de la preuve plutôt que de son admissibilité[16]. Selon lui, [TRADUCTION] « lorsqu'un tribunal estime que la preuve est en vérité biaisée ou entachée de partialité au point de ne lui apporter qu'une aide négligeable, voire nulle, il peut alors la rejeter ».

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, *Moore* c *Getahun*[17], au grand soulagement du Barreau de l'Ontario, a rendu cette conclusion :

> [TRADUCTION] je réfute la déclaration du juge du procès selon laquelle il faut mettre un terme à la pratique des avocats qui consiste à passer en revue avec les témoins experts la version préliminaire de leurs rapports.

PREUVE D'OPINION DE PROFANE

Dans *Giczi* c *Kandola*, (« l'affaire *Bette Midler* »)[18], le juge Sigurdson s'est exprimé sur les principes entourant l'admissibilité d'une preuve d'opinion de profane dans un contexte factuel haut en couleur. Il a déclaré que les témoins provenant du domaine du divertissement pouvaient fournir une preuve d'opinion admissible « comparing the plaintiff to other tribute performers generally, Bette Midler tribute singers, or Bette Midler ». Le tribunal s'est appuyé sur l'arrêt qui fait autorité en la matière, *R* c *Graat*[19]. Dans cette affaire, la Cour s'est exprimée en ces termes :

> En l'espèce, le juge n'était pas aussi bien placé que les agents de police ou M. Wilson pour juger du degré de capacité ou d'incapacité de M. Graat de conduire un véhicule à moteur. Les témoins ont eu la possibilité de l'observer personnellement. Ils étaient en mesure d'apporter une aide réelle au tribunal. Ils ne tranchaient pas le litige. Ils ne décidaient pas ce que la cour était appelée à décider, le point crucial de l'affaire. Le juge avait la liberté d'accepter leurs dépositions en entier, en partie ou de les rejeter entièrement. […]
>
> Je considère l'extrait suivant de Cross comme l'énoncé exact du droit relatif aux affaires où le témoignage d'opinion d'un non-expert est recevable.
>
> [TRADUCTION] Lorsque, selon l'expression d'un juge américain, « les faits qui ont produit une impression sur le témoin sont trop fugaces pour qu'il s'en rappelle ou trop compliqués pour qu'il les énonce un par un », le témoin peut faire état de son opinion ou de son impression. Il était dans une situation plus favorable que le jury pour y arriver et il lui est impossible de faire saisir au jury les prémisses sur lesquelles il s'appuie :

16. Voir aussi *Conseil Scolaire Francophone de la Colombie-Britannique* c *British Columbia (Education),* 2014 BCSC 851.
17. 2015 ONCA 55, par 66 ; Voir aussi *Westerhof* c *Gee Estate* ONCA 206 et *White Burgess Langille Inman* c *Abbot and Haliburton Co.*, *supra* note 15.
18. 2014 BCSC 508.
19. [1982] 2 RCS 819.

> « A moins que les opinions, les estimations et les conclusions auxquelles on arrive inconsciemment, dans la vie de tous les jours, par suite de ce qu'on perçoit par nos sens soient considérées, en droit de la preuve, comme de simples énoncés de faits, les témoins seront incapables de communiquer au juge une impression exacte des circonstances qu'ils veulent relater. »
>
> Il n'y a pas d'énumération exhaustive des affaires pour lesquelles un témoignage d'opinion de non-expert est recevable. Les exemples caractéristiques sont ceux qui concernent l'âge, la vitesse, la température, l'écriture et de façon générale l'identité [à la p. 448][20].

PISTE DE RÉFLEXION

On peut facilement s'apercevoir que la pratique des tribunaux judiciaires et administratifs au Canada concernant le traitement de la preuve d'opinion ne va pas entièrement de pair avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Le rôle de gardien, pour la majeure partie, n'est pas une notion étanche. Trop souvent, l'examen des avantages et des inconvénients liés à l'admissibilité d'une preuve d'expert à un procès n'a pas donné le résultat escompté. De plus, la question de savoir si l'examen de la valeur probante de cette preuve l'emporte sur les inconvénients n'est pas assez souvent examinée en profondeur.

Bien que la preuve d'expert puisse s'avérer d'une grande utilité dans les procès environnementaux, compte tenu de leur contexte technique, on devrait tout de même se demander si l'expert vient réellement expliquer aux juges ou aux décideurs une notion qu'ils ne sauraient comprendre sans son aide (particulièrement dans le cas où ceux-ci sont eux-mêmes des experts en la matière).

En prenant un certain recul et en se remémorant certains principes de base, nous constatons que la preuve d'expert vise d'abord et avant tout à expliquer des notions complexes au juge des faits, tout en évitant le plus possible de déterminer l'issue définitive du procès et en s'abstenant de prendre parti. La nécessité, aux termes des principes édictés dans l'arrêt *Mohan*, peut justifier le recours à une « conclusion toute faite », particulièrement lorsque l'expert puise cette information supplémentaire de son expérience, et pas seulement de l'application de principes scientifiques. Est-ce qu'une telle conclusion toute faite d'un expert est nécessaire dans plusieurs procès environnementaux ? Comme elle l'a mentionné dans *Sekhon*, la cour (ou le tribunal) doit contrôler la preuve d'expert qu'une partie veut soumettre ; ainsi, la preuve ne vient pas prendre la place du processus juridictionnel. Il peut être tentant de laisser à un

20. *Ibid.*, p. 836-837.

expert la faculté de déterminer précisément en quoi consiste la question à trancher ; cependant, est-ce réellement nécessaire ou, en d'autres termes, n'existe-t-il aucun autre moyen utile pour déterminer la question ?[21]

21. Voir, par exemple, le recours collectif *Smith* c *Inco Ltd*, 2009 ONSC 63374, où la valeur de certaines propriétés a chuté à la suite d'une contamination du sol. Le tribunal a jugé la preuve d'expert utile, mais non nécessaire pour déterminer avec justesse l'essentiel de la question à trancher. Dans cette affaire, le tribunal a associé la preuve à un recueil de recherches factuelles plutôt qu'à une preuve d'opinion.

Chapitre 43

Les enjeux concernant les conseillers experts, les témoins experts et l'avocat qui retient leurs services

Nicholas R. Hughes et Monika A. Sawicka[1]

Retenir les services d'un expert fait partie intégrante d'une pratique axée sur le litige ou sur la prestation de conseils juridiques. La relation entre l'expert et l'avocat est complexe et comporte de multiples facettes, car ils jouent chacun un rôle différent et ont leurs propres obligations et contraintes au cours d'un dossier de litige.

Une évaluation précoce des besoins en assistance d'expert et du rôle qu'on veut lui faire tenir est essentielle pour qui veut servir au mieux les intérêts de ses clients. Comme à tous les stades d'un litige, les choix relatifs aux experts et les relations que l'on entretient avec eux soulèvent des enjeux d'ordre éthique et professionnel. Ces enjeux touchent souvent aux exigences en matière de divulgation de la preuve et de secret professionnel et à la question de savoir si l'expert ou l'avocat ont manqué à leurs obligations respectives. Comme le montre la jurisprudence citée ci-après, s'il veut faire avancer la cause de ses clients, la dernière chose dont un avocat a besoin c'est que les relations qu'il entretient avec ses experts deviennent la pierre d'achoppement d'un procès.

---

1. Le présent chapitre a été préparé par Nicholas R. Hughes et Monika A. Sawicka, et les auteurs souhaitent remercier tout spécialement Ailbish Skinner, stagiaire en droit, de McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l, Vancouver (C. B.).

Le présent chapitre vise à aborder certaines de ces questions et à offrir des conseils pratiques sur la manière d'y répondre.

CONSEILLER EXPERT ET TÉMOIN EXPERT : UNE COMPARAISON

Le rôle du conseiller expert

Le rôle de l'expert, en tant que « conseiller », consiste à conseiller l'avocat sur des questions d'ordre technique afin de l'aider à monter son dossier. Les experts qui jouent ce rôle examinent les faits, les questions en jeu ainsi que les relations de causalité, et établissent un lien entre leur analyse et l'argumentation de l'avocat sur le plan des principes de droit. Essentiellement, le conseiller expert fait partie intégrante de l'équipe de litige, en aidant l'avocat à comprendre le dossier et à le faire avancer.

Lorsque les services de l'expert sont retenus *uniquement* en qualité de conseiller et qu'il s'en tient à ce rôle, toutes les communications entre lui et l'avocat ainsi que tous les documents créés, produits ou regroupés par l'avocat ou l'expert aux fins « principalement » de faciliter le bon déroulement du litige sont protégés par le privilège relatif au litige. Par conséquent, il peut être très utile de retenir les services d'un conseiller expert dans le cadre d'une affaire complexe, comme un différend en matière de construction ou une action fondée sur une faute médicale, car l'expert sera en mesure de conseiller l'avocat sur les aspects techniques du dossier sans craindre que les communications et les opinions qu'il fournit soient communiquées à la partie adverse.

Le rôle du témoin expert

La Règle 11-2(1) des *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique codifie l'obligation des témoins experts en stipulant qu'en livrant une opinion au tribunal, un expert a l'obligation d'assister le tribunal et ne doit pas se faire l'avocat d'une partie[2]. En comparaison, la Règle 4.1 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario[3] énonce qu'il incombe au témoin expert de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif, impartial et qui ne porte que sur des questions relevant de son domaine de compétence, et de fournir l'assistance supplémentaire dont le tribunal peut raisonnablement requérir pour trancher une question en litige. De même, les tribunaux de l'Alberta ont reconnu qu'un témoin expert devait s'efforcer d'être impartial et indépendant et ne devait se faire l'avocat d'aucune des parties[4]. Essentiellement, peu importe

2. BC Reg 168/2009.
3. RRO 1990, Règl 194.
4. *IFP Technologies (Canada)* c *Encana Midstream and Marketing*, 2014 ABQB 470.

la juridiction, l'obligation du témoin expert consiste à être objectif et impartial et à aider le tribunal, et non son client ou l'avocat qui retient ses services.

Les conséquences en matière de secret professionnel et de divulgation de la preuve pour le témoin expert sont plus complexes que pour le conseiller expert. Une fois que l'opinion de l'expert est divulguée comme élément de preuve devant un tribunal, l'expert renonce au privilège relatif au litige concernant ses dossiers. Le privilège est écarté soit par la communication volontaire de l'opinion, soit en raison du besoin du tribunal d'évaluer convenablement la crédibilité et la fiabilité de l'opinion.

La distinction entre les rôles

La distinction à faire entre un conseiller expert et un témoin expert, et les conséquences en matière de privilège relatif au litige et de divulgation de la preuve à l'égard de chacun d'eux, ont été très bien décrites dans l'arrêt *Vancouver Community College* c *Phillips, Barratt*[5], une décision de 1987 de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« CSCB »). L'honorable juge Finch a indiqué ce qui suit :

> [TRADUCTION] Aussi longtemps que l'expert s'en tient au rôle de conseiller confidentiel, il est tout à fait justifié de conserver le privilège relatif au litige à l'égard des documents qui sont en sa possession. Une fois qu'il devient un témoin, cependant, son rôle change du tout au tout. Ses opinions et leur fondement ne relèvent plus du domaine des conseils privés conférés à la partie qui a retenu ses services. Il offre au tribunal son opinion professionnelle pour l'aider dans sa recherche de la vérité. Le témoin n'est plus dans le camp de la partialité. Il témoigne de manière objective afin d'aider le tribunal à comprendre les questions d'ordre scientifique ou technique ou les questions complexes relevant de son domaine d'expertise sur le plan professionnel. Il se présente au tribunal comme une personne sincère, fiable, bien informée et compétente. C'est comme si la partie qui l'appelle à témoigner disait : « Voici M. X, un expert dans un domaine pour lequel le tribunal a besoin d'aide. Vous pouvez vous fonder sur son opinion. Elle est sérieuse. Il est prêt à la confirmer. Mon ami peut le contre-interroger comme bon lui semble. Il n'ira nulle part. Le témoin n'a rien à cacher[6].

Le double rôle de l'expert

Les praticiens du droit en Colombie-Britannique déconseillent en règle générale à leurs clients de retenir les services d'un expert qui tiendra les deux rôles, celui de conseiller et celui de témoin. La principale raison tient à la Règle 11-6(8)(b) des *Supreme Court Civil Rules* de la province qui prévoit que

---

5. [1987] BCJ N° 3149 [*Vancouver Community College*].
6. *Ibid.*, par 27.

le privilège relatif au litige s'appliquant au dossier de l'expert tombe avant qu'il ne témoigne. La Règle 11-6(8)(b) exige la divulgation en preuve, à la demande d'une partie au dossier, du contenu du dossier de l'expert relatif à la préparation de l'opinion énoncée dans son rapport.

Dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique* c *British Columbia (Education)*[7], la CSCB a davantage expliqué les principes de divulgation de la preuve énoncés par la Règle 11-6(8)(b) :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne le mécanisme de la [Règle] 11-6(8), je note que la [Règle] 11-6(8)(a) dressé la liste des documents devant être signifiés immédiatement à une partie qui le demande, notamment les déclarations écrites ou les déclarations de faits sur lesquelles l'expert a fondé son opinion ; les dossiers relatant les observations indépendantes faites par l'expert dans le cadre de son rapport ; les données compilées par l'expert dans le cadre de son rapport ; et les résultats de tous les essais ou tests menés par l'expert ou des inspections qu'il a réalisées. *La Règle 11-6(8)(a) exige ainsi déjà la production des observations et de l'analyse sous-tendant l'opinion de l'expert. La Règle 11-6(8)(b) devrait ainsi être lue comme exigeant la production de quelque chose de plus que les documents fondant le rapport de l'expert*.
>
> L'interprétation que je fais de la [Règle] 11-6(8)(b) est donc à mi-chemin entre la vaste portée de la divulgation de la preuve en *common law* et l'interprétation étroite alléguée par les demandeurs. *Selon moi, lorsqu'une demande lui est présentée en vertu de la [Règle] 11-6(8)(b), un expert doit produire le contenu de son dossier touchant aux questions de fond selon son opinion ou sa crédibilité, sauf s'il serait injuste de l'obliger à le communiquer*[8]. [nos italiques]

Dans l'arrêt *Vancouver Community College*, antérieur à l'arrêt CSF, la CSCB avait déjà établi qu'un expert perd le droit au privilège relatif au litige dès qu'il se présente à la barre des témoins. Comme l'a déclaré l'honorable juge Finch :

> [TRADUCTION] Lorsqu'un témoin expert qui n'est pas une partie est appelé à témoigner, ou lorsque son rapport est déposé en preuve, il peut être tenu de remettre à l'avocat qui le contre-interroge tous les documents qu'il a en sa possession et qui touchent ou pourraient toucher aux questions de fond de sa preuve ou à sa crédibilité, sauf s'il serait injuste ou incohérent d'exiger qu'il les produise. Le caractère juste et la cohérence peuvent être évalués en fonction des circonstances de chaque affaire. Si ces exigences sont remplies, les documents peuvent être communiqués parce que la partie qui présente la preuve du témoin, qu'elle soit orale ou écrite, a l'intention implicite de renoncer à se prévaloir du privilège relatif au litige visant le dossier qui empêchait auparavant la divulgation en preuve des documents[9].

---

7. 2014 BCSC 741 [*CSF*].
8. *Ibid.*, par 41 et 44.
9. *Vancouver Community College*, *supra* note 5, par 34.

Le principe selon lequel l'expert doit produire « tous les documents qu'il a en sa possession » a été réitéré dans des arrêts subséquents, notamment l'arrêt *Delgamuukw* c *British Columbia :*

> [Traduction] Ainsi, le droit actuel exige du témoin expert qui est appelé à témoigner à un procès qu'il produise tous les documents qui sont ou ont été en sa possession, dont les projets de rapports (même s'ils sont tirés du dossier du procureur avec des annotations) et d'autres communications qui ont ou pourraient avoir trait aux questions de fond de sa preuve ou à sa crédibilité, sauf s'il serait injuste d'en exiger la production. La renonciation au secret professionnel en ce qui concerne ces questions de fond, etc., lorsque le témoin est appelé à témoigner au procès, est une présomption de droit[10].

En raison des difficultés inhérentes au fait qu'un expert agit à la fois comme conseiller et témoin, et en particulier celles tenant à la perte du privilège associé au dossier de l'expert, les praticiens du droit en Colombie-Britannique ont, dans certains cas, retenu les services de deux experts – l'un agissant comme conseiller et l'autre comme témoin expert. Lorsque les services d'un seul expert sont retenus, l'avocat devrait s'entretenir avec lui de façon à minimiser le risque de divulgation. Sans vouloir formuler des commentaires sur la probité de cette pratique, certains praticiens du droit conseillent à leurs experts de ne pas consigner leurs avis par écrit à moins d'y avoir été invités[11].

Cela étant dit, selon l'honorable juge Finch, l'expert qualifié peut assurément, avec l'aide d'un avocat, remplir avec succès les deux rôles de conseiller et de témoin :

> [Traduction] Je ne pense pas qu'il y ait, ou qu'il devrait y avoir, des limites aux échanges entre les avocats et leurs conseillers experts avant que ceux-ci ne rendent leur opinion ou avant le procès […] Je pense, cependant, que lorsque la décision a été prise de produire en preuve l'opinion d'un expert, que ce soit par oral ou par écrit, l'avocat doit envisager la perspective d'un contre-interrogatoire approfondi et décider si les avantages attendus l'emporteront sur les possibles inconvénients. *L'expert digne de confiance ne verra aucun inconvénient à communiquer les échanges qu'il a eus avec l'avocat avant le procès. Et l'avocat ne sera pas non plus gêné si les échanges qu'il a eus avec l'expert visaient à l'aider à se forger une opinion objective fondée sur des hypothèses de fait raisonnables*[12]. [nos italiques]

10. 1988 CanLII 3195 (CS CB), par 11.
11. *Expert Evidence in British Columbia Civil Proceedings* (Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011).
12. LSG Finch, « The Court's Perspective » dans *Experts and Experts Reports* (Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1988).

OBLIGATIONS DES EXPERTS ET DE L'AVOCAT

Les conséquences lorsqu'un expert manque à ses obligations

Lorsqu'un expert ne se conforme pas aux normes auxquelles on peut s'attendre de lui, le tribunal peut : 1) refuser d'admettre son rapport à titre de preuve ; ou 2) pénaliser la partie ou l'avocat qui a retenu les services de l'expert par la condamnation à des dépens spéciaux. Une décision condamnant l'avocat de l'une des parties à des dépens spéciaux ne sera prononcée que lorsque le tribunal estime que la conduite de ladite partie ou dudit avocat est répréhensible. Les arrêts cités ci-après offrent des exemples d'affaires ayant abouti à de tels résultats.

L'irrecevabilité du rapport

Les exemples abordés ci-après sont fournis par ordre chronologique et non par ordre d'importance. Il convient de noter que les décisions excluant les rapports d'experts sont rares. Cette situation s'explique par le fait qu'en pratique les ordonnances excluant de tels éléments de preuve sont généralement prononcées oralement au cours d'un procès. Par conséquent, les exemples qui suivent sont plutôt des cas où des tribunaux ont conclu que des experts ne leur avaient pas fourni une assistance impartiale.

Dans *Coulter (Guardian ad Litem of)* c *Ball*[13], l'opinion d'un expert a été contestée parce qu'elle avait été jugée partiale. Le juge de première instance a conclu que le rapport de l'expert était argumentatif, évasif et certainement pas le genre de rapport auquel on se serait attendu de la part d'un expert s'étant engagé à assister le tribunal. Ainsi, le juge de première instance a conclu que l'expert agissait comme s'il était l'avocat de la défense et que, par conséquent il était impossible de se fonder sur ses opinions. Cependant le juge n'a pas estimé que la présentation du rapport visait à induire le tribunal en erreur et, par conséquent, l'utilisation du rapport de l'expert ne constituait pas une conduite méritant la condamnation à des dépens spéciaux.

Les deux arrêts suivants illustrent des situations dans lesquelles l'utilisation excessive de caractères gras pour mettre l'accent sur les conclusions était un indice que l'expert appelé à témoigner avait agi comme un avocat.

Dans *Warkentin* c *Riggs*[14], l'expert a utilisé des caractères gras pour surligner des mots et des phrases dans le rapport qui favorisaient la réclamation du plaignant et appuyaient son diagnostic. Les éléments qui allaient à l'encontre de la réclamation du plaignant ou qui ne soutenaient pas son diagnostic avaient

13. [2003] BCJ No 1804.
14. 2010 BCSC 1706.

été soit omis soit présentés en caractères non gras. Le juge de première instance a estimé que le rapport défendait les intérêts du plaignant et l'a jugé irrecevable. La Cour a conclu que le rapport était susceptible de compromettre la fonction de recherche des faits du juge des faits et que, par conséquent, son caractère préjudiciable prenait le pas sur sa valeur probante.

De même, dans l'arrêt *Turpin* c *Manufacturers Life Insurance Company*[15], les plaignants avaient objecté, entre autres, qu'un rapport d'expert ne respectait pas les exigences établies par les règles du *Supreme Court Civil Rules* et que l'expert agissait comme s'il était l'avocat d'une partie. Les conclusions de la Cour à cet égard étaient fondées sur l'utilisation d'italiques et de caractères gras par l'auteur du rapport. La Cour a conclu que le rapport ne respectait pas les exigences (c'est-à-dire qu'il ne dressait pas la liste de tous les documents sur lesquels l'opinion était fondée) et que l'accent mis sur certains passages ne devait pas être encouragé et a pu découler de la lettre de directives de l'avocat. Le rapport a été jugé irrecevable à titre de preuve.

Dans l'arrêt *Maras* c *Seemore Entertainment Ltd*[16], la Cour a décidé qu'un rapport d'expert en particulier présentait de nombreuses déficiences, de sorte qu'il n'a pas été admis en tant que preuve. Parmi les déficiences relevées, citons les suivantes :

> (1) le rapport contenait de nombreuses pages de commentaires sur les divers dossiers et rapports examinés par l'expert, ainsi que des résumés de ceux-ci, lesquels n'étaient ni nécessaires ni utiles pour le jury, à moins qu'il n'y avait un motif particulier de procéder de la sorte, motif qui était relié à l'opinion ;
>
> (2) ce qui constituait des faits, des hypothèses et des opinions n'était pas clairement indiqué ;
>
> (3) le rapport renfermait certains « commentaires éditoriaux », qui auraient dû, à tout le moins, être liés à un fait présumé ou à l'opinion de l'expert, ou aux deux.

La condamnation à des dépens

Les exemples d'affaires suivants, dans le cadre desquelles des dépens ont été imposés lorsque des experts ne respectaient pas leurs obligations, sont également énumérés par ordre chronologique et pas nécessairement par ordre d'importance.

Dans l'arrêt *Heppner* c *Schmand*[17], la Cour d'appel a approuvé l'attribution de dépens spéciaux lorsqu'un assureur, en dépit des critiques déjà formulées par les tribunaux à l'égard d'une telle pratique, avait à maintes reprises

15. 2011 BCSC 1159.
16. 2014 BCSC 1109 [*Maras*].
17. (1998) 59 BCLR (3d) 336 (CA).

produit en preuve des opinions d'ingénierie similaires pour le compte de ses assurés-défendeurs.

Dans l'arrêt *Jayetileke* c *Blake*[18], le plaignant a réclamé des dépens parce que le défendeur avait appelé un témoin expert qui avait la réputation de se faire l'avocat de ses clients dans des affaires antérieures, et dont la conduite dans le cadre du procès méritait d'être réprimandée. La Cour a imposé des dépens spéciaux au défendeur parce que son témoin expert, entre autres :

> (1) avait déjà vu sa preuve rejetée et son objectivité remise en question par des tribunaux ;
>
> (2) se faisait l'avocat de son client, argumentait, défendait, était peu collaboratif et avait tendance à tenir des propos décousus qui n'étaient pas pertinents au regard des questions posées en contre-interrogatoire ;
>
> (3) affichait une incapacité alarmante à saisir son rôle d'expert et à comprendre le privilège connexe qui est de fournir une preuve sous forme d'opinion ;
>
> (4) s'est fait demander de quitter la salle d'audience afin que l'avocat puisse discuter des questions à lui poser, mais a été surpris en train d'espionner la salle d'audience et d'écouter la conversation qui s'y tenait ;
>
> (5) l'avocat de la défense connaissait la tendance de l'expert à faire un usage abusif de son rôle d'expert.

Dans l'arrêt *Bailey* c. *Barbour*[19], la Cour a attribué des dépens à l'avocat qui avait appelé un témoin expert incompétent et partial. Le contre-interrogatoire de l'expert avait révélé que sa participation aux procédures dépassait les limites de ses attributions. La Cour a conclu que l'expert était partial et agissait dans les faits comme un avocat adjoint et un défenseur des intérêts d'une des parties, et que le faire témoigner était une perte de temps. En définitive, la Cour a jugé que la désignation de l'expert par l'avocat, lequel connaissait pourtant son manque d'objectivité, suffisait à justifier l'attribution de dépens personnels à l'avocat. Dans ses motifs, la Cour a souligné les points suivants :

> [Traduction] De même, c'est faire fi de tout sens commun et de tout entendement que d'accepter qu'un avocat qui reçoit de son expert un courriel faisant référence au rapport d'un autre expert comme étant un 'paquet de m…' et déclarant 'je parie qu'il n'a jamais produit de preuve d'expert en Cour avant, et qu'Izaak ne lui a pas dit qu'il ne pouvait pas le protéger du contre-interrogatoire. Il pense qu'il peut s'en sortir avec cette m…', ne sache pas reconnaître que l'expert était trop personnellement impliqué dans l'affaire pour pouvoir formuler des commentaires objectifs sur la méthodologie et les conclusions de l'autre expert. […] [L]a Cour ne peut que conclure que [l'avocat] savait ou aurait dû savoir que [l'expert] avait assumé un rôle qui dépassait celui d'un témoin expert.

18. 2010 BCSC 1478.
19. 2014 ONSC 3698.

> […] La décision que prend un avocat de présenter à la Cour le témoignage d'un expert fait partie de son rôle d'avocat responsable du dossier et son expertise professionnelle devrait l'amener à comprendre que le fait d'appeler un expert partial à la barre des témoins mine l'intégrité du système de justice […] [L'avocat] ne peut pas se protéger des dépens lorsqu'il a agi de manière contraire à l'administration de la justice. Par conséquent, je ne peux que conclure que c'est [l'avocat] qui est à la source du gaspillage inutile de coûts[20].

Dans l'arrêt *Seaspan ULC* c *Director, Environmental Management Act*[21], le British Columbia Environmental Appeal Board (le « conseil ») a adjugé des dépens à un appelant, malgré sa politique de n'accorder des dépens que dans des « circonstances exceptionnelles ». Les circonstances exceptionnelles qui justifient l'adjudication de dépens supposent une conduire répréhensible de la part de la partie concernée. Après avoir entendu les arguments sur la question des dépens, le conseil a ordonné à l'appelant de payer leurs dépens à l'intimé et à des tiers. Ce faisant, le conseil a critiqué de nombreux aspects de l'opinion de l'expert et de ses relations avec l'avocat de l'appelant. Les préoccupations du conseil étaient notamment les suivantes :

> (1) l'expert a changé sa conclusion par rapport à une version antérieure de son projet d'opinion qui déclarait que la contamination « aurait pu » découler d'une source particulière pour finir par dire, dans la version définitive du projet, qu'il « était plus que probable » que la contamination provenait de cette source ;
>
> (2) la question initiale posée à l'expert avait été de savoir si la contamination « aurait pu provenir » d'une source particulière, alors que la question posée pour le rapport définitif avait été changée pour celle de savoir ce qui avait été la « cause de la contamination » (sans qu'aucune analyse supplémentaire correspondante n'ait été menée par l'expert) ;
>
> (3) suivant les directives de l'avocat, l'expert n'a pas abordé dans son rapport les éléments de preuve importants qui venaient contredire son opinion ;
>
> (4) l'expert, en interrogatoire principal, avait changé d'avis sur un aspect important de son opinion écrite sans expliquer qu'il l'avait fait et encore moins pourquoi.

Le conseil a conclu que l'opinion de l'expert était trompeuse, qu'il avait ignoré des données pertinentes (notamment suivant les instructions de l'avocat), et que l'opinion était telle que son rapport était « fondamentalement faux et irrévocablement vicié ». En adjugeant des dépens, le conseil a également indiqué que le client de l'expert était tout aussi responsable d'avoir avancé une position qui était « peu avisée », « absurde » et « qui n'aurait jamais dû être soutenue ».

---

20. *Ibid.*, par 45 et 46.
21. Décision N° 2010-EMA-005(c) et 2010-EMA-006(c).

Le rôle de l'avocat pour assister l'expert dans la préparation du rapport

Pratique générale

Pour aider un expert à préparer son rapport, l'avocat devrait[22] :

(1) veiller à ce que la lettre de mandat de l'expert ne fasse aucune allusion à l'opinion souhaitée ;

(2) veiller à ce que l'expert reçoive une série de faits objectifs ;

(3) limiter ses communications avec l'expert pendant que ce dernier examine les faits et formule le fond de son opinion ;

(4) discuter oralement de l'avis de l'expert, avant que celui-ci ne remette quoi que ce soit par écrit ;

(5) limiter le nombre d'ébauches ou de versions de l'opinion de l'expert qui lui sont remises ;

(6) limiter au minimum les corrections apportées au rapport de l'expert.

Malgré ces conseils de prudence, les tribunaux ont reconnu à l'avocat une certaine marge de manœuvre en termes d'implication, comme nous allons le voir dans les arrêts cités ci-après.

Jurisprudence

Dans l'arrêt *Vancouver Community College* c *Phillips, Barratt*[23], la divulgation à titre de preuve des dossiers de travail de l'expert a montré que l'expert avait modifié son opinion plusieurs fois à la suggestion de l'avocat. La Cour a finalement conclu que les révisions dépassaient la simple clarification et l'opinion a été rejetée. Le juge Finch a déclaré ce qui suit :

> [Traduction] Loin de moi l'idée de condamner la pratique de révision ou de réécriture par un expert des rapports qu'il prépare en vue de les produire en preuve ou uniquement pour conseiller l'avocat ou les plaideurs. Je ne souhaite pas non plus condamner la pratique d'un avocat consistant à consulter ses experts avant le procès pendant que les 'rapports' sont en cours de préparation. Il est, toutefois, de la plus haute importance, dans les deux phases de réécriture et de consultation mentionnées, que l'indépendance, l'objectivité et l'intégrité de l'expert ne soient pas compromises. Je n'ai aucun doute que, dans de nombreux cas, ces objectifs sont atteints et que tant les avocats que les experts respectent les limites essentielles tenant à la mesure dans laquelle un avocat peut discuter de manière opportune du produit du travail de l'expert alors qu'il évolue vers sa forme définitive.

---

22. Nevin Fishman, *Preparation of the Expert Report – How Much Input from Counsel?* (Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009).
23. [1988] BCJ No 710.

> Malheureusement, dans la présente affaire, les limites n'ont pas été respectées. Je ne peux pas m'empêcher de dire que dans l'ensemble l'avocat a beaucoup trop participé, et de manière inappropriée, à la préparation des rapports de [M. A]. [M. A] a sciemment permis cette participation de l'avocat et a sérieusement compromis l'objectivité de ses opinions. L'avocat a suggéré de nombreux ajouts et suppressions à son rapport et [M. A] les a acceptés. Ces suggestions allaient au-delà des déclarations sur des hypothèses factuelles, leur fondement sur le plan de la preuve, la définition des questions en jeu ou d'autres sujets sur lesquels l'avocat aurait pu offrir des conseils ou des commentaires judicieux. Les suggestions ont plutôt porté sur le fond des opinions de [M. A] et sur la manière dont il les a exprimées. Les modifications suggérées allaient en sens unique[24].

Dans l'arrêt *William et al* c *British Columbia et al*[25], la Cour a déclaré ce qui suit, en ce qui concerne le dossier de l'expert et l'intervention de l'avocat dans celui-ci :

> [Traduction] L'échange de correspondance entre l'avocat et [l'expert] contenait des propos malheureux qui confortaient la thèse selon laquelle l'avocat dictait l'opinion qu'il voulait obtenir et [l'expert] obéissait aux injonctions de l'avocat. La révision qu'a faite l'avocat du rapport soutenait la même thèse. Les avocats devraient s'efforcer, en tout temps, de ne pas se placer dans une situation où leur conduite devient le point central des préoccupations du tribunal.

Dans l'arrêt *Medimmune Ltd* c *Novartis Pharmaceuticals, UK Ltd & Anor*[26], la England et Wales High Court a relevé que les témoins experts peuvent avoir besoin d'un [traduction] « niveau élevé de directive de la part des avocats » et [traduction] « d'une aide considérable des avocats pour rédiger leur rapport » dans des domaines hautement techniques comme le droit des brevets. Toutefois, la Cour a mis en garde les avocats qu'ils doivent toujours garder à l'esprit que l'expert doit demeurer avant tout objectif.

Dans l'arrêt *Maras*, la Cour a ordonné à l'avocat du plaignant d'examiner les rapports déficients de l'expert dans la perspective d'en raccourcir la longueur de façon appréciable et, ainsi, de les rendre plus accessibles au jury. La Cour a aussi statué que l'avocat peut aider l'expert à fournir un rapport qui respecte les critères de recevabilité et a cité à cet effet le juge McColl dans l'arrêt *Surrey Credit Union* c *Willson*[27] :

> [Traduction] On ne saurait critiquer un avocat qui aide un témoin expert à se préparer à témoigner. Lorsque l'aide tient davantage à la forme qu'au fond de l'opinion elle-même, on ne saurait formuler d'objection. Il serait assez inhabituel, dans une affaire aussi complexe, que l'avocat ne consacre pas un certain temps à

24. *Ibid.*, par 33 et 34.
25. 2005 BCSC 131.
26. [2011] EWHC 1669 (Pat), par 110.
27. 1990 CanLII 1983 (CS CB).

> préparer les témoins avant qu'ils ne soient appelés à témoigner. Il n'est pas moins critiquable de s'engager dans le même processus lorsque le témoin que l'on cite à comparaître est un expert. Certes, si le processus avait été suivi en l'instance, on aurait pu éviter la majeure partie des critiques[28].

Dans *Moore* c *Getahun*[29], la préparation du rapport d'expert était en cause dans le cadre d'une action fondée sur une faute médicale. Le juge de première instance a estimé qu'il n'était pas acceptable que l'avocat aide un témoin expert à préparer son rapport. Durant le contre-interrogatoire, l'expert avait admis qu'il avait transmis un projet de rapport à l'avocat de l'appelant aux fins d'examen. L'expert a témoigné qu'il avait produit son rapport définitif à la suite d'une conférence téléphonique d'une heure et demie avec l'avocat. Le juge de première instance a exprimé sa préoccupation au sujet de l'appel téléphonique et a demandé à l'expert d'organiser son dossier par ordre chronologique et de fournir à la Cour les projets de rapport. Le juge a également demandé à l'avocat de l'appelant de remettre à la Cour toutes les lettres d'instruction et les comptes-rendus des conférences téléphoniques. Par la suite, les projets de rapport de l'expert ont été revus en détail et les annotations ainsi que les modifications apportées à la suite des discussions avec l'avocat de l'appelant ont été examinées avec soin. Au final, la juge de première instance a rejeté la preuve d'expert, ayant conclu que les discussions avec l'avocat avaient donné lieu à des changements importants et que l'obligation d'impartialité de l'expert n'avait pas été respectée.

En appel, la question était celle de savoir si la juge de première instance avait erré dans le traitement de la preuve d'opinion de l'expert de l'appelant, en critiquant le fait que l'avocat de l'appelant avait discuté avec le témoin expert du contenu de son projet de rapport. La Cour d'appel de l'Ontario a convenu que la consultation entre l'avocat et les témoins experts dans le cadre du processus de préparation des rapports est nécessaire, dans certaines limites, pour assurer la présentation efficace et ordonnée d'une preuve d'expert et la résolution rapide, abordable et juste des réclamations. De plus, la Cour a conclu que les modifications apportées au projet de rapport de l'expert étaient relativement mineures, de nature éditoriale et stylistique, et visaient à améliorer la compréhension des rapports. La Cour a statué qu'il n'y avait aucune preuve d'un changement important sur le fond ni quoi que ce soit qui indique que l'avocat ou l'expert avait agi de façon irrégulière, ou que le rapport de l'expert ne reflétait pas son opinion authentique et impartiale.

En fin de compte, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge de première instance avait erré en jugeant inacceptable pour un avocat d'examiner et de discuter des projets de rapports d'experts. Dans ses motifs, la Cour d'appel

---

28. *Maras*, *supra* note 16, par 90.
29. 2015 ONCA 55.

de l'Ontario a souligné le fait qu'examiner un projet de rapport permet à l'avocat de vérifier que celui-ci : 1) respecte les règles de procédure civile et les règles de preuve ; 2) aborde et se limite aux questions en litige ; et 3) est rédigé d'une manière et dans un style accessibles et compréhensibles.

LA LETTRE DE MANDAT

Pratique générale

Lorsqu'il s'agit de traiter avec des experts, on ne saurait trop insister sur l'importance de la lettre de mandat. Cette lettre régit les relations entre l'expert, l'avocat et la partie qui retient les services de l'expert. Par conséquent, ses modalités doivent être soigneusement examinées et adaptées au cas en particulier, à l'expert concerné et au rôle précis qu'il est censé jouer. À tout le moins, la lettre de mandat d'un témoin expert devrait prévoir clairement ce qui suit :

(1) la ou les questions que l'expert est censé aborder ;

(2) les obligations de l'expert vis-à-vis du tribunal ;

(3) les faits et hypothèses sur lesquels l'expert et censé se fonder ;

(4) les documents sur lesquels l'expert peut s'appuyer lorsqu'il rédige son opinion ;

Outre ce qui précède, l'avocat devrait s'entretenir avec l'expert, éventuellement en dehors de la lettre de mandat, des questions suivantes :

(1) les attentes en matière de confidentialité et de relation avec les personnes ayant des intérêts opposés ;

(2) les principes régissant la recevabilité d'un rapport d'expert en vertu des règles de procédure civile et les limites posées par la loi au témoignage d'un expert ;

(3) la conservation et la divulgation du dossier de l'expert, y compris les notes, les documents de travail, les ébauches et la correspondance ;

(4) l'accord sur les honoraires, lequel ne doit pas comprendre un « incitatif » ou une convention pour dépenses imprévues.

Lorsque l'expert joue un double rôle

La lettre de mandat peut être légèrement plus complexe si les services d'un expert sont retenus à la fois comme conseiller expert et témoin expert. Dans ce cas, la lettre devrait clairement indiquer que le mandat vise deux services distincts, c'est-à-dire que l'expert doit fournir : 1) des services de conseils et de consultation ; et 2) une opinion. Certains praticiens demandent à leurs experts de tenir deux dossiers séparés pour les deux rôles qu'ils doivent jouer. La jurisprudence n'indique pas clairement si, ce faisant, une partie peut empêcher la divulgation des dossiers de son expert, une fois que celui-ci est appelé à jouer le rôle de témoin expert.

Chapitre 44

La continuité de la preuve et les conseils en matière de mesures correctives pour les enquêteurs : quelques brefs commentaires

John D. Cliffe, c.r. et John S.G. Clark[1]

De tous les éléments auxquels l'enquêteur ou le premier répondant d'un incident environnemental, de même que l'avocat qui conseille ces deux intervenants, doivent porter une attention particulière, la continuité de la preuve et l'atténuation rapide des dommages causés à l'environnement sont très importantes, même si elles ne sont pas reliées.

CONTINUITÉ DE LA PREUVE

Nos commentaires sont formulés dans une perspective d'application de la loi, du point de vue des procureurs.

1. Les auteurs sont avocats, l'un à Cliffe Tobias, Barristers & Solicitors, à Vancouver, en Colombie-Britannique, et l'autre au ministère fédéral de la justice, groupe du droit des affaires et du droit réglementaire, bureau régional de la Colombie-Britannique, à Vancouver. M. Cliffe traitera de la « Continuité de la preuve », tandis que M. Clark traitera des « Conseils en matière de mesures correctives pour les enquêteurs ». Les opinions exprimées par les auteurs dans ce chapitre sont uniquement les leurs et ne constituent pas et ne représentent pas celles de Cliffe Tobias, Barristers & Solicitors, du ministère fédéral de la justice et/ou du gouvernement du Canada.

Définition courante de la « continuité »

La définition simple et ordinaire du mot « continuité » est [TRADUCTION] « connexion ininterrompue ; cohésion ; union étroite de parties[2] ». La « continuité » est également définie comme [TRADUCTION] « l'état de ce qui est continu ; succession ininterrompue[3] ».

La « continuité » dans le contexte juridique : généralités

La question de la continuité, ou ce que l'on qualifie parfois de « continuité de possession » ou ce que certaines juridictions américaines appellent la « chaîne de possession » [*chain of custody*], est soulevée lorsqu'une preuve réelle comprenant des éléments de preuve matériels est présentée dans des procédures judiciaires telles qu'un procès.

Le *Watt's Manual of Criminal Evidence* de 2013 définit la preuve réelle comme suit :

> […] any evidence that conveys a relevant first-hand sense impression to the trier of fact. In other words it appeals to the trier of fact to use their own senses to make observations and draw conclusions, rather than being told about the object by a witness […] [and it] is unlimited in its variety. It includes, but is not limited to production of articles, observations of demeanor or appearance of witnesses, taking a view, and audio or videorecordings. It may be direct or circumstantial in nature[4].

La présentation d'une preuve réelle, preuve matérielle comprise (éléments de tout genre), comme pièce à conviction au procès requiert un fondement d'admissibilité établi par le témoignage de témoins ou une admission au procès faite par l'accusé. Un fondement approprié repose sur trois éléments[5].

Premièrement, la pièce proposée doit être pertinente par rapport aux procédures. En d'autres termes, elle doit avoir force probante pour prouver un fait en litige. Deuxièmement, elle doit être ce qu'elle prétend être et, par conséquent, doit être authentique et/ou identifiable. Troisièmement, un témoin ou des témoins doivent confirmer l'authenticité de la pièce proposée ou l'identifier.

La continuité entre en jeu pour le deuxième élément décrit ci-dessus. À cet égard, il doit être démontré, par exemple, que la pièce proposée est la même

---

2. Virginia S Thatcher & Alexander MacQueen, *The New Webster Encyclopedic Dictionary of the English Language* (New York : Avenel Books, 1984), p. 185.
3. *Webster's Dictionary For Everyday Use* (Florida : PSI Associates, 1988), p. 85.
4. *Ibid.*, p. 82-83.
5. Lee Stuesser, *An Advocacy Primer*, 3e édition (Toronto : Thomson Carswell, 2005), p. 228.

que celle qui a été saisie[6] ou reçue au cours de l'enquête ; si la question de sa source est pertinente, il faut démontrer qu'elle provient de cette source en particulier[7] ; qu'elle n'a pas été altérée[8] ou que sa composition chimique, le cas échéant, n'a pas été altérée, contaminée ou modifiée de quelque façon que ce soit avant l'analyse judiciaire[9]. Ainsi, un témoignage de vive voix doit prouver la continuité, à moins que, comme il a été précisé ci-dessus, l'accusé n'admette la preuve de continuité.

Il va sans dire que le fardeau de la preuve de continuité revient à la partie qui présente la pièce. Dans le cas d'une pièce présentée par le procureur, il incombe à la Couronne, qui a le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, d'établir la continuité de la pièce présentée.

Échouer à prouver la continuité peut avoir des conséquences néfastes et drastiques, la plus grave étant que la pièce proposée soit jugée irrecevable par la Cour. Cependant, même si elle est jugée recevable, la Cour peut décider que la pièce et toutes autres preuves accessoires telles que les résultats d'analyse en lien avec cette pièce ont peu de valeur ou de force probante.

Par exemple, dans le cas de poursuites en matière de drogues, le défaut de prouver la continuité d'un échantillon de drogue saisie a été commenté comme suit :

> [TRADUCTION] Lorsque la continuité de la possession a été brisée et que la preuve donne naissance à une crainte raisonnable de contamination de la pièce, les tribunaux ont généralement résolu tout doute sur la question en faveur de l'accusé. […] Néanmoins, de tels doutes doivent être fondés sur des motifs raisonnables et ne pas être le simple produit de l'imagination[10].

Cela dit, les tribunaux ont, à l'occasion, assoupli les exigences strictes de la preuve de la continuité. Par exemple, dans le cas d'une pièce proposée, dont la composition chimique est pertinente, les tribunaux ont statué que la continuité ne doit être établie que pour la période comprise entre la saisie ou la réception de la pièce et la fin des analyses.

Il est reconnu depuis longtemps que, selon les faits de l'affaire (notamment la preuve de l'adoption de différentes mesures de précaution), des lacunes dans la continuité sont acceptables lorsqu'il est hautement improbable qu'une altération, une contamination ou une modification ne se soit produite[11]. Par exemple, une telle lacune ne pose pas problème lorsque des mesures de

---

6. Bruce A MacFarlane, *Drug Offences in Canada* (Toronto : Canada Law Book Limited, 1979), p. 305.
7. *R* c *Andrade* (1985), 18 CCC (3d) 41 (CA Ont), p. 61.
8. Stuesser, *supra* note 5, p. 228.
9. MacFarlane, *supra* note 6, p. 305-306.
10. *Ibid.,* p. 306.
11. *Ibid.*, p. 307-308.

précaution ont été prises et que les moyens par lesquels les pièces proposées sont transportées (p. ex. par courrier ou livraison commerciale par autobus, par camion et par avion) sont jugés fiables.

La continuité dans le contexte environnemental : généralités

Puisque la plupart des enquêtes environnementales comportent une collecte d'échantillons de polluants ou d'environnements contaminés tels que des échantillons d'eau, de poisson ou de faune, et que les poursuites dans le cadre de ces dossiers nécessitent que ces échantillons et les résultats de leur analyse (composition chimique, essais biologiques avec des poissons, etc.) soient présentés comme preuve, la question de la continuité est pertinente lors du procès, à moins d'une admission de la part de l'accusé. Bien entendu, comme il a été expliqué ci-dessus, il faut aussi prouver la continuité des autres éléments de preuve matériels recueillis durant l'enquête et que l'on veut présenter lors du procès.

Un procès pour infraction environnementale ne devrait jamais être perdu en raison du défaut de prouver la continuité !

Selon mon expérience, la majorité des organismes gouvernementaux de protection de l'environnement ont des procédures internes qui régissent la continuité des preuves recueillies et ces procédures sont si rigoureusement respectées que l'accusé admet souvent cette continuité. Cependant, il existe des exceptions.

Étant donné que la collecte d'échantillons tels que décrits ci-dessus fait partie intégrante d'une enquête environnementale, je concentrerai mes commentaires concernant la continuité sur cette forme de preuve réelle.

Lorsque la continuité entre en jeu dans le contexte environnemental

Dans les organismes gouvernementaux de protection de l'environnement, la question suivante se pose souvent : « sommes-nous en train de prélever des échantillons judiciaires ou non judiciaires ? ». La réponse indiquera si l'enquêteur doit établir la continuité ou non.

La différence repose sur la question de savoir si l'échantillon et ses résultats serviront à faire progresser une enquête criminelle concernant un incident environnemental et seront par la suite utilisés dans la procédure judiciaire, d'où le terme « judiciaire ». Le terme « non judiciaire » désigne ce que l'on appelle parfois « l'échantillonnage de routine » effectué par l'organisme à des fins de contrôle de conformité, ce qui n'exige par la même rigueur que pour la preuve de la continuité.

Cette différence et ce qu'elle implique, notamment la continuité, sont décrites avec justesse dans l'*Interpol Environmental Security Sub-Directorate Pollution Crime Forensic Investigation Manual* de 2014 (le « manuel d'Interpol ») :

> [TRADUCTION] La distinction entre l'échantillonnage judiciaire et l'échantillonnage de routine réside dans la capacité de prouver devant les tribunaux la chaîne de possession d'un échantillon. Il s'agit de veiller à la sécurité de l'échantillon afin que personne ne puisse falsifier ou altérer l'échantillon et ses résultats. La prévention de la falsification comporte l'apposition d'un sceau sur le contenant de l'échantillon et le verrouillage de l'échantillon dans l'entrepôt, le conteneur d'expédition et/ou le véhicule, de sorte que personne, sauf les manipulateurs de l'échantillon autorisés, ne puisse avoir accès aux échantillons. […] L'échantillonnage judiciaire requiert environ 30 % d'efforts supplémentaires pour manipuler et documenter soigneusement les échantillons et les preuves. Les laboratoires nécessitent des procédures de sécurité supplémentaires et peuvent facturer jusqu'à 50 % de plus pour le traitement des échantillons judiciaires et la rédaction de rapports judiciaires spéciaux[12].

Le moment précis où il faut prélever un échantillon judiciaire peut être déterminé par les politiques et les procédures internes relatives à l'échantillonnage de l'organisme ou par la décision ponctuelle du personnel de gestion ou de l'enquêteur. Le manuel d'Interpol recommande de procéder à un échantillonnage judiciaire dans les circonstances suivantes :

> [TRADUCTION] Lorsque vous soupçonnez fortement qu'une infraction s'est produite ou est en train de se produire et que des mesures d'application de la loi ou des pénalités pourraient s'appliquer ;
>
> Dans les cas de déversement et d'accidents environnementaux ;
>
> Lorsque vous n'avez aucun renseignement sur l'historique de conformité ;
>
> Lorsqu'il n'y aura probablement pas d'autre occasion de recueillir un échantillon ou que les coûts et les frais de logistique pour la collecte d'un autre échantillon sont trop élevés.

Établir et prouver la continuité des échantillons judiciaires

Il va sans dire que l'enquêteur effectuant l'échantillonnage judiciaire exercera un contrôle, au moins en partie, sur la continuité de ces échantillons. D'autres employés de l'organisme peuvent ultérieurement participer à la manipulation des contenants d'échantillons et, par conséquent, exercer eux aussi un contrôle sur la continuité.

Mis à part la procédure d'échantillonnage et son déroulement, la continuité peut comporter des exigences relatives aux contenants appropriés

12. *Ibid.*, p. 105.

et spécifiques au type d'échantillon recueilli, notamment la nécessité d'un couvercle avec revêtement approprié pour le contenant ; l'apposition, le marquage ou le grattage d'une étiquette suffisamment détaillée et durable sur le contenant de l'échantillon afin de permettre à la Cour d'authentifier et d'identifier l'échantillon ; la fixation d'un sceau sur le contenant de l'échantillon de sorte que ce sceau doive être détruit pour ouvrir le contenant, confirmant ainsi si quelqu'un a eu accès au contenant ; l'entreposage provisoire avant le transport de l'échantillon jusqu'au laboratoire ; l'utilisation d'un conteneur d'expédition verrouillable pour le transport ; le transport ou les préparatifs du transport vers le laboratoire judiciaire aux fins d'analyse et de test ; la prise de photos ou l'enregistrement de vidéos sur le processus de continuité ; le remplissage d'une documentation détaillée dûment complétée, généralement sur un formulaire de continuité propre à l'organisme, dans laquelle sont consignées toutes les manipulations des contenants d'échantillon (et/ou des conteneurs d'expédition où ont été entreposés les contenants d'échantillon) ; la prise de notes détaillées relatives à l'échantillonnage et à la continuité par la suite[13].

De plus, il y a le processus de continuité suivi au laboratoire judiciaire, qui comprend la réception des contenants d'échantillon ainsi que l'entreposage provisoire avant et pendant les analyses.

À moins que l'accusé n'admette la preuve de continuité, il incombe aux avocats présentant les échantillons judiciaires et leurs résultats d'analyse comme pièces à conviction de prouver la continuité. Par conséquent, ces avocats doivent connaître et comprendre le processus de continuité suivi par l'enquêteur, les autres employés de l'organisme et le laboratoire judiciaire pour pouvoir rassembler et présenter les preuves de cette continuité de façon organisée et cohérente.

CONSEILS EN MATIÈRE DE MESURES CORRECTIVES POUR LES ENQUÊTEURS

Je me suis découvert un intérêt pour ce thème en travaillant avec John Cliffe sur une série de cours. Nous avons effectué des présentations dans le cadre de plusieurs dizaines d'ateliers sur l'application de la loi en environnement d'un bout à l'autre du pays. Dès les premiers ateliers, nous avons remarqué qu'il fallait aborder ce thème, car les enquêteurs nous faisaient part d'un éventail de situations vécues, tout à fait fascinants, sur le sujet.

Mis à part répondre aux questions des enquêteurs, nous avons constaté qu'il y avait plusieurs bonnes raisons d'offrir des conseils juridiques à cet égard, notamment :

13. *Ibid.*, p. 106-111.

- Faire le ménage est toujours une bonne idée. Nous pensions, comme bon nombre de personnes, qu'il est toujours dans l'intérêt de la Couronne, du public et de l'accusé de restaurer, d'assainir et/ou de protéger l'environnement, et ce, le plus rapidement possible.
- La Couronne ne doit pas entraver les procédures. La suggestion qu'une enquête de la Couronne ait entravé de quelque façon que ce soit les efforts de correction de la situation par l'accusé pourrait nuire à la preuve de la Couronne. Il en va de même si de plus grands dommages ont été infligés à l'environnement parce qu'une enquête de la Couronne a compliqué les travaux de correction entrepris par l'accusé.
- L'incertitude en raison de l'enquête. Certains accusés ont affirmé devant la Cour qu'ils auraient rapidement nettoyé un site ou atténué considérablement les effets des travaux sur l'environnement, mais que personne en position d'autorité ne leur a demandé de le faire ; qu'en présence d'agents en uniforme sur leur chantier, ils n'ont pas voulu prendre des mesures sans directives précises. On peut facilement imaginer des circonstances dans lesquelles la Couronne aurait l'air (et serait) déraisonnable si elle ne prenait pas immédiatement des mesures pour réparer les dommages.
- Le délai. Bon nombre de types de dommages causés à l'environnement gagnent à être rapidement réparés. Si l'on attend une ordonnance du tribunal avant de s'attaquer aux dommages, les effets environnementaux négatifs risquent d'être plus graves ou de durer plus longtemps.
- Tout est dans la détermination de la peine. Tout effort et toute réussite (ou leur absence) de la part de l'accusé sera pris en compte dans la détermination de la peine ou pour l'ordonnance imposée à un accusé qui a été reconnu coupable. Dans certains cas, la restauration complète et rapide de l'environnement peut être un facteur qui incite la Couronne à ne pas intenter de poursuites.

Qu'est-il important, pour les enquêteurs et leur avocat, de ne pas oublier par rapport aux mesures correctives ?

Qui est l'accusé et que fait-il ? La première chose qu'un enquêteur devrait vérifier c'est si l'accusé a déjà pris toutes les mesures raisonnables pour corriger la situation. Bon nombre de grandes entreprises et de services publics disposent du mandat et des ressources nécessaires pour entreprendre les mesures correctives nécessaires, dans les délais raisonnables. Souvent, les enquêteurs peuvent déterminer rapidement si une entreprise accusée prend toutes ces mesures. Dans l'affirmative, la question de mesures correctives ne sera probablement pas pertinente pour les travaux d'enquête.

Quelle est la complexité du problème ? Bien souvent, l'élaboration de mesures de protection ou d'assainissement de l'environnement est plus complexe qu'on pourrait le croire. Bon nombre de sites ne peuvent être restaurés et de problèmes environnementaux résolus, dans la pratique, et les interventions humaines ne feront qu'aggraver leur situation. Dispenser à un accusé des conseils qui détériorent davantage un site nuira tant à l'environnement qu'aux éventuelles poursuites.

Dans quelle mesure l'accusé est-il averti ? L'infraction en cause est parfois en partie attribuable au manque d'expertise ou d'attention de l'accusé. Les enquêteurs devraient déterminer s'il convient d'exiger que l'accusé, l'entreprise ou l'organisation en cause entreprenne des mesures correctives délicates.

Faut-il recourir à des experts ? Si les circonstances dépassent les capacités des enquêteurs ou des responsables de la réglementation, ils peuvent avoir recours à des experts au sein de leur ministère ou connus de leur ministère. D'autre part, les enquêteurs peuvent suggérer ou recommander à l'accusé d'obtenir l'expertise appropriée ou l'orienter vers celle-ci afin qu'elle puisse lui fournir un plan de nettoyage ou de réparation.

Les enquêteurs et leur avocat doivent indiquer clairement la position de la Couronne

Il convient de souligner ce qui suit :

- Les enquêteurs ne devraient laisser planer aucun doute sur le fait que leurs actions n'entraveront pas les mesures correctives. S'il y a un problème à cet égard, les enquêteurs doivent obtenir et mettre en sûreté les preuves matérielles les plus importantes et urgentes (p. ex., les échantillons, les photos, la prise de mesures et l'identification des personnes) et reporter les entrevues avec les témoins à un moment ultérieur, de façon à ne pas nuire aux efforts de réparation.
- Les enquêteurs devraient documenter leurs conseils en matière de mesures correctives. Par exemple, ils peuvent confirmer par courriel les recommandations et les suggestions qu'ils ont faites sur place.
- Fournir des conseils de nettoyage complet. Selon mon expérience, les agents de pêches et océans Canada ont pour pratique d'envoyer des lettres contenant des conseils de nettoyage, peu de temps après avoir visité un site touché. Ces lettres confirment de façon explicite que les conseils offerts ne constituent pas une promesse d'éviter des poursuites, pas plus que les recommandations et les suggestions de nettoyage ne doivent pas être considérées comme une menace de poursuites. Les lettres peuvent servir à offrir et à documenter les meilleurs conseils du responsable de la réglementation sur la façon de corriger la situation.

- Émettre des directives. Diverses lois environnementales permettent aux responsables de la réglementation d'émettre des directives sur les mesures correctives à mettre en œuvre. Cette pratique offre des avantages tant sur le plan environnemental que juridique.

Lorsqu'un accusé potentiel se conforme à ces directives et atténue ainsi les dommages causés à l'environnement, cette attitude sera à tout le moins prise en considération dans la détermination de la peine et montrera l'accusé sous un meilleur jour dans le cadre d'une poursuite. Dans certains cas, l'adoption d'importantes mesures correctives peuvent inciter la Couronne à ne pas intenter de poursuites.

À l'inverse, si une directive légale n'est pas respectée, la Couronne pourrait ajouter aux accusations. Les poursuites pour non-respect d'une telle directive sont généralement plus faciles à prouver devant les tribunaux, car la diligence raisonnable est rarement un problème.

Le responsable de la réglementation a-t-il conclu une entente ?

Quelles sont les conséquences juridiques si un responsable de la réglementation, un expert du gouvernement ou un enquêteur laisse entendre que les accusations seront abandonnées si tout est nettoyé ? À ma connaissance, la Couronne ne s'est pas prononcée sur le caractère approprié ou non de cette pratique. Toutefois, si de tels commentaires sont faits et qu'un accusé entreprend les travaux de nettoyage demandés, il serait problématique pour la Couronne de continuer les poursuites puisque l'accusé pourrait soulever l'argument valable selon lequel ces poursuites constitueraient un abus de procédure pour lequel une suspension d'instance est justifiée.

Combien de temps le nettoyage prend-il ?

La planification des mesures correctives, les discussions et les travaux peuvent prendre quelques années. Les enquêteurs et leur avocat devraient garder à l'esprit les délais de prescription prévus par la loi, dans les limites desquels la Couronne peut porter des accusations. Le responsable de la réglementation peut se retrouver devant une situation de dépassement du délai de prescription si les travaux de correction ne sont jamais effectués ou s'ils s'étendent sur une période de temps déraisonnable.

Nous espérons que ces commentaires vous seront utiles.

Chapitre 45

Démontrer le droit d'être entendu : quand les règles de preuve font obstacle à la qualité pour agir en justice en matière d'environnement

Adam Driedzic

La « qualité pour agir » est le statut juridique nécessaire pour être entendu par un tribunal ou un tribunal administratif. En 2014, le Environmental Law Centre d'Edmonton a analysé en profondeur la notion de qualité pour agir en matière environnementale, ce sur quoi porte le présent chapitre[1].

On parle rarement des règles de preuve comme un sujet à part entière, en ce qui concerne la qualité pour agir. La plupart des cours de justice, des assemblées législatives, des professeurs de droit et des institutions de réforme du droit se sont plutôt penchés sur les critères juridiques applicables à la qualité pour agir. Or, les faits sont très importants dans l'application de ces critères de détermination de la qualité pour agir. Le problème central en matière environnementale réside dans le fait que ce sont les tribunaux de droit commun, dans un contexte de système de justice contradictoire, qui ont élaboré l'approche traditionnelle de la qualité pour agir. Plusieurs des critères de détermination de

1. Adam Driedzic, *Report on Standing in Environmental Matters* (décembre 2014) [non publié, archives : Environmental Law Centre, Edmonton (Alberta)] [*Standing in Environmental Matters*].

la qualité pour agir se rapportent à l'exigence de démontrer avant tout l'existence d'un intérêt personnel, puis d'une atteinte à cet intérêt. Or, en matière environnementale, l'intérêt se situe plutôt à un niveau collectif, et l'atteinte à cet intérêt collectif est souvent indirecte. Il existe des zones grises sur ce qui doit être prouvé, sur qui repose le fardeau de la preuve, sur la norme de preuve à appliquer et sur la question de savoir si la qualité pour agir devrait être déterminée au stade préliminaire, avant de se prononcer sur le bien-fondé du recours. Ces questions prennent encore plus d'importance devant les tribunaux environnementaux, qui ne sont pas régis par des procédures contentieuses ni par les règles de preuve traditionnelles.

La jurisprudence des tribunaux environnementaux concernant la qualité pour agir est peu étoffée, mais les questions de preuve demeurent centrales et des tendances commencent à émerger. Les cours de justice de plusieurs provinces appliquent les critères relatifs à la détermination de la qualité pour agir édictés par les assemblées législatives, mais interviennent lorsque les tribunaux administratifs créent des critères procéduraux non nécessaires en matière de preuve. Elles commencent également à exprimer des inquiétudes concernant l'équité, l'accès à la justice et le respect du mandat des tribunaux administratifs. Tout cela indique que ces derniers pourraient adopter incessamment une approche uniforme en ce qui concerne la qualité pour agir.

LES QUESTIONS DE PREUVE

Lorsqu'on parle de qualité pour agir, les questions de preuve sont semblables pour les cours de justice et les tribunaux administratifs, en dépit de la différence de leurs mandats. Les questions ne portent pas vraiment sur la démonstration de faits suffisants pour arriver à une décision environnementale. Elles portent plutôt sur des règles et des pratiques qui font en sorte qu'il est plus difficile de présenter des faits suffisants pour obtenir une audience. Ces questions peuvent se traduire ainsi : quels sont les éléments à prouver ? À qui incombe-t-il de s'acquitter du fardeau de la preuve ? Quelle devrait être la norme de preuve appropriée ? Enfin, la question de la qualité pour agir devrait-elle être tranchée à l'étape préliminaire ?

Quels sont les éléments à prouver ?

Les éléments à prouver afin de démontrer la qualité pour agir dépendent du libellé des critères juridiques à cet effet. En effet, plusieurs d'entre eux sont d'une ambiguïté notoire et n'apportent qu'une aide minime pour guider la prise de décision à ce sujet. Ces tests exigent qu'une partie soit [TRADUCTION] « directement et négativement affectée », « lésée » ou qu'elle subisse un « préjudice

particulier[2] ». Un universitaire de renom a qualifié ces critères de « vide sémantique », une critique que la Cour fédérale a relayée dans un de ses jugements[3].

De plus, ces critères favorisent des intérêts économiques privés, ce qui constitue un problème supplémentaire en droit public. Ils peuvent même impliquer la nécessité de démontrer une atteinte potentielle aux intérêts personnels. Ces exigences créent des obstacles disproportionnés quand vient le temps de démontrer la qualité pour agir en matière environnementale, car les intérêts en jeu sont plutôt de nature collective et que les impacts sur ces intérêts sont souvent indirects.

Le fardeau de preuve

En ce qui concerne sa qualité pour agir, le fardeau de la preuve revient à celui qui veut se faire entendre. Cet aspect paraît non litigieux, mais il n'en est rien. Des commissions de réforme du droit de plusieurs pays ont proposé des critères qui ressemblent à une présomption de qualité pour agir, en droit public[4]. Il serait possible de renverser cette présomption au moyen d'arguments particuliers à l'encontre de la qualité pour agir, comme la nécessité d'économiser les ressources judiciaires ou de respecter le droit d'autres personnes d'entamer un recours au regard de ce litige qui les touche directement. Dans le même ordre d'idées, le Manitoba Public Interest Law Centre avait proposé que les évaluations environnementales devraient permettre à tout un chacun de déposer un mémoire (sous réserve des règles de pertinence) et de donner aux tribunaux le pouvoir de prendre des mesures d'efficacité[5]. L'University of Victoria Environmental Law Centre a, quant à lui, exprimé des inquiétudes par rapport au fait que le fardeau de la preuve repose sur la personne qui subit un préjudice en raison de la pollution, plutôt que d'exiger du pollueur qu'il démontre que cette pollution n'entraîne pas de préjudice[6]. Certains tribunaux administratifs offrent déjà une présomption réfutable de qualité pour agir, par

2. Thomas A Cromwell, *Locus Standi : A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto, Carswell, 1986 [*Locus Standi*].
3. *Friends of the Island Inc* c *Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 RCF 229 [*Friends of the Island*], citant *Locus Standi*, *ibid*.
4. Australian Law Reform Commission, *Standing in Public Interest Litigation*, 27e rapport de l'ALRC, Sydney, ALRC, 1985, mis à jour par l'Australian Law Reform Commission, *Beyond the Door Keeper, Standing to Sue for Public Remedies*, 78e rapport de l'ALRC, Sydney, ALRC, 1996 [*Commission de l'Australie*] ; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Standing*, Toronto, CRDO, 1989 [*Commission de l'Ontario*].
5. Byron Williams, « Public Interest Standing in Public Review Processes » (article présenté à la Canadian Conference of Administrative Tribunals, à Calgary, le 15 mai 2012) [non publié].
6. Mark Haddock, *Environmental Tribunals in British Columbia*, Victoria, Environmental Law Centre de l'Université de Victoria, 2011 [*Tribunaux de la Colombie-Britannique*].

exemple aux propriétaires dont le terrain se trouve à une distance déterminée de l'emplacement de futurs projets industriels[7].

Tous ces exemples de présomption de qualité pour agir mettraient l'accent sur les questions de fond plutôt que sur l'intérêt des parties. Ils pourraient réduire les litiges relatifs à la qualité pour agir et faire en sorte que les raisons pour lesquelles une personne se voit refuser la qualité pour agir reposent sur des faits concrets et non sur des hypothèses.

La norme de preuve

La norme de preuve applicable pour déterminer la qualité pour agir est souvent moins exigeante que la règle de la prépondérance des probabilités utilisée pour trancher un litige en droit civil. La norme de preuve appropriée est parfois énoncée comme une preuve *prima facie*. Cette norme peu élevée de preuve met l'accent sur la distinction entre la qualité pour agir et l'examen du bien-fondé du recours sur le fond, et est justifiée lorsque la qualité pour agir est déterminée à l'étape préliminaire.

La détermination de la qualité pour agir à l'étape préliminaire

On peut statuer sur la qualité pour agir à l'étape préliminaire, mais ce n'est pas obligatoire. L'équilibre recherché se trouve entre l'efficacité d'aborder cette question à l'étape préliminaire et le risque de débouter un demandeur dont le recours est fondé, sans avoir examiné toute la preuve[8]. De nombreux rapports recommandent de résoudre cette question en déterminant la qualité pour agir au moyen de critères souples, et ce, avant de se pencher sur la question de fond[9].

LA QUALITÉ POUR AGIR DEVANT LES COURS DE JUSTICE

Les critères de détermination de la qualité pour agir en *common law* soulèvent fréquemment des questions de droit, de faits et de politique judiciaire. Il existe deux principaux critères en droit public : la règle anglaise de la nuisance publique et la notion de *qualité pour agir dans l'intérêt public*, développée au Canada. La règle de la nuisance publique prévoit que le procureur général, ou une autre personne agissant avec son consentement, est le plaignant le plus

---

7. Alberta Utilities Commission, *Heartland Transmission Project Notice of Enhanced Participation Process*, Bulletin 2010-04, (le 20 janvier 2010), [en ligne] <http://www.auc.ab.ca/News/2010/Bulletin%20 2010-04.pdf>.
8. *District of Kitimat* c *Alcan Inc*, 2005 BCSC 44 [*Kitimat*].
9. *Standing in Environmental Matters*, *supra* note 1 ; *Commission de l'Australie*, *supra* note 4.

approprié pour faire respecter les droits du public[10]. Les particuliers qui n'ont pas obtenu le consentement du procureur général pourront faire respecter les droits du public uniquement si leurs droits personnels sont atteints ou s'ils subissent un préjudice différent de celui subi par le public en général. On soulève constamment l'inefficacité de cette règle en matière environnementale, mais elle demeure en place[11]. La notion de qualité pour agir dans l'intérêt public a été élaborée au Canada vers la fin du 20e siècle ; elle déroge à la règle traditionnelle de la nuisance publique dans un nombre limité de cas. Cette forme discrétionnaire de qualité pour agir est accordée pour faire valoir le rôle des cours de justice dans le contrôle de la légalité. Jusqu'à présent, elle a été reconnue pour permettre de contester la constitutionnalité de certaines lois et la légalité de certaines mesures gouvernementales. Sa détermination repose sur trois critères : premièrement, la question est-elle suffisamment sérieuse pour saisir une cour de justice ? Deuxièmement, le plaignant est-il directement touché ou a-t-il un intérêt véritable ? Troisièmement, le recours constitue-t-il un moyen raisonnable et efficace pour que la question soit entendue par les cours de justice[12] ?

Pour déterminer la qualité pour agir conférée par la *common law*, le plus grand obstacle en matière de preuve se situe au niveau des critères de la règle de la nuisance publique. La jurisprudence n'est pas uniforme en ce qui concerne le préjudice subi par les particuliers : la question se pose de savoir si ce préjudice doit différer de celui subi par le public en général du point de vue de sa *nature* ou de sa *gravité*[13]. Il est possible que des faits plus graves soient exigés, par rapport à un litige de droit civil.

S'il s'agit de questions pour lesquelles on reconnaît la qualité pour agir dans l'intérêt public, la preuve n'est plus alors un obstacle pour les cours de justice. À cette fin, la Cour suprême du Canada (CSC) n'a pas été d'un grand secours. Aucune des affaires en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public sur lesquelles la CSC s'est penchée n'était de nature environnementale. En outre, dans bon nombre d'entre elles, le plaignant était directement touché, alors la CSC n'a fourni que peu de directives sur ce qui constitue un « intérêt véritable ». Voilà pourquoi, dans les premières affaires environnementales, les cours de première instance ne s'entendent pas sur les éléments à constituer en preuve. La Cour suprême de la Colombie-Britannique (CSCB) a exigé que le

10. *Commission de l'Ontario*, *supra* note 4.
11. Jenny Scott, « Directly Affected and the Alberta Public Health Advisory and Appeal Board : Can the Public Nuisance Rule Survive ? » (1996) 6 *JELP* 275 [Règle de la nuisance publique] ; *Commission de l'Australie*, *supra* note 4. *Commission de l'Ontario*, *ibid*.
12. *Canada (Procureur général)* c *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 RCS 524 [*Downtown Eastside*].
13. *Commission de l'Ontario*, *supra* note 4.

préjudice soit différent de celui subi par le public en général[14], contrairement à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (CBRA), qui a estimé que des milliers d'autres personnes pouvaient avoir le même intérêt[15]. Les tribunaux de première instance ont fini par préciser la notion d'intérêt véritable en matière environnementale en se dotant d'indicateurs objectifs et cohérents d'une juridiction à l'autre. Parmi les plus importants, on compte la mission des organisations environnementales et leur engagement par rapport aux questions de l'instance[16]. Les dossiers de leurs membres, de leurs administrateurs ou des entités affiliées à ces organisations a également une certaine valeur probante[17]. Le fait d'avoir été impliqué ou d'avoir participé à des activités en lien avec le différend peut aider à établir l'intérêt, mais quoiqu'il en soit, si ce n'est pas le cas, cela reste sans conséquence[18]. Les cours de justice de la Colombie-Britannique ont évalué la proximité géographique par rapport aux effets environnementaux, mais uniquement dans des affaires où cela favorisait les personnes qui demandaient la reconnaissance de leur qualité pour agir[19]. La Cour fédérale a par ailleurs estimé que la proximité géographique était peu pertinente considérant l'interconnexion et la complexité de la société moderne[20]. L'approche de la Cour fédérale ressemble à la démarche qu'elle adopte pour entendre des intervenants, et bénéficier de leur expérience ou de leurs connaissances particulières afin de voir plus clair sur certaines questions[21].

Dans de multiples affaires non environnementales, la CSC a refusé de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public au motif qu'il existait d'autres moyens de résoudre le litige[22]. On a reproché à cette jurisprudence de se fier à des circonstances hypothétiques, à des craintes théoriques et à une idéologie latente au détriment de la réalité[23]. En 2012, la CSC a délibérément

---

14. *Society for the Preservation of the Englishman River Estuary* c *Nanaimo (District of)*, [1999] BCJ No 370, par 41 [*Englishman River*].
15. *Reese* c *Alberta*, 11 Admin LR (2d) 265, 85 Alta LR (2d) 153, par 30 [*Reese*].
16. *Sierra Club du Canada* c *Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 RCF 211, par 52 [*Sierra Club*] ; *Mines Alerte Canada* c *Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2007 CF 955, par 179-180 [*Mines Alerte*] ; *Chetwynd Environmental Society* c *Dyer*, [1995] 13 BCLR (3d) 338, par 34 (SC) [*Chetwynd*] ; *Reese*, *supra* note 15, par 26.
17. *Union Saint-Laurent, Grands Lacs* c *Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2010] 2 RCF 515, 2009 CF 408 [*Union Saint-Laurent, Grands Lacs*] ; *West Kootenay Community EcoSociety* c *Sa Majesté la Reine*, 2005 BCSC 744, par 34 [*West Kootenay*] ; *Reese*, *supra* note 15, par 39-45 ; *Sierra Club*, *supra* note 16, par 58-68 ; *MiningWatch*, *supra* note 16, par 2 et 180.
18. *Sierra Club*, *supra* note 16, par 68 ; *West Kootenay*, *supra* note 17, par 31-35 ; *Chetwynd*, *supra* note 16.
19. *Chetwynd*, *supra* note 16, par 26 ; *West Kootenay*, *supra* note 17, par 31-31 et 34.
20. *Sierra Club*, *supra* note 16, par 62-68.
21. *Sierra Club*, *ibid*, par 52.
22. *Conseil canadien des églises* c *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 RCS 236 [*Conseil canadien*] ; *Hy and Zel's Inc* c *Ontario (Procureur général), Paul Magder Furs Ltd* c *Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 675 [*Hy and Zel's*].
23. Peter Bowal et Mark Cranwell, « Persona Non Grata : The SCC further constrains public interest standing » (1994) 33 *Alta L Rev* 192 ; Russell Binch, « The Mere Busybody : autonomy, equality and

assoupli ce critère en tenant compte de la réalité concrète de litiges similaires en instance et du caractère approprié des plaignants pour représenter l'intérêt public[24]. Les avocats qui n'exercent pas en droit de l'environnement ont d'ailleurs salué ce développement[25]. Toutefois, en droit de l'environnement, ses effets risquent d'être dérisoires. La qualité pour agir en matière environnementale est rarement refusée sous prétexte qu'il existe d'autres moyens de traiter le litige car, la plupart du temps, personne n'est plus directement touché ou mieux placé pour plaider l'affaire qu'une organisation d'intérêt public.

Dans la jurisprudence, le fardeau de preuve repose incontestablement sur les épaules du plaignant, en dépit du commentaire ci-dessus qui remet en question cette pratique. La norme de preuve est rarement expliquée en détail, mais elle est assez peu élevée. On attend habituellement du plaignant qu'il avance certains faits pour démontrer son intérêt véritable. En revanche, ses opposants doivent établir, au moyen d'une preuve prépondérante, qu'il n'y a pas matière à litige. Par exemple, la Cour d'appel fédérale a statué que le critère de la qualité pour agir ne devait servir qu'à décourager les fauteurs de troubles et non à prédéterminer la pertinence du recours, sur le fond[26]. Ceci met en lumière la différence entre la notion de qualité pour agir en droit public et la tentative de poursuivre un gouvernement au civil : dans ce dernier cas, la question fondamentale peut porter sur l'existence d'une cause d'action.

Les cours de justice pourront statuer sur la qualité pour agir à l'étape préliminaire si la question en litige, la preuve et les arguments disponibles permettent de comprendre suffisamment l'intérêt revendiqué[27]. Cette pratique n'est toutefois pas appliquée uniformément d'une juridiction à l'autre. Dans les affaires dont elle est saisie, la Cour fédérale procède systématiquement à une détermination à l'étape préliminaire et, une fois reconnue, la qualité pour agir cesse alors d'être un élément en litige. Certaines affaires provenant de l'Alberta et de la Colombie-Britannique indiquent qu'il peut être nécessaire de déterminer la qualité pour agir au cours du déroulement de l'instance, à la lumière de l'ensemble de la preuve et lors de la détermination de la validité du recours sur le fond[28]. Dans l'ensemble, le plus grand obstacle à la qualité pour agir dans les litiges environnementaux ne relève pas de la preuve, mais plutôt du nombre

---

standing » (2002) 40 *Alta L Rev* 367 ; Scott Fairley, « Is the Public Interest Falling from Standing ? Two Recent Comments from the Supreme Court of Canada » (1993) 11 *The Philanthropist*, 28.

24. *Downtown Eastside*, *supra* note 12, par 51.
25. Jane Bailey et Angela Chaisson, « On Being Part of the Solution : Public Interest Standing after SWUAV SCC » (2012) 2 : 1 *Canadian Journal of Poverty Law* 121.
26. *Moresby Explorers Ltd* c *Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 144, par 17 [*Moresby Explorers*].
27. *Finlay* c *Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 RCS 607, par 20 [*Finlay*].
28. *Reese*, *supra* note 15, par 47 ; *Kitimat*, *supra* note 8, par 3-4.

limité de questions juridiques pour lesquelles la qualité pour agir dans l'intérêt public est reconnue.

LA QUALITÉ POUR AGIR DEVANT LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

La notion de la qualité pour agir devant les tribunaux administratifs a reçu moins d'attention que la qualité pour agir devant les cours de justice, mais cette situation est en train de changer. Avant de commencer l'analyse, il faut distinguer les tribunaux administratifs des cours de justice. Les audiences des tribunaux administratifs peuvent ressembler aux litiges devant les cours de justice en raison du fait que les parties y présentent des éléments de preuve au soutien de leur point de vue, mais cette similitude n'est que superficielle[29]. Les cours de justice doivent établir les faits liés à des événements passés dans le but de trancher positivement ou négativement des différends d'ordre juridique entre des parties. Les audiences des tribunaux administratifs portent rarement sur des litiges d'ordre juridique entre des parties, et même lorsque c'est le cas, généralement l'intérêt du public est en jeu. Les décisions des tribunaux administratifs doivent être tournées vers l'avenir, ce qui favorise un éventail de résultats raisonnables.

Une autre différence importante est que les tribunaux administratifs ne jouissent pas d'une compétence intrinsèque pour entendre les questions de qualité pour agir ou pour accorder celle-ci. Pour être en mesure de déterminer la qualité pour agir, un tribunal administratif doit tirer ce pouvoir d'une loi ordinaire. Il existe d'innombrables modèles provenant de la loi, allant de la qualité pour agir étendue à tous, à celle qui exclut tous les individus à l'exception de ceux qui jouissent de certaines catégories de droits. L'utilisation de modèles provenant de la loi a mené les tribunaux administratifs à déterminer la qualité pour agir comme s'il s'agissait de questions de droit et de fait, au motif que la politique applicable était dictée par le pouvoir législatif[30]. Savoir si les tribunaux administratifs peuvent accorder ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public en *common law* est une tout autre question, sur laquelle se penchent divers travaux de l'Environmental Law Centre et d'autres intervenants[31].

---

29. Robert MacCaulay et James Sprague, *Hearings Before Administrative Tribunals*, 2e éd, Toronto, Carswell, 2002 [*Administrative Tribunals*].
30. *Dene Tha' First Nation* c *Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2005 ABCA 68, par 9-12, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2005] [*Dene Tha'*] ; *Friends of Athabasca Environmental Association and Edmonton Friends of the North Environmental Society* c *Public Health Advisory and Appeals Board*, 1996 ABCA 11, par 5-8 [*Friends of Athabasca*] ; *Canadian Union of Public Employees, Local 30* c *WMI Waste Management of Canada Inc*, 1996 ABCA 6, par 14-19 [*WMI*].
31. Adam Driedzic, « Can Administrative Agencies Grant Common Law Public Interest Standing? » (janvier-février 2014) *Law Now*, Special Report 39-3 : *Public Interest Standing*, [en ligne] <http://www.

La procédure administrative peut aggraver les problèmes qu'ont en commun les tribunaux administratifs et les cours de justice en matière de preuve. Il arrive que les personnes recherchant la qualité pour agir n'aient aucune expérience et qu'elles soient confrontées à des délais serrés pour déposer des formulaires ou des déclarations écrites. Même lorsque les parties déposent des affidavits, il est possible que la qualité pour agir ne soit pas traitée à l'audience ou qu'il n'y ait pas de conférence préparatoire ni de possibilité de contester la preuve contraire. Parfois, la détermination de la qualité pour agir sera communiquée aux parties dans une lettre ou dans une décision écrite basée sur les documents déposés au préalable.

Les tribunaux environnementaux ont rarement eu à se prononcer sur des affaires concernant la qualité pour agir, mais les questions de preuve n'en demeurent pas moins au cœur de ces affaires. La plupart des exemples ci-dessous portent sur des émissions atmosphériques en Alberta, en Colombie-Britannique et en Ontario. Cela confirme la difficulté créée par la considération des intérêts collectifs et des répercussions indirectes.

Les organismes de réglementation albertains

Plusieurs exemples frappants d'obstacles importants en matière de preuve proviennent d'organismes de réglementation de l'Alberta. Devant ces tribunaux administratifs, la qualité pour agir est reconnue aux personnes qui sont susceptibles d'être directement et défavorablement touchées par des propositions de projets énergétiques et de services publics. C'est à l'étape préliminaire que les organismes de réglementation déterminent la qualité pour agir des personnes qui souhaitent intervenir, lesquelles sont avisées au moyen d'une lettre. Pour la Cour d'appel de l'Alberta, la détermination de la qualité pour agir devant ces tribunaux est une question de droit et de fait nécessitant la démonstration d'un intérêt reconnaissable d'un point de vue juridique et la preuve que cet intérêt pourrait être affecté[32]. De préférence, pour les tribunaux administratifs, cet intérêt est direct, se rapportant au droit de propriété et aux intérêts économiques[33]. La Cour n'exige qu'une preuve *prima facie* des effets défavorables[34]. Il arrive toutefois que ce critère peu exigeant ne soit pas rempli, même dans des

lawnow.org/category/specialreport/>; Adam Driedzic, «Environmental groups denied standing on water appeals» (25 avril 2013), [en ligne] Environmental Law Centre <http://elc.ab.ca/environmental-groups-denied-standing-to-challenge-water-licensing/>; Shaun Flucker, «No Public Interest Standing at the Alberta Environmental Appeals Board» (15 février 2013), [en ligne] <http://ablawg.ca/2013/02/15/no-public-interest-standing-at-the-alberta-environmental-appeals-board/>.

32. *Dene Tha'*, *supra* note 30.
33. *Sawyer* c *Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2007 ABCA 297.
34. *Whitefish Lake First Nation* c *Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2004 ABCA 49, par 22.

affaires où existent un intérêt économique et la proximité géographique d'une propriété[35].

Depuis 2009, la Cour d'appel de l'Alberta a montré une propension à intervenir là où les tribunaux administratifs créent des obstacles en matière de preuve, qui outrepassent les critères prévus dans la législation. Dans trois affaires marquantes, un projet de puits de gaz corrosif représentait une menace pour la santé d'un même groupe de propriétaires. Le tribunal administratif en question est le Energy Resources Conservation Board, aujourd'hui aboli. Dans l'affaire *Kelly* c *Alberta* (*Kelly nº1*), la Cour d'appel de l'Alberta a renversé le refus d'accorder la qualité pour agir ; elle a ensuite ordonné au tribunal administratif de reconnaître la qualité pour agir puis de tenir une audience[36]. Ce tribunal avait produit un modèle d'émission de gaz atmosphérique qui indiquait que les propriétaires résidaient dans une zone qui présentait un risque d'effets graves, potentiellement mortels et irréversibles, pour la santé en cas de fuite de gaz. En vertu d'une ordonnance réglementaire normalisée émise par le tribunal, cette proximité géographique donnait le droit aux propriétaires d'être consultés par la société promotrice du projet. La Cour d'appel de l'Alberta a estimé qu'une personne qui dispose d'un tel droit de consultation se qualifiait comme étant directement et défavorablement affectée, au regard des critères de détermination de la qualité pour agir. La Cour a rejeté l'interprétation du tribunal administratif selon laquelle la détermination de la qualité pour agir exigeait que la personne démontre qu'elle pourrait être davantage ou différemment affectée par rapport au public en général.

Après l'affaire *Kelly nº 1*, le tribunal administratif a changé son modèle d'émission de gaz atmosphérique de façon à exclure les propriétaires terriens de cette zone à haut risque, prétextant une erreur technique dans l'ancien modèle. Dans *Kelly* c *Alberta* (*Kelly nº 2*), les propriétaires résidaient dans une zone à moindre risque, où les personnes recevraient un avis d'évacuer ou de se mettre à l'abri en cas de fuite de gaz[37]. Le tribunal a refusé de reconnaître la qualité pour agir aux propriétaires, parce qu'ils n'avaient pas adéquatement prouvé que le gaz aggraverait leurs conditions médicales existantes, comme ils le prétendent. Le tribunal a également déclaré que le risque d'évacuation n'était pas un effet défavorable, car l'évacuation constituait un avantage en soi. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté les deux conclusions du tribunal administratif. Selon elle, le droit d'intervenir a été créé afin que les personnes aux prises avec des

35. *Cheyne* c *Alberta (Utilities Commission)*, 2009 ABCA 348 [*Cheyne*] ; *Prince* c *Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2010 ABCA 2014.
36. *Kelly* c *Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2009 ABCA 349 [*Kelly nº 1*].
37. *Kelly* c *Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2011 ABCA 325 [*Kelly nº 2*].

inquiétudes légitimes puissent exprimer leur opinion sur des décisions qui [TRADUCTION] « entraîneraient des effets concrets sur leurs droits[38] ».

La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du tribunal dans une troisième affaire, cette fois-ci au sujet des dépens de l'intervention[39]. Après avoir reçu l'ordre d'accorder la qualité pour agir dans la première affaire *Kelly nº 1*, le tribunal a tenu une audience, mais a refusé d'accorder les dépens aux intervenants en s'appuyant sur un critère restreint d'un point de vue sémantique, qui exigeait une atteinte directe et défavorable à un intérêt lié à leurs terres. La Cour d'appel de l'Alberta a estimé que les propriétaires étaient admissibles aux dépens, en dépit de ce critère distinct. Elle a insisté une fois de plus sur le rôle des audiences dans le processus réglementaire. Elle a expliqué, de façon notable, que contrairement au processus en matière de litige, qui se veut contradictoire, les procédures réglementaires ne fonctionnent pas uniquement selon un mode gagnant-perdant.

Les affaires *Kelly* sont importantes à plusieurs égards. Tout d'abord, elles concernent un organisme de réglementation qui rend des décisions de première instance dans l'intérêt du public. Ce contexte est différent du contexte d'un litige devant des tribunaux d'appels quasi judiciaires. En ce qui concerne les éléments à prouver, la Cour a définitivement concentré son attention sur les intérêts individuels, mais elle a levé la nécessité de prouver l'existence d'un préjudice différent de celui subi par le public en général. La Cour n'a jamais remis en question le fait que les intervenants devaient prouver leur qualité pour agir, mais elle a pu sentir qu'on changeait les règles du jeu. En effet, dans la première affaire *Kelly nº 1*, le tribunal administratif a créé des exigences qui dépassaient le cadre de la loi, tout en ignorant les droits en matière de participation prévus dans ses propres règlements. Après cette affaire, il a modifié son propre modèle hypothétique plutôt que de reconnaître les effets réels sur les propriétaires. Dans *Kelly nº 2*, les exigences du tribunal faisaient presque penser à un litige en matière de responsabilité délictuelle, dans lequel les plaignants doivent prouver que les substances polluantes visées ont causé leurs problèmes de santé. Ceci peut s'avérer très difficile à prouver dans le cadre d'un procès en bonne et due forme, avec des preuves d'expert et leur contre-examen, alors que dire d'une détermination préliminaire effectuée à partir de formulaires ! La norme de preuve suggérée par le tribunal était plus élevée que celle fixée par la loi, qui exigeait simplement que la personne puisse être potentiellement affectée, alors les juges ont retenu, avec raison, le critère de l'existence d'un risque de préjudice.

38. *Ibid.*, par 26.
39. *Kelly* c *Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2012 ABCA 19.

Les tribunaux administratifs d'appel de l'Alberta

Dans de multiples affaires depuis le milieu des années 90, les cours de justice de l'Alberta se sont demandé si des militants locaux correspondaient à la définition des personnes « directement touchées » et répondaient ainsi aux critères de la qualité pour agir devant les tribunaux administratifs d'appel. On retient deux décisions fondamentales rendues par un tribunal sur la santé publique aujourd'hui dissous[40]. Dans les deux cas, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision du tribunal administratif de ne pas reconnaître la qualité pour agir, au motif que les critères de sa détermination exigeaient un intérêt personnel plutôt que communautaire. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta s'est appuyée sur ces décisions faisant autorité pour rendre son jugement dans *Kostuch* c *Alberta*. Dans cette affaire, la Cour a maintenu le refus de l'actuel Alberta Environmental Appeals Board de reconnaître la qualité pour agir[41], car, selon elle, il doit exister un lien de causalité entre les intérêts personnels affectés et la question faisant l'objet du pourvoi. Dans l'affaire subséquente *Court* c *Alberta*, la Cour a renversé le refus de reconnaître la qualité pour agir par ce même tribunal administratif, ayant estimé que les effets sur les intérêts personnels peuvent être de même nature que ceux d'un autre Albertain ou d'un autre usager de la région[42]. Elle a déclaré que la norme de preuve exige seulement une preuve *prima facie* que des intérêts *pouvaient* être touchés, et non pas qu'ils le soient véritablement. Selon la Cour, le tribunal administratif a imposé un critère déraisonnable et des exigences en matière de preuve qui étaient incompatibles avec le rôle participatif prévu par la législation. Elle a aussi déclaré que la qualité pour agir devait être déterminée à l'étape préliminaire. Dans cette affaire, un propriétaire s'inquiétait des émissions produites par une cimenterie. Le tribunal administratif avait déterminé la qualité pour agir en même temps que le bien-fondé des questions en litige, à la fin de l'instance. Cette pratique avait pour effet de rejeter le recours au motif de l'absence de la qualité pour agir, même si à cette étape de l'instance, le tribunal administratif avait exprimé des préoccupations face au fait que la décision soit portée en appel. Dans une affaire en 2013, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que le tribunal administratif n'avait pas la compétence pour accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public issue de la *common law*[43]. Plusieurs organisations environnementales et individus ont tenté de faire appel de la

40. *Friends of Athabasca*, *supra* note 30 ; *WMI*, *supra* note 30.
41. *Kostuch* c *Alberta (Director, Air & Water Approvals Divisions, Environmental Protection)*, 35 Admin L R (2d) 160, 182 AR 384 ; 21 CELR (2d) 257, par 16-18.
42. *Court* c *Alberta Environmental Appeal Board*, 2003 ABQB 456, par 69.
43. *Alberta Wilderness Association* c *Alberta (Environmental Appeals Board)*, 2013 ABQB 44.

légalité de décisions devant ce tribunal, appels qui auraient pu être entendus, si la qualité pour agir leur avait été reconnue.

Il ressort de la jurisprudence des tribunaux administratifs d'appel de l'Alberta que les cours de justice et les tribunaux administratifs peinent à définir précisément les éléments qui doivent être prouvés pour répondre au critère de la personne directement touchée. La jurisprudence illustre aussi comment ces critères alourdissent la tâche des tribunaux administratifs qui doivent suivre les pratiques acceptées en ce qui concerne les normes de preuve peu exigeantes et les déterminations préliminaires. Elle semble aussi suggérer que les critères de preuve relatifs à la qualité pour agir peuvent s'avérer plus exigeants que ceux liés aux questions de fond du litige. Si la question en litige concerne la légalité d'une décision, mais que le particulier qui conteste cette légalité doit être directement touché par la décision, plus de faits pourraient s'avérer nécessaires afin de prouver sa qualité pour agir que pour trancher la question centrale.

L'Environmental Appeal Board de la Colombie-Britannique

Certaines des déclarations de principe les plus récentes de la jurisprudence sur la qualité pour agir devant les tribunaux administratifs visent les critères de la personne lésée, qui doivent être remplis afin d'avoir la qualité pour agir devant l'Environmental Appeal Board de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Gagne* c *Sharpe* de 2014, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a renversé le refus d'accorder la qualité pour agir à six personnes et à deux organisations environnementales, l'une locale et l'autre régionale. Celles-ci désiraient contester un permis d'émission octroyé à une fonderie de métaux[44]. La décision de la Cour suprême reposait notamment sur une violation du droit à une audience équitable, une norme de preuve trop élevée et la nécessité indue pour les membres des organisations environnementales concernées d'être lésés personnellement.

Le tribunal administratif concerné avait accordé la qualité pour agir à deux résidents locaux, mais a refusé de faire la même chose pour les personnes et les organisations environnementales en question, qui provenaient d'un endroit plus éloigné de la même région. La qualité pour agir a été déterminée à l'étape préliminaire, sur la foi des renseignements contenus dans divers formulaires. Les personnes faisant appel de la décision administrative ont demandé la tenue d'une conférence préparatoire à l'audience et des précisions sur les questions liées à la qualité pour agir devant le tribunal administratif, qui a refusé ces demandes. Après le dépôt des formulaires, le tribunal administratif a demandé des documents supplémentaires au détenteur du permis afin de

44. *Gagne* c *Sharpe*, 2014 BCSC 2077, 49 Admin L R (5th) 306.

déterminer la qualité pour agir. Il n'en a pas avisé les appelants, qui n'ont pas donc pas eu la possibilité de réagir. En vertu de son manuel de procédures, le tribunal pouvait obtenir de l'information non fournie par les parties, mais avant d'en tenir compte, il devait en aviser toutes les parties et leur donner l'occasion de réagir. Le manuel stipulait aussi que les personnes impliquées dans le processus pouvaient s'attendre au respect de ces procédures.

Quoique la décision n'était pas claire à ce sujet, l'information qui avait été fournie après l'expiration du délai prévu pour les soumissions écrites était le rapport environnemental du détenteur de permis. Les appelants connaissaient ce document et en avaient probablement un exemplaire, mais il n'avait pas encore été déposé en preuve. Or, les appelants auraient pu s'opposer à son dépôt s'il y avait eu audience.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le tribunal devait faire preuve d'un degré élevé d'équité envers les personnes qui demandaient la qualité pour agir, qu'il avait enfreint ses propres règles procédurales et que les appelants étaient légitimement en droit de s'attendre à ce que le tribunal observe ces règles. La Cour a aussi déclaré que le tribunal avait imposé une norme de preuve reposant sur la prépondérance des probabilités. Cette norme était trop rigoureuse pour un examen préliminaire, parce qu'une preuve définitive de préjudice n'était pas nécessaire et qu'à cette étape les tribunaux administratifs ne devraient pas se pencher sur la question de fond. La Cour a estimé qu'une norme de preuve peu élevée était justifiée en l'espèce à cause du risque d'exclusion d'arguments méritoires, de la brièveté des délais, de l'inaccessibilité de la preuve d'expert, de l'absence de conférence préparatoire et du défaut d'avoir déterminé de questions particulières quant à la qualité pour agir. Elle a ajouté que les organisations environnementales dotées de la personnalité morale pouvaient obtenir la qualité pour agir en tant que personnes, sans avoir à démontrer que leurs membres auraient cette qualité.

L'arrêt *Gagne* est marquant en ce qu'il articule les principes de *common law* et les questions de politique judiciaires avec l'accès à la justice, dans son examen de la qualité pour agir en vertu de critères prévus par la loi. À cet égard, il va plus loin que de considérer la qualité pour agir comme une question de droit, de fait et de politique de l'assemblée législative.

Malheureusement, l'arrêt *Gagne* ne traite pas de ce qui doit être prouvé. Selon la Cour, le critère de la personne lésée était assez large pour y inclure des organisations environnementales sans biens ni intérêts économiques, mais qui pouvaient faire face à des obstacles. Elle a aussi fourni un *obiter dictum* dans lequel elle affirmait que la qualité pour agir dans l'intérêt public ne pouvait être reconnue devant ce tribunal. L'arrêt illustre aussi comment le pouvoir des

tribunaux administratifs de passer outre les règles de preuve formelles peut parfois créer des obstacles à la qualité pour agir.

Le Tribunal de l'environnement et de l'aménagement du territoire de l'Ontario

Le Tribunal de l'environnement et de l'aménagement du territoire de l'Ontario distingue clairement entre la qualité pour agir et les questions de fond. La législation provinciale, sous la forme de la *Charte des droits environnementaux*, prévoit un droit pour les tiers d'appeler de certaines décisions auprès du tribunal[45]. La législation crée un processus en deux étapes dans lequel « toute personne » ayant un intérêt dans la décision a la qualité pour agir, mais cette personne doit ensuite demander l'autorisation d'en appeler au tribunal pour ce qui est des questions de fond[46]. L'exigence relative à l'intérêt est suffisamment souple pour permettre de reconnaître la qualité pour agir aux groupes environnementaux, tandis que les critères relatifs à l'autorisation d'appel sont plus rigoureux. Le tribunal doit refuser d'entendre l'appel, à moins qu'il n'existe de bonnes raisons de croire qu'une décision administrative était déraisonnable et qu'il pourrait en résulter un préjudice sérieux à l'environnement[47]. Les premières décisions du tribunal divergeaient quant à la norme de preuve à utiliser pour établir ce préjudice, mais le tribunal a résolu la question en optant pour ne requérir qu'une preuve *prima facie*[48].

Dans l'affaire *Dawber* c *Ontario*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé la décision du tribunal de l'Ontario d'accorder la qualité pour agir et l'autorisation d'en appeler au tribunal à des groupes et des individus opposés à un permis d'incinération de déchets[49]. Le critère de l'intérêt, requis pour obtenir la qualité pour agir, a été rempli par des personnes qui avaient déposé des observations écrites sur la décision de délivrance du permis, ainsi que par d'autres personnes qui résidaient suffisamment près des installations, même si certaines d'entre elles résidaient sur une île située à plusieurs kilomètres. Malgré cette approche souple, toutes les personnes intéressées n'ont pas pu convaincre le tribunal qu'elles avaient un intérêt suffisant. Selon la Cour, le critère de

---

45. Richard Lindgren, « Third Party Appeals Under the Environmental Bill of Rights in the Post-Lafarge Era : The Public Interest Perspective », article présenté à l'Association du Barreau de l'Ontario le 2 février 2009 [archives : Canadian Environmental Law Association] [*Third Party Appeals*] ; Richard Lindgren, « Statutory Environmental Rights : Lessons Learned From Ontario's Experience » (article rédigé en vue de la Renewing Environmental Law Conference de Vancouver, les 3 et 4 février 2011) [archives : Environmental Law Association] [*Environmental Rights*].
46. *Charte des droits environnementaux de 1993*, LO 1993, c 28, art 38(1) et 41.
47. *Ibid.*, art 41.
48. *Third Party Appeals*, *supra* note 45.
49. *Dawber* c *Ontario (Director, Ministry of the Environment)*, [2008] 36 CELR (3d) 191 (Ont Div Ct), confirmation de la décision initiale dans *Dawber* c *Ontario (Ministry of the Environment)*, [2007] OERTD No 25, 28 CELR (3d) 281 [décision initiale dans *Dawber*].

l'autorisation d'appeler est si rigoureux qu'il crée une présomption contre la demande d'autorisation. La Cour a rappelé que pour obtenir l'autorisation d'en appeler, le caractère déraisonnable de la décision *et* l'existence d'un préjudice considérable à l'environnement doivent tous les deux être démontrés. Toutefois, la Cour a estimé que cet obstacle n'était « pas insurmontable ». En vertu de la loi, le décideur avait l'obligation de tenir compte de la preuve relative au caractère raisonnable de la décision et à la probabilité d'un dommage à l'environnement. Les questions du caractère raisonnable de la décision et de la probabilité du préjudice environnemental ne se limitaient pas à savoir si le permis était conforme ou non à la réglementation. Le simple fait que le permis y soit conforme ne garantissait pas qu'aucun dommage environnemental n'allait survenir. De plus, le décideur avait le pouvoir de soumettre la délivrance du permis à des critères plus rigoureux que ceux définis par la réglementation. D'autre part, le tribunal aurait pu consulter d'autres politiques environnementales. La Cour a ajouté que la norme de preuve relative aux déterminations préliminaires de la qualité pour agir et de l'autorisation d'appel était moins exigeante que celle de la prépondérance des probabilités.

L'Association canadienne du droit de l'environnement a déclaré que le jugement dans l'affaire *Dawber* c *Ontario* devrait clarifier les motifs d'appel que le tribunal devrait favoriser, mais elle s'est demandée dans quelle mesure la loi a facilité l'accès à la justice et a eu une incidence sur les décisions environnementales[50]. À moins que des modifications ne soient apportées à la loi, le nombre de recours initiés par des tiers restera négligeable, car la plupart des demandes seront refusées à cause de la nécessité de prouver le caractère déraisonnable de la décision et le dommage potentiel à l'environnement. Les dossiers du tribunal administratif et du commissaire à l'environnement de la province révèlent que les recours intentés par des tiers sont très rares[51].

Les exigences en matière de preuve pour obtenir l'autorisation d'appeler regroupent, à peu de choses près, la nécessité d'établir le bien-fondé de plusieurs arguments, à la fois dans un contexte de litige et de procédures réglementaires. Statuer qu'une décision est déraisonnable équivaut à la conclusion typique d'un recours en révision judiciaire sur le fond. Établir le risque d'un dommage environnemental significatif revient à conclure sur une révision d'évaluation environnementale. Il est très surprenant qu'il faille remplir ces deux critères,

---

50. *Third Party Appeals*, *supra* note 45 ; *Environmental Rights*, *supra* note 45.
51. Requête en révision en vertu de la *Charte des droits environnementaux de 1993* (présentée le 21 décembre 2010) [archives : Association canadienne du droit de l'environnement] ; Tribunaux de l'environnement et de l'aménagement du territoire Ontario, *Rapports annuels*, [en ligne] <https://www.cela.ca/sites/cela.ca/files/761.Application_for_Review_of_the_EBR.pdf>.

simplement pour obtenir une audience en vertu de la législation en vigueur sur les droits environnementaux.

Les tendances dans la jurisprudence des tribunaux administratifs

Les affaires mentionnées ci-dessus illustrent plusieurs tendances. D'une part, il n'existe pas d'uniformité au sein de la jurisprudence ni de décision-phare en matière de qualité pour agir devant les tribunaux administratifs, puisque chaque cour se concentre d'une manière restrictive sur la législation et le tribunal en question. Plusieurs affaires peuvent trouver une application limitée à ces régimes. Les similitudes sont toutefois visibles.

Dans les litiges, les critères sont toujours imprécis et ils sont souvent interprétés de façon plus restrictive que nécessaire en regard de la loi. Les tribunaux ont souvent du mal à décrire les intérêts et les effets qui doivent être prouvés pour répondre à ces critères. L'énoncé d'exigences claires et les conclusions de fait pourraient être tributaires de la réceptivité latente du tribunal administratif à tenir des audiences.

La pratique consistant à faire reposer le fardeau de preuve sur la personne qui désire obtenir la qualité pour agir n'est pas remise en question, ce qui semble indiquer que l'utilisation du modèle de procédure contradictoire en matière de litiges est prise pour acquis. Tous les tribunaux administratifs mentionnés ci-dessus et même certaines cours de justice ont eu du mal à continuer d'appliquer une norme de preuve peu élevée, même lorsqu'ils préfèrent cette pratique. Les critères encouragent à examiner la qualité pour agir au même moment que le bien-fondé des revendications sur le fond, car il demeure difficile de déterminer la qualité pour agir à l'étape préliminaire, au moyen d'approches informelles en matière de preuve.

D'un côté, les cours de justice estiment que les assemblées législatives peuvent dicter les critères à appliquer pour déterminer la qualité pour agir devant les tribunaux administratifs. D'un autre côté, elles sont préoccupées par les questions portant sur l'équité, l'accès à la justice et le mandat des tribunaux administratifs. En réaction à cela, les cours de justice démontrent une volonté d'intervenir pour éliminer les obstacles inutiles en matière de procédure et de preuve que les tribunaux administratifs ont créés. Elles sont également enclines à maintenir les décisions de tribunaux administratifs qui accordent la qualité pour agir et l'autorisation d'appeler, même lorsque les critères sont rigoureux.

CONCLUSION

La question de la qualité pour agir demeure controversée en matière d'environnement. Plusieurs questions liées à la preuve transcendent la différence entre les cours de justice et les tribunaux administratifs, mais les réactions institutionnelles ont été très différentes. Lorsque les cours de justice sont saisies pour des questions où il est possible d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public, elles atténuent les exigences en matière de preuve au moyen d'indicateurs objectifs d'intérêt véritable et d'une approche basée sur les politiques pour déterminer la manière appropriée d'entendre ces questions.

En revanche, les questions de preuve sont très répandues devant les tribunaux environnementaux, qui utilisent des modèles d'examen de la qualité pour agir empruntés au système contradictoire en matière de litige. Le nombre de litiges augmente et la tendance est à la révision judiciaire des obstacles liés à la preuve, créés par les tribunaux administratifs. Il y a un réel besoin de réforme législative afin de fournir aux tribunaux administratifs des critères conformes à leur mandat, mais il y a tout de même moyen de contester et de faire améliorer les pratiques des tribunaux administratifs par l'intermédiaire des cours de justice. Si les avocats, les juges et les décideurs sontattentifs à cette tendance, alors une jurisprudence en matière de qualité pour agir, cohérente et fondée sur des règles établies, devient de plus en plus possible.

Chapitre 46

La difficulté pour les particuliers de recueillir une preuve d'expert

Asha James

En quoi est-ce utile pour le public, pour monsieur et madame tout-le-monde, qui disposent de moyens ordinaires, de pouvoir contester certains types de projets environnementaux si le coût de l'expertise est à ce point prohibitif pour la constitution d'un dossier solide ? Ce chapitre traitera des difficultés des citoyens ordinaires qui osent contester la légalité de projets énergétiques de plusieurs millions de dollars, en invoquant leur risque pour la santé ou la qualité de l'environnement.

Ce chapitre abordera plus précisément le rôle des témoins experts en général dans un procès, en particulier devant les tribunaux environnementaux. En tant qu'avocate exerçant en Ontario, j'ai eu le privilège de représenter des citoyens ordinaires, la plupart provenant de régions rurales, dans le cadre de recours concernant des projets d'énergie renouvelable, devant le Tribunal de l'environnement de l'Ontario.

Étant donné la nature de ces recours, dont je traiterai plus amplement plus loin, le témoin expert devient un élément crucial au déroulement de l'instance. Il ne fait pas qu'apporter des preuves, il intervient également à l'étape de la préparation du procès en expliquant à l'avocat les problèmes techniques complexes du dossier.

En ce moment, le processus réglementaire en vigueur pour ce genre de recours en Ontario est tel qu'il est presque impossible pour des citoyens disposant de moyens ordinaires de participer significativement au déroulement de l'instance. Pour avoir gain de cause, l'appelant se retrouve malheureusement

confronté à des obstacles financiers considérables, qu'il n'a souvent pas les moyens de surmonter.

LE RÔLE DU TÉMOIN EXPERT

Quel est le rôle de l'expert ? En général, un expert est défini comme une personne possédant des connaissances, une formation, de l'instruction, des compétences ou de l'expérience dans un certain domaine de spécialisation, et qui vont au-delà des connaissances du grand public. En vulgarisant, on se fie aux experts lors des procès pour expliquer au juge des faits des notions qui échappent à nos connaissances générales.

Si tel est le rôle de l'expert, quel est celui d'un tribunal environnemental ? Un tribunal environnemental est un organe possédant des compétences particulières et des connaissances spécialisées dans son domaine juridictionnel. En d'autres mots, on s'attend à ce que le tribunal comprenne très bien les questions sur lesquelles on lui demande de trancher.

Mes clients me demandent souvent pourquoi il faut faire appel à un expert si le tribunal possède lui-même des connaissances particulières en matière d'environnement. Je leur réponds tout simplement que sans lui, ils n'ont aucune chance d'obtenir gain de cause, du moins en Ontario.

Les gens croient qu'un expert sert à témoigner lors d'un procès ou d'une audience afin d'aider l'une des parties à prouver ses allégations. Il est habituellement perçu comme un témoin qui se prononce en faveur de la partie qui a fait appel à lui et qui vient appuyer la version des faits de cette dernière. Or, ce n'est pas là le travail de l'expert. En fait, un expert est censé intervenir dans l'instance comme une tierce partie indépendante, qui fournit au juge des faits une explication et une opinion au sujet de questions techniques complexes échappant aux connaissances générales de la plupart des gens. Un témoin expert efficace saura vulgariser des notions techniques et les rendre compréhensibles pour une personne dotée d'une intelligence raisonnable.

Depuis des décennies, les tribunaux fournissent des indications sur le rôle que devrait jouer un expert devant la Cour. Dans l'affaire *R* c *Abbey*, le juge Dickson a commenté dans son jugement le rôle de l'expert au procès :

> Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicalité des faits, sont incapables de formuler. L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si à partir des faits établis par la preuve, un juge ou

> un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire.
>
> Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatres[1].

Essentiellement, la preuve apportée par un expert fait exception à la règle interdisant la preuve par ouï-dire en droit.

Le témoin expert à l'étape de la préparation du procès

En plus de fournir une preuve au nom d'une partie, les experts sont utiles à plusieurs égards : ils passent en revue les rapports d'experts reçus de la partie adverse, ils aident à comprendre certaines exigences législatives et techniques (comme les contraintes réglementaires associées aux projets d'énergie renouvelable) et ils préparent le contre-interrogatoire des témoins experts de la partie adverse. Dans les recours devant les tribunaux environnementaux, les avocats qui représentent des particuliers doivent devenir eux-mêmes experts en la matière, afin de présenter au mieux les arguments de leurs clients et de mener des contre-interrogatoires crédibles. Pour ces raisons, il peut être utile pour un avocat que son témoin expert assiste au procès, surtout pendant le témoignage de l'expert de la partie adverse.

Ainsi, l'avocat bénéficie d'une ressource sur place au moment de la présentation de la preuve et du contre-interrogatoire des experts de la partie adverse.

L'EXPÉRIENCE DE L'ONTARIO EN MATIÈRE DE PROJETS D'ÉNERGIE RENOUVELABLE

L'échéancier de la communication des documents

Les *Règles de pratique et instructions du Tribunal de l'environnement* de l'Ontario pour les appels concernant les produits d'énergie renouvelable fixent l'échéancier pour la communication des documents, par exemple, la transmission de rapports d'expert sur lesquels les parties s'appuieront pendant l'instance. En vertu de ces règles, les rapports d'experts doivent être déposés au cours des cinq semaines et demie suivant l'inscription du recours et au cours des

1. *R* c *Abbey*, [1982] 2 RCS 24, par 42.

deux semaines et demie suivant la communication par les parties des documents pertinents en leur possession[2].

En raison de cet échéancier serré, il est extrêmement ardu pour un appelant d'une décision gouvernementale autorisant un projet d'énergie renouvelable de faire en sorte qu'un expert soit présent à l'audience. Concrètement, un tel échéancier l'oblige à retenir les services d'un expert avant même que le promoteur ne reçoive l'autorisation gouvernementale relative à son projet. Cet échéancier serré en ce qui concerne les recours relatifs aux projets d'énergie renouvelable constitue un obstacle pour les particuliers, car il les empêche d'engager un expert pour appuyer leur recours.

Imaginez qu'un jour, on vous avise qu'un bâtiment de plusieurs étages sera construit dans votre rue résidentielle paisible, entre votre maison et celle de votre voisin. Le bon sens vous dit que la construction d'un immeuble si imposant dans votre quartier bloquera votre accès à la lumière du soleil, ce qui causera la mort de toutes les plantes de votre jardin, dont vous avez pris méticuleusement soin depuis les dix dernières années. En plus, l'édifice en question sera bruyant au point qu'il vous gardera éveillé la nuit, et chacun sait que les périodes prolongées de manque de sommeil sont nuisibles pour la santé. Vous décidez donc que vous ne voulez pas qu'on érige un tel édifice à côté de votre demeure. Il aurait des répercussions sur votre santé et votre environnement naturel, alors vous décidez de contester ce projet. L'organisme responsable de l'autorisation de ces projets de construction vous apprend que pour vous opposer au projet, il vous faut déposer un rapport d'expert affirmant que la perte de la lumière du soleil nuira à votre jardin, et dans quelle mesure. Vous aurez également besoin de rapports d'expert traitant des effets potentiels du bruit causé par l'édifice et de la manière dont ce bruit nuira à votre santé. En plus de cela, vous devrez trouver cet ou ces experts, recueillir ces renseignements et produire ces rapports dans un délai de six semaines.

Cette tâche découragerait même ceux qui disposent de beaucoup de ressources. Pour les particuliers qui réussiraient à peine à rassembler les fonds nécessaires pour obtenir l'aide d'un avocat, elle relève de l'utopie. Ce processus accéléré pousse plusieurs appelants dans une impasse, car ils doivent trouver le moyen de constituer un dossier crédible avec peu ou pas d'assistance de la part d'experts.

---

2. *Règles de pratique et instructions du Tribunal de l'environnement*, annexe A (12 septembre 2016, Toronto), Tribunal de l'environnement et de l'aménagement du territoire Ontario.

Pouvez-vous obtenir gain de cause sans l'aide d'un expert ?

L'Ontario compte quelques cas récents où des individus ont contesté l'autorisation de projets d'énergie éolienne. Selon eux, les projets causeraient de graves préjudices à leur santé, s'ils allaient de l'avant tels qu'autorisés. Pour appuyer leurs prétentions, les témoignages d'individus ayant vécu à proximité d'éoliennes et ayant noté l'apparition de symptômes désagréables aussitôt après leur mise en marche ont été soumis.

Selon la preuve présentée devant divers tribunaux, les éoliennes ont occasionné des troubles du sommeil, des nausées, des vertiges, des difficultés cognitives, des vibrations dans le corps, une hausse de la tension artérielle et un niveau de stress accru chez ces témoins[3].

En dépit de la preuve selon laquelle ces symptômes ne s'étaient jamais manifestés avant la mise en marche des éoliennes, le Tribunal de l'environnement de l'Ontario a été systématiquement d'avis que cette preuve ne suffisait pas à démontrer l'existence d'un lien de causalité entre les symptômes allégués et les éoliennes, et qu'à cette fin, une preuve d'expert était nécessaire.

> [TRADUCTION] En l'espèce, la question est de savoir si les symptômes personnels signalés […] suffisent à démontrer que les émissions sonores pendant la nuit constituent un risque élevé de préjudice ou un préjudice réel du point de vue de sa santé ou de celle des membres de sa famille. Bien que le tribunal tienne dûment compte du rapport personnel de M. Hornibrook énumérant ses symptômes et ceux des membres de sa famille, du strict point de vue de la preuve, le tribunal ne peut pas simplement prendre pour acquis que les membres de la famille de l'appelant souffrent de troubles du sommeil, d'une aggravation de la maladie de Crohn, d'un déficit cognitif ou de dépression en se fiant uniquement aux dires de l'appelant. Seul un professionnel de la santé détient les compétences pour poser de tels diagnostics. De même, le tribunal ne peut simplement prendre pour acquis que le trouble du sommeil découlant des émissions sonores nocturnes a causé ces conditions de santé en se fiant aux dires de M. Hornibrook. Par conséquent, en soupesant la preuve, le tribunal n'a pas d'autre choix que de considérer que les symptômes signalés par M. Hornibrook sont subjectifs[4].

Toutefois, Santé Canada a récemment publié le résumé des résultats d'une étude selon laquelle il existe un lien statistique entre le bruit des éoliennes et les désagréments occasionnés. L'étude a également révélé qu'il existait un lien

---

3. Voir, *Drennan* c *Director (Ministry of the Environment)*, [2014] OERTD No 10 ; *Alliance to Protect Prince Edward County* c *Ontario (Ministry of the Environment)*, [2013] OERTD No 40 [*Ostrander*] ; *Dixon* c *Director, Ministry of the Environment*, [2014] OERTD No 5 ; *Bovaird* c *Director (Ministry of the Environment)*, 2013Carswell Ont 12680.
4. *Kawartha Dairy Ltd* c *Director (Ministry of the Environment,* (2008) 41 C.E.L.R. (3d) 184 [*Kawartha Dairy*], par 21.

statistique entre la gêne occasionnée et un certain nombre d'effets mesurés et autodéclarés par les répondants, notamment de l'hypertension, des migraines, de l'acouphène, des vertiges, les résultats obtenus au PSQI (*Pittsburgh Sleep Quality Index*), du stress, de la concentration de cortisol dans les cheveux, et de la tension artérielle systolique et diastolique[5].

Étant donné que les résultats de l'étude de Santé Canada concordent avec le témoignage de personnes vivant à proximité d'éoliennes quant aux effets néfastes pour la santé qu'ils ont subis, il sera intéressant de voir comment les tribunaux traiteront cette nouvelle preuve eu égard à la question du lien de causalité.

La capacité de retenir les services d'un expert

Comme il est mentionné ci-dessus, le Tribunal de l'environnement de l'Ontario est un tribunal spécialisé traitant uniquement de questions environnementales. Ce tribunal possède des connaissances particulières sur les questions dont il est saisi. En Ontario, la *Loi sur la protection de l'environnement* prévoit la possibilité de contester une autorisation d'un projet d'énergie renouvelable pour deux motifs :

> **142.1** (1) Le présent article s'applique à toute personne qui réside en Ontario et qui n'a pas le droit, en vertu de l'article 139, de demander la tenue d'une audience par le Tribunal à l'égard de la décision que prend le directeur en vertu de l'article 47.5.
>
> Idem
>
> (2) La personne mentionnée au paragraphe (1) peut, par un avis écrit signifié au directeur et au Tribunal dans les 15 jours qui suivent le jour prescrit par les règlements, demander la tenue d'une audience par le Tribunal à l'égard de la décision que prend le directeur en vertu de l'alinéa 47.5 (1) a) ou du paragraphe 47.5 (2) ou (3).
>
> Motifs d'audience
>
> (3) Une personne peut demander la tenue d'une audience en vertu du paragraphe (2) uniquement pour le motif que le fait d'entreprendre le projet d'énergie renouvelable conformément à l'autorisation le concernant causera :
>
> a) soit des dommages graves à la santé des êtres humains ;
>
> b) soit des dommages graves et irréversibles à des végétaux, à des animaux ou à l'environnement naturel[6].

5. Santé Canada, Étude sur le bruit des éoliennes et la santé : résumé des résultats (6 novembre 2014), [en ligne] <http://www.hc-sc.gc.ca/ewh-semt/noise-bruit/turbine-eoliennes/summary-resume-fra.php>.
6. *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c. E.19.

Étant donné que le tribunal requiert une preuve d'expert pour que la personne qui conteste une décision d'autorisation d'un projet puisse s'acquitter de son fardeau de preuve, la prochaine question consiste à savoir où trouver un tel expert. Compte tenu de la nature spécialisée des questions soumises au tribunal, le bassin d'experts possédant les connaissances pertinentes est très restreint. Par ailleurs, la plupart de ces experts travaillant déjà pour des promoteurs de projets d'énergie renouvelable, le nombre d'experts possibles s'en trouve encore plus limité.

Les personnes qui veulent faire appel d'une autorisation de projet sont donc confrontés à la tâche herculéenne de trouver un expert, de lui exposer les faits de l'affaire, de lui confier le mandat de produire une opinion d'expert détaillée, et de recevoir une telle opinion, tout cela dans un délai de cinq semaines après la délivrance de l'autorisation du projet. Avec des délais procéduraux aussi contraignants, cet objectif est presque irréalisable. En fait, plusieurs experts ont indiqué à mon cabinet que le mandat proposé les intéressait, mais qu'il leur était impossible de l'accepter en raison des délais trop serrés. D'autres experts nous ont répondu que les contraintes de temps pouvaient faire tripler leurs coûts, étant donné que l'expert ne disposait pas des deux à trois mois nécessaires pour passer en revue toute la documentation et fournir une opinion. En admettant que ce soit possible, l'appelant aurait plutôt avantage à faire appel à un environnementaliste ainsi qu'à des experts en troubles du sommeil, en épidémiologie, en santé publique, en psychologie, en politiques publiques, en hydrologie, en ingénierie, en acoustique, en biomécanique ou en médecine vétérinaire.

Le seul moyen pour lui de rassembler une preuve prépondérante qui pourrait amener le tribunal à lui donner gain de cause serait de mandater des experts avant même que le projet ne soit autorisé. Peu de citoyens sont disposés à engager des dizaines de milliers de dollars en frais d'expertise avant même d'avoir la certitude que cette autorisation sera donnée.

L'ACCÈS À LA JUSTICE

Le processus ontarien de contestations des projets d'énergie renouvelable constitue un obstacle à l'accès à la justice pour les personnes qui désirent faire une contestation, mais dont le niveau des ressources financières n'est pas élevé. En général, ces personnes déposent ces recours en croyant que le projet causera un préjudice à leur santé ou à leur environnement. Comme l'a démontré le résumé des résultats de l'étude de Santé Canada, leurs craintes sont souvent justifiées. Pourtant, il leur est très difficile de participer pleinement au processus de recours, dans son état actuel.

Il s'est récemment produit un changement d'orientation dans le milieu juridique : il a été reconnu que les problèmes d'accès à la justice exigent un débat et un plan d'action coordonné, à l'échelle nationale. Dans son rapport intitulé *L'accès à la justice en matière civile et familiale, une feuille de route pour le changement*, l'honorable Thomas Cromwell, juge à la Cour suprême du Canada, a déclaré qu'un changement de culture était nécessaire dans l'approche des tribunaux concernant l'accès à la justice. Le rapport recommande de penser autrement, de faire preuve d'imagination et d'entamer une réforme afin d'apporter des améliorations concrètes. Le juge Cromwell affirme qu'il est temps de « nous éloigner des vieux schémas et des anciennes approches[7] ».

Dans son rapport, il invite les tribunaux à favoriser un système de justice qui intervient en temps opportun, de manière efficiente, efficace, proportionnelle et juste. Quant au changement de culture requis des tribunaux en matière d'accès à la justice, le juge Cromwell énonce que le premier principe directeur de ce changement consiste à donner la priorité au public :

> Nous devons axer nos efforts sur les personnes qui utilisent le système. Cela doit comprendre toutes les personnes, en particulier les immigrants, les autochtones, les populations rurales et les autres groupes vulnérables. Les plaideurs, et en particulier ceux qui ne sont pas représentés par un avocat, ne sont pas, comme on les perçoit trop souvent, un inconvénient ; ils sont la raison pour laquelle le système existe[8].

En d'autres mots, le juge Cromwell estime que le principe d'accès à la justice exige d'être attentifs à ceux qui ont besoin du système. Les tribunaux insistent sur la nécessité d'une expertise pour avoir un soupçon d'espoir d'obtenir gain de cause. Compte tenu de cela, et du coût prohibitif de cette expertise, plusieurs appelants sont abandonnés à leur sort sans pouvoir compter sur la justice pour résoudre des problèmes qui touchent leur vie, leur santé et leur environnement.

Le rôle de l'expert lors des audiences judiciaires doit être sérieusement réexaminé, car dans l'état actuel des choses, les justiciables ne disposent pas des ressources considérables nécessaires pour mandater des experts qui les aideront dans leur dossier. Par conséquent, le tribunal vient essentiellement entériner l'approbation de ces projets.

---

7. Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale, une feuille de route pour le changement* (Ottawa, octobre 2013), p. 6.
8. *Ibid.*, p. 8.

Chapitre 47

Les difficultés liées à l'utilisation des connaissances traditionnelles autochtones devant les tribunaux

David Laidlaw

Les connaissances traditionnelles autochtones ont régi les relations entre les peuples autochtones[1] et leur milieu de vie depuis des temps immémoriaux. Le problème qui se pose est le manque de reconnaissance de ce savoir au sein de la société canadienne, et plus particulièrement, de son système de justice. L'Assemblée des Premières Nations du Canada (APN) avance trois définitions des connaissances traditionnelles autochtones :

> [traduction] La notion de « connaissances traditionnelles autochtones » ne se définit ou ne se catégorise pas aisément. On peut toutefois la décrire comme l'ensemble des coutumes avec lesquelles les peuples autochtones ont fait ou font les choses ou se livrent à des activités, ainsi que les nouvelles idées ou façons de faire élaborées dans le respect de leurs traditions, de leur culture et de leurs mœurs. Plusieurs de ces coutumes se sont transmises de génération en génération et on les considère comme sacrées. Cet ensemble de connaissances prend sa source dans la culture. Il est holistique et varie d'un contexte et d'un peuple à l'autre.

1. Dans ce chapitre, cette expression fait référence aux Premières Nations, aux peuples inuits et métis.

> La Commission royale sur les peuples autochtones (1996) a également décrit les connaissances autochtones comme « une culture orale composée d'histoires et de mythes, organisée selon un code et des systèmes de connaissances afin d'interpréter l'information et de guider les actions […] servant la double vocation de gérer la terre et les ressources, puis d'affirmer et de renforcer la relation de l'individu avec la terre et ses habitants ».
>
> On peut également voir les connaissances traditionnelles autochtones comme la somme du savoir, de l'information et des points de vue traditionnels relatifs aux habiletés, aux ententes, aux compétences, aux faits, aux connaissances, aux croyances justifiées, aux révélations et aux observations qu'un peuple autochtone particulier détient ou contrôle, et qu'il a créés, préservés et disséminés. Les connaissances traditionnelles autochtones comprennent un ensemble holistique de connaissances et la communauté détient le droit exclusif de déterminer quel savoir en fait partie.
>
> Il est important de noter que ces définitions sont d'ordre général et qu'elles ne sont pas nécessairement les mêmes que celles des personnes qui détiennent les connaissances traditionnelles autochtones[2].

Les points d'entrée des connaissances traditionnelles autochtones dans les tribunaux canadiens se regroupent en trois catégories :

1. une révision judiciaire de l'action gouvernementale en vertu d'une loi qui renvoie aux connaissances traditionnelles autochtones ;
2. une révision judiciaire en vertu de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements ;
3. des revendications de droits ancestraux, des titres ancestraux et une défense contre une poursuite au criminel pour une infraction liée à la faune.

---

2. Assemblée des Premières Nations (APN), *Aboriginal Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights* (Ottawa : 2011), p. 3, [en ligne] <http://www.afn.ca/uploads/files/env/atk_and_ip_considerations.pdf> (consulté le 14 novembre 2017).

RÉUNIR LES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES

En dépit des avertissements de la plus haute autorité dans l'affaire *Delgamuukw* c *Colombie-Britannique*[3], les tribunaux de première instance demeurent réticents à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones. Plusieurs raisons peuvent l'expliquer, par exemple, le fait que les connaissances traditionnelles autochtones se transmettent oralement, ce qui va à l'encontre des règles du ouï-dire. Bien que les tribunaux et les cours de justice suivent les normes de preuve standard ou révisées (p ex, *Delgamuukw*), les problèmes de définition et la nature orale font en sorte qu'on accorde bien peu de force probante aux connaissances traditionnelles autochtones.

En réponse à cette attitude, les plaideurs en sont venus à étudier les connaissances traditionnelles autochtones, notamment dans les domaines de l'usage traditionnel du territoire et de l'histoire, et à engager des experts dans des domaines connexes afin de recueillir de l'information et des avis sur ces questions[4]. Avec un si petit nombre d'experts sur les connaissances traditionnelles autochtones, cette collection de seconde main de savoir, rapportée par l'intermédiaire de rapports d'expert, s'expose naturellement à l'incompréhension et à certains problèmes[5]. Bien que, depuis l'affaire *Delgamuukw*, il soit de tradition en litige autochtone de présenter en premier lieu le témoignage d'un aîné des Premières Nations[6], les experts ont généralement présenté globalement les connaissances traditionnelles autochtones, le cas échéant. Il s'agit d'un processus coûteux et lourd, qui mène à des situations où des connaissances traditionnelles autochtones pertinentes ne seront pas avancées, notamment en matière de contraintes financières ou de confidentialité.

---

3. [1997] 3 RCS 1010, 153 DLR (4th) 193, par 84 [*Delgamuukw*], « que nous adaptions les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire […] » (Voir également le par 87).
4. *Tsilhqot'in Nation* c *British Columbia*, 2007 BCSC 1700, dans le résumé : [TRADUCTION] « l'ensemble de la preuve touchait les domaines de l'archéologie, l'anthropologie, l'histoire, la cartographie, l'hydrologie, l'écologie faunique, l'ethnoécologie, l'ethnobotanique, la biologie, les langues, la foresterie et l'écologie forestière ».
5. Pour une description plus approfondie des difficultés que ces experts doivent gérer, voir l'ouvrage d'Arthur Ray, *Telling it to the Judge Taking Native History to Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2011, c 8, p. 145-159.
6. *Ibid.*, p. 28.

RÉVISION JUDICIAIRE D'ACTIONS GOUVERNEMENTALES POSÉES EN VERTU D'UNE LOI QUI RENVOIE AUX CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES

Les deux douzaines de lois canadiennes qui mentionnent les connaissances traditionnelles autochtones[7] en contexte environnemental n'attribuent pas de définition à cette expression. Ces lois regroupent plusieurs catégories : la protection de l'environnement[8], l'évaluation environnementale[9], les océans[10], les aires marines et terrestres de conservation[11], la préservation de la faune[12], la

7. Recherche de l'expression « connaissances traditionnelles autochtones » effectuée le 19 novembre 2017. Nous avons limité la discussion au domaine environnemental, mais nous invitons le lecteur à prendre note que cette recherche a révélé des dispositions sur la santé *humaine*, le travail social et les coutumes d'élection dans la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5.
8. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC, 1999, c 33, le préambule et l'art 247 traitent des compétences admissibles des réviseurs qui entendent les appels de personnes sur les ordonnances environnementales. Dans la *Loi sur l'environnement*, LRY 2002, c 76, le rapport triennal sur l'état de l'environnement a pour but de prévoir à l'avance les problèmes, de présenter des renseignements de base et d'établir la responsabilité permanente du ministère, et en vertu de l'art 48(2)(b), il « fait état des connaissances traditionnelles des membres des Premières Nations en ce qui concerne l'environnement » ; en vertu de l'art 51(2), le matériel éducatif doit faire de même. L'art 53 parle de partenariat avec les Premières Nations, notamment en faisant usage de leurs connaissances et de leur expérience.
9. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, LC 2012, c 19, art 52 ; l'art 19(3) prévoit qu'on peut tenir compte des connaissances des collectivités et des connaissances traditionnelles autochtones aux fins d'évaluations environnementales. De même, le *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, DORS/2007-272, art 11(2) et particulièrement l'art 42(6)(b) qui protège « les renseignements dont la divulgation ferait en sorte que le public découvrirait des connaissances traditionnelles autochtones qu'une première nation a toujours traitées comme confidentielles ».
10. Dans la *Loi sur les océans*, LC 1996, c 31, l'art 42(j) prévoit que le ministre peut « effectuer des études pour mettre à profit les connaissances écologiques traditionnelles en vue d'une meilleure connaissance des océans, de leurs ressources biologiques et de leurs écosystèmes ».
11. *Loi sur les parcs et la désignation foncière*, LRY 2002, c 165, préambule (e) : « désigner des zones protégées en se basant sur des connaissances traditionnelles, des connaissances locales et des renseignements scientifiques ». Dans la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, LC 2002, c 18, le préambule et l'art 8(3) prévoient que le gouvernement peut établir des installations pour « effectuer des recherches […] scientifiques ou des études fondées sur des connaissances écologiques traditionnelles, y compris les connaissances autochtones écologiques traditionnelles, sur les aires marines de conservation ».
12. La *Loi sur la faune*, LTN-O 2013, c 30, art 2(1)(d) : « les valeurs et les pratiques autochtones traditionnelles relatives à la récolte et à la conservation de la faune doivent être reconnues et valorisées » ; (e) : « la conservation et la gestion de la faune et de l'habitat doivent faire appel à la meilleure information disponible, dont les connaissances traditionnelles, les connaissances d'experts et les connaissances locales ». Selon l'art 2(2), la définition de *connaissances locales* « vise notamment les connaissances de la faune ou de l'habitat qu'une personne a acquises par le biais de l'expérience ou de l'observation ». L'art 168(1)(b) interdit, à la demande d'une organisation autochtone, la divulgation de connaissances traditionnelles. La *Loi sur la faune et la flore*, LNun 2003, c 26, est celle qui traite le plus des connaissances traditionnelles autochtones.

protection des forêts[13], la protection des espèces[14], y compris les oiseaux migrateurs[15], les droits de surface et sur l'eau dans le Nord[16], l'aménagement du territoire dans le Nord de l'Ontario, le Nunavut et l'Est du Manitoba[17], la gestion des déchets nucléaires[18] et la conservation du gibier en vertu d'accords modernes sur les revendications territoriales[19].

---

13. *Loi sur les ressources forestières*, LY 2008, c 15, art 1 : « gestion des ressources forestières » La mise en œuvre de l'information scientifique, biologique, sociale, culturelle et économique, ainsi que des connaissances traditionnelles des Premières nations, pour la gestion, l'utilisation et la conservation des forêts afin d'atteindre des objectifs précis d'intérêt public tout en préservant la productivité et la santé de la forêt ».
14. *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29, préambule et l'art 10.2(c) qui prévoit que le plan d'action pour l'intendance doit comprendre « des méthodes de partage, avec d'autres gouvernements et personnes, de l'information concernant les espèces en péril, y compris les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, lesquelles méthodes respectent, préservent et maintiennent les connaissances et favorisent leur application sur une plus grande échelle avec l'accord des dépositaires de ces connaissances ». L'art 14 prévoit la création du Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, dont les compétences requises par ses membres peuvent notamment être liées aux connaissances des collectivités ou aux connaissances traditionnelles des peuples autochtones en matière de conservation des espèces sauvages ». En vertu de l'art 15(2), le comité doit exécuter sa mission « en se fondant sur la meilleure information accessible sur la situation biologique de l'espèce en question notamment scientifique ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles des peuples autochtones ». En vertu de l'art 18, le comité doit établir un sous-comité compétent en matière de connaissances traditionnelles des peuples autochtones. Des provinces se sont dotées de lois similaires : la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition*, LO 2007, c 6, la *Loi sur les espèces en péril*, LN-B 2012, c 6, art 10(1) (b), 15(2) et 18(2)(b), l'*Endangered Species Act*, SNS 1998, c 11 (où la liste des espèces est modifiée selon des renseignements scientifiques et des connaissances traditionnelles documentées dans des rapports d'états révisés par des pairs), la *Loi sur les espèces en péril*, LTN-O 2009, c 16, art 17(2) et l'*Endangered Species Act*, SNL 2001, c E-10.1, art 6(2).
15. *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, LC 1994, c 22, modifiant l'art II de la *Convention sur les oiseaux migrateurs* (1918) de façon à ce que les principes de conservation comprennent « l'utilisation des connaissances, des institutions et des pratiques autochtones et indigènes ».
16. *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut*, LC 2002, c 10, art 119 : « accorder l'attention et l'importance voulue à la culture, aux coutumes et aux connaissances des Inuit ». *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, LC 1998, c 25, art 60.1, 115.1 et 146 : les offices des terres et des eaux autochtones doivent tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones ; *Loi sur l'office des droits de surface*, LTN-O 2014, c 17, art 11 (compétences des suppléants), 32(b) (l'office « *tient* compte de tout élément qu'il juge utile, y compris les connaissances traditionnelles autochtones ») et 90 (l'office peut établir des règles relatives à l'admission des connaissances traditionnelles autochtones) [nos italiques].
17. *Loi de 2010 sur le Grand Nord*, LO 2010, c 18, art 6 : les « Premières Nations peuvent mettre à contribution leurs connaissances traditionnelles et perspectives en matière de protection et de conservation aux fins de l'aménagement du territoire prévu par la présente loi » ; *Loi sur l'aménagement du territoire et l'évaluation des projets au Nunavut*, LC 2013, c 14, art 103(3) : « Elle tient compte des connaissances traditionnelles et des connaissances des collectivités qui lui ont été communiquées dans le cadre de l'examen » ; *Loi sur l'aménagement des terres traditionnelles situées du côté Est et les zones protégées spéciales* (Manitoba), CPLM, c E3, art 10(4) « Le conseil de planification peut appliquer les connaissances traditionnelles aux [plans dans les zones où les Premières Nations utilisaient traditionnellement les terres] ».
18. *Loi sur les déchets de combustible nucléaire*, LC 2002, c 23, art 8(2)(b.1) : les membres du comité consultatif sont nommés « de façon à assurer la représentation […] d'une expertise en connaissances traditionnelles autochtones ».
19. *Tsawwassen First Nation Final Agreement Act*, SBC 2007, c 39, Schedule – Chapter 10, art 43 : le ministre provincial, avant d'approuver des plans d'exploitation des ressources fauniques, tient compte de données scientifiques *et* de connaissances traditionnelles autochtones relatives aux populations d'espèces sauvages, à leurs nombres, à leur santé, à la distribution et aux méthodes de gestion des

Détenteurs des connaissances traditionnelles autochtones reconnus par la loi

Seule la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition de l'Ontario*[20] définit ce qu'est une « personne autochtone » en renvoyant à l'article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[21] alors que les autres lois utilisent cette expression sans toutefois la définir.

La formule la plus courante dans la législation est *connaissances traditionnelles autochtones*, mais certains emploient aussi *connaissance des collectivités*[22] et, dans un cas, *connaissances locales*[23] en guise de remplacement. Ces formules permettent de tenir compte des connaissances traditionnelles non autochtones en vertu de ces lois. Il est à noter que la *Loi sur les océans* ne parle que de connaissances écologiques traditionnelles[24], alors que la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* considère les connaissances écologiques traditionnelles autochtones comme une sous-catégorie de connaissances écologiques traditionnelles[25].

En ce qui concerne les droits sur les connaissances traditionnelles autochtones et le pouvoir de les déposer en preuve, le groupe autochtone pertinent posséderait généralement un tel savoir, au même titre qu'un droit ancestral sur une base collective, comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Behn* c *Moulton Contracting Ltd*[26]. Une caractéristique particulière des connaissances traditionnelles autochtones est leur nature diffuse en ce que certaines connaissances sont détenues par quelques familles qui les divulguent uniquement aux membres du groupe autochtone[27]. Ceci peut concorder avec les propos de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Behn* :

---

espèces sauvages. Voir également la *Loi assurant la mise en œuvre de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, 2014 (RLRQ c M-35.1.2, r 1).

20. *Supra* note 14, art 2(1).
21. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Constitution*].
22. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, *supra* note 9, art 19 (3) ; *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*, *supra* note 9, art 11(2) ; *Loi sur les espèces en péril* (N-B), *supra* note 14, art 15(2) et 18(2) ; *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition* (Ont), *supra* note 14, art 1, 5(3) et 48(f) ; *Loi sur les espèces en péril* (Can), *supra* note 14, préambule et art 2, 15(2) et 16(2) ; *Loi sur les espèces en péril* (TNO), *supra* note 14, art 17(2) ; *Loi sur l'aménagement du territoire et l'évaluation des projets au Nunavut*, *supra* note 17, art 103(3).
23. *Loi sur la faune et la flore* (Nun), *supra* note 12.
24. *Supra* note 10. Ce peut être un renvoi au long historique de pêcheries non autochtones.
25. *Supra* note 11. Il est intéressant de noter que l'on parle de connaissances écologiques en contexte d'administration maritime.
26. [2013] 2 RCS 227, 2013 CSC 26, par 33 [*Behn*].
27. Cela faisait partie du problème dans l'affaire *Nation Ktunaxa* c *Colombie britannique (Forêts, terres et exploitation des ressources naturelles)*, 2017 CSC 54, par 35-38. Par exemple, songeons à un « coin de pêche favori », dont l'emplacement est secret, et qu'on divulgue en toute confidentialité aux personnes compétentes ou adéquates.

> Il suffit de reconnaître qu'en dépit de l'importance cruciale que revêt l'aspect collectif des droits ancestraux et issus de traités, des droits peuvent parfois être attribués à des membres des collectivités autochtones ou exercés par eux sur une base individuelle, ou encore être créés en leur faveur. On pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective. Il ne convient pas d'en dire davantage pour l'instant[28].

Ainsi, il est possible d'avoir à chercher plus loin les personnes susceptibles de posséder un savoir complémentaire aux connaissances générales du groupe afin de déterminer les connaissances traditionnelles autochtones pertinentes. Certaines dispositions législatives traitant des connaissances traditionnelles autochtones peuvent protéger leur confidentialité, comme l'article 42(6)(b) du *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations*[29], l'article 10.2(c) de la *Loi fédérale sur les espèces en péril*[30] et l'article 168(1)(b) de la *Loi sur la faune* des Territoires du Nord-Ouest[31]. Il est également possible de protéger les connaissances traditionnelles autochtones grâce à des ordonnances judiciaires ou des accords créatifs rédigés à cette fin, mais en l'absence de tels moyens, les détenteurs de ces connaissances peuvent être réticents à les communiquer.

Préambules statutaires et énoncés d'objet

Des lois fédérales, comme la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*[32], la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[33] et la *Loi sur les espèces en péril*[34], ainsi que des lois des provinces et des territoires, comme la *Loi sur les espèces en péril* (TNO)[35], font référence aux connaissances traditionnelles autochtones. Comme mentionné dans l'arrêt *Québec (Procureur général)* c *Moses*[36], l'article 13 de la *Loi d'interprétation fédérale* stipule que : « Le préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs[37] ». Par conséquent, un « préambule ne joue jamais un rôle décisif pour déterminer l'intention du législateur – car la loi doit toujours être interprétée dans son ensemble –, il peut néanmoins contribuer à saisir cette intention[38] ».

---

28. *Supra* note 26, par 37.
29. *Supra* note 9.
30. *Supra* note 14.
31. *Supra* note 12.
32. *Supra* note 11.
33. *Supra* note 8.
34. *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 14.
35. *Ibid.*
36. [2010] 1 RCS 557, 2010 CSC 17 [*Moses*].
37. LRC 1985, c I-21. L'art 11 de la *Loi d'interprétation*, LRTN-O 1988, c I-8, est identique et l'art 69 de la *Loi de 2006 sur la législation*, LO 2006, c 21, Annexe F est semblable.
38. *Moses*, *supra* note 36, par 101.

Qu'en est-il des énoncés d'objet dans les lois qui font référence aux connaissances traditionnelles autochtones et qui témoignent clairement de l'intention du législateur ?[39] L'article 4 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*[40] en énonce son objet. Un tribunal ne s'est pas encore penché sur son libellé, mais la loi précédente[41] contenait un énoncé similaire qui fut l'objet de diverses interprétations. Dans *Environmental Resource Centre* c *Canada (Ministre de l'Environnement)* (2001), la Cour fédérale a déclaré :

> L'article 4 n'impose aucune obligation au ministre de l'Environnement, pas plus qu'il ne précise la manière dont il doit s'acquitter de ses obligations en vertu de la Loi. Il s'agit d'un énoncé de principe général. Le ministre de l'Environnement n'a pas contrevenu à cette disposition et les prétentions alléguant qu'une erreur de droit a été commise relativement à l'article 4 sont sans fondement[42].

Cependant, en 1996, ce même tribunal a déclaré ce qui suit dans l'affaire *Union of Nova Scotia Indians* c *Canada (Procureur général)* :

> Les requérantes font valoir également que les ministres se trouvaient dans l'obligation de procéder à une évaluation sérieuse et raisonnable du projet en vertu de l'alinéa 4a) de la LCEE, lequel précise que cette loi a pour objet, notamment, de « permettre aux autorités responsables de prendre des mesures à l'égard de tout projet susceptible d'avoir des effets environnementaux en se fondant sur un jugement éclairé quant à ces effets ». Je reconnais que cette norme est compatible avec les objets et les processus que fixe la loi[43].

On peut soutenir qu'en contexte autochtone, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, compte tenu de l'énoncé de son objet, fait place à un examen plus rigoureux des décisions gouvernementales par les tribunaux. L'arrêt *Moses* vient appuyer cette assertion. Dans cette affaire, on contestait l'application de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, dans sa version précédente, à des accords sur des revendications territoriales à la Baie-James. La Cour suprême du Canada s'est exprimée ainsi :

> Partant, contrairement à la Cour d'appel du Québec, je ne crois pas que la solution consiste en l'espèce à substituer la procédure établie au chapitre 22 de la Convention à celle prescrite par la LCÉE. Le processus de la LCÉE s'applique, mais le gouvernement fédéral doit évidemment y recourir de façon à respecter intégralement l'obligation de la Couronne de consulter les Cris sur les sujets qui touchent les droits que leur confère la Convention de la Baie-James, et ce, conformément aux principes dégagés dans les arrêts *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur*

39. *Canada (Ministre de l'Environnement)* c *Bennett Environmental Inc*, 2005 CAF 261, par 63.
40. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, *supra* note 9, art 4.
41. LC 1992, c 37, art 4.
42. 2001 CF 1423, par 141.
43. 1996 CanLII 11847 (CF), 122 FTR 81, p. 47 [*Union of Nova Scotia Indians*].

> *d'*évaluation de projet) et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* [citations omises][44].

Il est à noter que la politique fédérale en vigueur, intitulée Consultation et accommodement des autochtones – Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter (2011) –, mentionne ceci :

> Le processus d'évaluation environnementale est généralement considéré par les groupes autochtones et les tiers […] comme la plus efficace des méthodes gérées par la Couronne pour connaître les effets préjudiciables que les activités envisagées et les changements connexes pourraient avoir sur l'environnement[45].

La *Loi sur les espèces en péril* (Canada) contient un énoncé d'objet à l'article 6 :

> 6. La présente loi vise à prévenir la disparition – de la planète ou du Canada seulement – des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées[46].

Les tribunaux ont interprété cet énoncé d'objet dans *Adam* c *Canada (Environment)*[47]. Cette affaire portait sur une demande de révision judiciaire de la décision du ministre de l'Environnement de ne pas ajouter le caribou des bois de l'Alberta à la liste des espèces en péril. La Cour fédérale a déclaré :

> Compte tenu de l'ensemble des renseignements dont la décision fait expressément mention, le fait que le ministre n'ait pas traité expressément des objectifs de la LEP dans sa décision ne constitue pas une erreur susceptible de révision. À mon avis, la manière dont le ministre a traité des données et des autres renseignements pertinents contenus dans le dossier certifié n'était pas incompatible avec les objectifs de la LEP [à l'art. 6][48].

La question était que si le ministre n'avait pas traité de ces renseignements dans sa décision, il aurait commis une erreur susceptible de révision. En l'occurrence, en négligeant de répondre à une demande urgente sans motif, le ministre a en effet commis une erreur susceptible de révision[49]. Il convient de noter que dans *Adam*, « les Premières Nations demanderesses ont volontairement cessé de

---

44. *Moses*, *supra* note 36, par 45.
45. Consultation et accommodement des Autochtones – Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter (Ottawa, Ministre des Affaires autochtones et Développement du nord du Canada, 2011), p. 25 [politique fédérale de consultation], [en ligne] <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/intgui_1100100014665_fra.pdf>.
46. *Supra* note 14, art 6.
47. *Adam* c *Canada (Environment)*, 2011 CF 962 [*Adam*].
48. *Ibid.*, par 65.
49. *Ibid.*, par 66-67.

chasser le caribou boréal afin de contrer la menace actuelle pour la survie et le rétablissement du caribou » en s'appuyant sur des connaissances traditionnelles autochtones[50]. Soulignons également que l'énoncé d'objet de l'article 4 de la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*[51] a été interprété simplement dans *Alliance animale du Canada* c *Canada (Procureur général)*[52].

Parmi les lois qui contiennent un énoncé d'objet qui ne fait pas référence aux connaissances traditionnelles autochtones, on compte la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*[53], la *Loi de 2007 sur les espèces en voie de disparition* de l'Ontario[54], le *Endangered Species Act* de la Nouvelle-Écosse[55], la *Loi sur les espèces en péril* du Nouveau-Brunswick[56], la *Loi de 2010 sur le Grand Nord* de l'Ontario[57], la *Loi sur les espèces en péril* (TNO)[58], la *Loi sur la faune et la flore du Nunavut*[59] et la *Loi sur les ressources forestières*[60] du Yukon. Ces lois n'ont cependant pas fait l'objet d'un examen par les tribunaux.

Lois permissives

L'importance des préambules et des énoncés d'objet vient de la nature des lois qui font référence aux connaissances traditionnelles autochtones. Bon nombre de ces lois sont rédigées de façon permissive, en conférant au gouvernement le pouvoir discrétionnaire de tenir compte ou non des connaissances traditionnelles autochtones ou en les confinant à un rôle consultatif.

En contexte maritime, les connaissances traditionnelles autochtones ne servent qu'à des fins éducatives. L'article 42(j) de la *Loi sur les océans* stipule que le ministre *peut* « effectuer des études pour mettre à profit les connaissances écologiques traditionnelles en vue d'une meilleure connaissance des océans, de leurs ressources biologiques et de leurs écosystèmes[61] ». L'article 8(3) de la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada* stipule que le ministre « *peut* aménager et exploiter les installations et exercer les activités nécessaires à l'application de la présente loi et effectuer des recherches ou contrôles scientifiques, ou des études fondées sur des connaissances écologiques traditionnelles,

50. *Ibid.*, par 33.
51. *Supra* note 15, art 4.
52. [1999] 4 CF 72, 168 FTR 11, 30 CELR (NS) (2d) 102 (CF).
53. *Supra* note 11, art 4.
54. *Supra* note 14, art 1.
55. *Supra* note 14, art 2. Dans l'affaire *Western Canada Wilderness Committee* c *British Columbia (Ministry of Forests)*, 2003 BCCA 403, le tribunal a commenté l'inclusion du principe de précaution par la Nouvelle-Écosse.
56. *Supra* note 14, art 2.
57. *Supra* note 17, art 1.
58. *Supra* note 14, art 9.
59. *Supra* note 12, art 1.
60. *Supra* note 13, art 6.
61. *Supra* note 10.

y compris les connaissances autochtones écologiques traditionnelles, sur les aires marines de conservation » [nos italiques][62].

Dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, seul l'article 19(3) mentionne les connaissances traditionnelles autochtones :

> 19(3) Les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones peuvent être prises en compte pour l'évaluation environnementale d'un projet désigné[63].

Il diffère ainsi de l'article 19(1) :

> 19(1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné *prend* en compte les éléments suivants :
>
> a) les effets environnementaux du projet […]
>
> j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale […] [nos italiques][64].

De même, l'article 11(1) du *Règlement sur l'évaluation environnementale liée au pétrole et au gaz des Premières Nations* énumère les facteurs à considérer. L'article 11(2) stipule que l'évaluation environnementale « peut également prendre en compte les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones[65] ». Dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[66], seul l'article 247 mentionne les connaissances traditionnelles autochtones où on les assimile seulement à une *autre compétence admissible* au rôle de réviseur. La *Loi de 2010 sur le Grand Nord* de l'Ontario ne mentionne les connaissances traditionnelles autochtones qu'à l'article 6 : les « Premières Nations *peuvent* mettre à contribution leurs connaissances traditionnelles et perspectives en matière de protection et de conservation aux fins de l'aménagement du territoire prévu par la présente loi » [nos italiques][67].

Ceci dit, en pratique, on accorde tout de même une certaine considération aux connaissances traditionnelles autochtones en vertu de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements (que nous abordons plus loin), surtout lorsqu'on met en œuvre des projets dans des régions auxquelles les peuples autochtones accordent une valeur traditionnelle[68].

---

62. *Supra* note 11.
63. *Supra* note 9.
64. *Ibid.*
65. *Ibid.*
66. *Supra* note 8.
67. *Supra* note 17.
68. On estime qu'environ 75 % des mégaprojets prévus (valeur de 100 millions de dollars et plus) seront mis en œuvre dans ces régions traditionnelles.

Lois sur les espèces en péril

La *Loi sur les espèces en péril* et ses équivalents provinciaux représentent un cas particulier. L'application de cette loi s'opère généralement par des comités dont la mission consiste à dresser des listes d'espèces en danger selon diverses catégories. Ces listes peuvent changer et si une espèce remplit certaines normes législatives, son statut entraîne l'application de mesures obligatoires visant à réduire l'exploitation, la destruction de son habitat ou à améliorer son rétablissement.

Le préambule de la *Loi sur les espèces en péril* stipule que « les connaissances traditionnelles des peuples autochtones du Canada devraient être prises en compte pour découvrir quelles espèces sauvages peuvent être en péril et pour l'élaboration et la mise en œuvre des mesures de rétablissement[69] ». Cette loi, à son article 7, crée le Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril composé entièrement de ministres ou de leurs délégués[70]. Le rôle du conseil consiste à « diriger d'une façon générale les activités du COSEPAC [le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada], l'élaboration des programmes de rétablissement et l'élaboration et la mise en œuvre des plans d'action » ainsi que de coordonner les activités du gouvernement[71]. La *Loi sur les espèces en péril* prévoit la création du « Conseil autochtone national sur les espèces en péril, composé de six représentants des peuples autochtones[72] » qui, présumément, tiennent compte des connaissances traditionnelles autochtones. Cependant, ce comité agit uniquement à titre de *conseiller* auprès du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril du gouvernement.

Le ministre a discrétion, après avoir consulté le Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril, pour créer un « plan d'action pour l'intendance qui prévoit des incitatifs et d'autres mesures destinées à appuyer les activités volontaires d'intendance menées par tout gouvernement au Canada ou toute personne ou organisation[73] ». Le plan d'action pour l'intendance est éducatif et doit comprendre des engagements visant notamment des « méthodes de partage, avec d'autres gouvernements et personnes, de l'information concernant les espèces en péril, y compris les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, lesquelles méthodes respectent, préservent et maintiennent les connaissances et favorisent leur application sur une plus grande échelle avec l'accord des dépositaires de ces connaissances[74] ».

---

69. *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 14.
70. *Ibid.*, art 7.
71. *Ibid.*
72. *Ibid.*, art 8.1.
73. *Ibid.*, art 10.1.
74. *Ibid.*, art 10.2(c)

L'article 14 établit le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). Ce comité a pour mission d'évaluer périodiquement la situation de toute espèce sauvage en péril[75], de déterminer les menaces réelles ou potentielles à son égard et d'établir, selon le cas, que l'espèce est disparue, disparue du pays, en voie de disparition, menacée, préoccupante ou non en péril[76]. Le COSEPAC « exécute sa mission en se fondant sur la meilleure information accessible sur la situation biologique de l'espèce en question notamment les données scientifiques ainsi que les connaissances des collectivités et les *connaissances traditionnelles des peuples autochtones*[77] »; il peut aussi déterminer qu'il ne dispose pas de l'information voulue pour remplir sa mission[78]. Un membre du COSEPAC « possède une expertise liée soit à une discipline telle que la biologie de la conservation, la dynamique des populations, la taxinomie, la systématique ou la génétique, soit aux connaissances des collectivités ou aux *connaissances traditionnelles des peuples autochtones* en matière de conservation des espèces sauvages[79] ». Le COSEPAC « est tenu de constituer un sous-comité compétent en matière de *connaissances traditionnelles autochtones*[80] », dont le président et les membres sont nommés par le ministre après consultation de toute organisation autochtone qu'il estime indiquée[81].

À partir de ces observations sur la *Loi sur les espèces en péril*, on peut conclure que les connaissances traditionnelles autochtones sont reléguées à un rôle consultatif, hormis les questions de compétences exigées pour siéger aux comités. Les lois provinciales suivent le même modèle que celui de la *Loi sur les espèces en péril*[82].

Législation contraignante

Il existe des lois provinciales qui obligent à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones, notamment la *Loi sur la faune et la flore* du Nunavut[83] et la *Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut* qui prévoit, à son article 33, l'obligation d'« accorder l'attention et l'importance voulues à la culture, aux coutumes et aux connaissances des

75. *Ibid.*, art 2(1), « rapport de situation » désigne un sommaire de la meilleure information accessible sur la situation d'une espèce sauvage, notamment les données scientifiques ainsi que les connaissances des collectivités et les connaissances traditionnelles autochtones, dont la forme et le contenu sont conformes aux exigences réglementaires prévues en application du paragraphe 21(2).
76. *Ibid.*, art 15(1).
77. *Ibid.*, art 15(2) (nos italiques).
78. *Ibid.*, art 15(1)(a)(ii).
79. *Ibid.*, art 16(2) (nos italiques).
80. *Ibid.*, art 18(1) (nos italiques).
81. *Ibid.*, art 18(3).
82. Ontario, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick et Territoires du Nord-Ouest, *supra* note 14.
83. *Supra* note 12.

Inuit[84] ». La *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie* établit des offices des terres et des eaux autochtones qui doivent tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones. Dans les Territoires du Nord-Ouest, les audiences de l'Office des droits de surface doivent tenir compte de toute connaissance traditionnelle autochtone[85]. Pour mettre en œuvre des accords modernes sur les revendications territoriales, il arrive qu'on doive tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones relativement à la gestion de la faune avec des parties issues des Premières Nations[86].

Prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones

Que leurs dispositions soient contraignantes ou permissives, les lois offrent peu d'orientation aux tribunaux quant à la pertinence, au poids et aux normes de preuve en matière de connaissances traditionnelles autochtones. Alors que certaines règles de procédures des tribunaux (telles que l'article 90 de la *Loi sur l'Office des droits de surface* des Territoires du Nord-Ouest) fournissent des indications sur l'admissibilité des connaissances traditionnelles autochtones, il semble qu'il n'y ait pas d'autre choix que de recourir aux notions de droit administratif du tribunal, comme les principes de justice naturelle, les motifs raisonnables, etc., afin d'amener les tribunaux à tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones en vertu des lois qui en traitent.

CONNAISSANCES TRADITIONNELLES AUTOCHTONES ET OBLIGATION DE LA COURONNE DE CONSULTER ET D'ACCOMMODER

L'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de les accommoder est bien établie en droit canadien et s'applique aux décisions qui touchent les droits, les terres et les intérêts des peuples autochtones[87]. Il existe des arrêts phares en la matière, comme *Nation Haida* c

84. *Supra* note 16. Voir également la *Loi sur l'aménagement du territoire et l'évaluation des projets au Nunavut*, *supra* note 17, art 103(3) : « Elle tient compte des connaissances traditionnelles et des connaissances des collectivités qui lui ont été communiquées dans le cadre de l'examen ».
85. *Supra* note 16, art 32(b).
86. *Tsawwassen First Nation Final Agreement Act*, SBC 2007, c 39, Schedule – Chapter 10, art 43 : dans le cadre de plans de gestion de la faune, le ministre provincial doit tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones de la Première Nation Tsawwassen ; *Maa-nulth First Nations Final Agreement Act*, SBC 2007, c 43, Schedule – Chapter 23, l'art 23.10.1 prévoit la consultation de la Première Nation Maa-nulth pour obtenir les connaissances traditionnelles pertinentes.
87. David Laidlaw et Monique Passelac-Ross, *Alberta First Nations Consultation & Accommodation Handbook*, CIRL Occasional Paper #44 (Calgary, Institut canadien du droit des ressources, 2014) 1re partie [*Guide de consultation*], [en ligne] <http://dspace.ucalgary.ca/jspui/bitstream/1880/50216/1/ConsultationHandbookOP44.pdf> ; voir aussi Chris W Sanderson, QC, Keith Bergner et Michelle S Jones, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples : Towards an Understanding of the Source, Purpose, and Limits of the Duty » (2011-2012) 49 *Alta L Rev* 821.

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)[88], *Première nation Tlingit de Taku River* c *Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*[89] et *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*[90]. Ensemble, ces arrêts indiquent clairement que le gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones et de les accommoder avant de prendre une décision qui pourrait toucher leurs intérêts. Il existe dans chaque province et territoire du Canada des politiques de consultation des peuples autochtones qui fournissent des directives aux gouvernements sur l'existence de cette obligation, sur la délégation acceptable d'aspects procéduraux aux promoteurs de projets et sur les normes de consultation et d'accommodement des peuples autochtones afin de s'acquitter de cette obligation[91].

En vertu de cette règle de droit, les peuples autochtones feront état de leurs connaissances traditionnelles au cours du processus de consultation avec le gouvernement afin de persuader les gouvernements de l'importance d'une revendication et des répercussions de la décision proposée. Les peuples autochtones peuvent parfois contester devant les tribunaux des actions du gouvernement envers lesquelles ils sont en désaccord. Lors de ces instances, des analogies avec le droit administratif s'appliquent et la norme de révision se concentre sur les procédures :

> Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable […][92]

Comme il est indiqué dans *Alberta First Nations Consultation & Accommodation Handbook*, un litige de ce genre est coûteux et potentiellement dérisoire, ce qui peut décourager les peuples autochtones d'engager des procédures judiciaires[93]. Le jugement *West Moberly First Nations* c *British Columbia (Chief Inspector of Mines)*[94] constitue un bon exemple où les connaissances traditionnelles autochtones ont joué un rôle dans un litige relatif à la consultation. Dans cette affaire, un permis d'exploration d'une mine de charbon a été révoqué parce qu'il mettait en danger un habitat essentiel de caribous, une

---

88. *Nation Haida* c *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511 [*Haida*].
89. *Première nation Tlingit de Taku River* c *Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 RCS 550 [*Taku River*].
90. *Première nation crie Mikisew* c *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388 [*Mikisew*]. Voir également *Beckman* c *Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 CSC 53.
91. *Guide de consultation*, *supra* note 87. Voir la 3e partie et les annexes 4A et 4B.
92. *Guide de consultation*, *ibid*, p. 1.3. Citation tirée de l'arrêt *Haida*, *supra* note 88, par 63.
93. *Ibid.*
94. *West Moberly First Nations* c *British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, l'autorisation d'en appeler a été refusée (CSC, 23 février 2012, no 34403).

espèce que la Première Nation de West Moberly avait temporairement cessé de chasser en s'appuyant sur leurs connaissances traditionnelles[95].

Un autre obstacle se dresse devant l'option qu'ont les tribunaux de tenir compte des connaissances traditionnelles autochtones : l'exécution du processus d'évaluation environnementale en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*[96] que le gouvernement fédéral considère comme le « meilleur processus » pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne[97]. La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* définit les répercussions environnementales aux articles 5(1)(a) et (b) en incluant les dommages usuels à l'environnement, mais renchérit sur cette définition à l'article 5(1)(c) :

> c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :
>
> (i) en matière sanitaire et socio-économique
>
> (ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel
>
> (iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles
>
> (iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique archéologique, paléontologique ou architectural[98].

Avec cette définition des répercussions environnementales, il est possible de tenir compte largement des connaissances traditionnelles autochtones à l'article 19(3) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*[99]. Cette loi s'applique aux projets de mines et de mines de sables bitumineux, de barrages hydroélectriques, de pipelines interprovinciaux, etc. qui tombent dans un champ de compétences fédérales[100]. Dans le cas de projets de grande envergure, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* prévoit l'établissement de commissions conjointes négociées avec les provinces afin de réduire la possibilité de chevauchement réglementaire. Ces commissions conjointes tiendront des audiences et prendront des décisions relatives aux répercussions environnementales d'un projet donné, puis soumettront leurs recommandations au ministère, qui prendra la décision finale.

Le mandat des commissions conjointes consiste aussi à recueillir les commentaires du public, mais le modèle relatif aux questions autochtones semble prédéterminé[101]. Ce mandat, décrit dans *Conseil des Innus de Ekuanitshit*

---

95. *Ibid.*, par 26.
96. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, *supra* note 9.
97. *Politique fédérale de consultation*, *supra* note 45.
98. La législation provinciale sur l'évaluation environnementale ne comprend pas de dispositions semblables.
99. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, *supra* note 9.
100. Souvent en vertu de la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14 [*Loi sur les pêches*]
101. D'autres commissions conjointes ont récemment exprimé le même point de vue : l'Entente concernant la constitution d'une commission d'examen conjoint pour le projet d'expansion de la mine Jackpine,

c *Canada (Procureur général)*[102], prévoit que la commission doit donner l'occasion aux peuples autochtones d'exprimer leur point de vue au sujet :

- de leur savoir traditionnel en ce qui concerne les effets environnementaux du projet ;
- des effets que les changements dans l'environnement causés par le projet peuvent avoir sur l'utilisation actuelle des terres et des ressources à des fins traditionnelles ;
- de la nature et de la portée de leurs droits ancestraux potentiels ou établis ou de leurs droits issus de traités, des répercussions que les activités de la Couronne par rapport au projet pourraient avoir sur ces droits et les mesures appropriées pour éviter ou atténuer ces répercussions[103].

Cependant, le mandat de la commission conjointe ne lui permettait pas de se prononcer ou d'interpréter les éléments suivants :

- la validité ou la force de la revendication des droits ancestraux et des titres autochtones
- la portée ou la nature de l'obligation de la Couronne de consulter les personnes ou groupes autochtones ;
- la mesure dans laquelle le gouvernement provincial ou fédéral a rempli cette obligation ;
- toute interprétation de l'accord pertinent sur les revendications territoriales[104].

La Cour a résumé la question en ces termes : « [e]n d'autres termes, la Commission d'examen conjoint ne pouvait se prononcer sur la solidité des droits revendiqués par les Innus de Ekuanitshit ni sur la portée de l'obligation de consultation mais elle devait considérer les impacts du Projet sur leurs droits revendiqués[105] ». On pourrait argumenter qu'en dépit de leur mandat limité, les commissions conjointes finissent *en réalité* par statuer sur l'existence et la solidité de droits ou de titres autochtones au moment de mesurer les « avantages par rapport aux inconvénients ».

---

art 6 ; l'Entente conclue entre l'Office national de l'énergie et le ministre de l'Environnement concernant l'examen conjoint du projet d'oléoduc Northern Gateway, art 8 ; le Rapport de la Commission d'examen fédéral – Projet de mine d'or et de cuivre New Prosperity (2013) – incluait la version initiale du cadre de référence de la commission d'examen fédérale du projet (p. 291 du rapport) qui limitait la prise en compte de la validité ou de la solidité.

102. *Conseil des Innus de Ekuanitshit* c *Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189 [*Ekuanitshit*], la demande d'autorisation d'en appeler a été refusée (CSC, 5 mars 2015, no 36136).
103. *Ibid.*, par 93.
104. *Ibid.*, par 97.
105. *Ibid.*, par 98.

Quoiqu'il en soit, la commission et le tribunal dans l'affaire *Ekuanitshit* s'en sont remis aux conclusions de cette commission dans leur décision au sujet des connaissances traditionnelles autochtones[106]. Faire appel à des commissions conjointes pour effectuer les consultations et mettre en œuvre les accommodements au nom de la Couronne ne fait que restreindre la prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones par les tribunaux.

DÉFENSE DE DROITS OU DE TITRES AUTOCHTONES FACE À DES ACCUSATIONS CRIMINELLES LIÉES À LA FAUNE

Dans les litiges civils visant à déterminer les droits ou les titres autochtones constitutionnels, les connaissances traditionnelles autochtones jouent par définition un rôle majeur dans les conclusions des tribunaux.

Dans l'arrêt phare *R* c *Van der Peet*[107], le juge Lamer de la Cour suprême a déclaré que « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique, ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question[108] » et la forme actuelle dans laquelle le groupe pratique cette activité doit illustrer les pratiques ancestrales de l'époque avant le contact avec les Européens[109]. Ce mode de vie qui précédait les contacts constitue les connaissances traditionnelles autochtones dans son sens le plus large.

Dans l'affaire *Delgamuukw*, le juge Lamer, au nom de la majorité, a expliqué qu'un droit ancestral autochtone constitue un mélange (*sui generis*) de la *common law* et des systèmes juridiques autochtones[110]. Les connaissances traditionnelles autochtones jouent un rôle dans la détermination d'un droit ancestral en ce qu'elles témoignent de l'occupation exclusive requise[111] et de la nature de l'utilisation qui caractérise l'attachement du peuple autochtone pour

106. *Ibid.*, par 101-102. Dans ce cas, il a été fatal de ne pas contester les résultats de la commission conjointe en tant que tels, mais cette décision a pu être influencée par un manque de ressources pour financer des études en vue de présenter des connaissances traditionnelles autochtones adéquates ; voir par 114-118.
107. *R* c *Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 137 DLR (4th) 289 [*Van der Peet*]. Les décisions connexes *R* c *NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 RCS 672, 137 DLR. (4th) 528 et *R* c *Gladstone*, [1996] 2 RCS 723, 137 DLR (4th) 648 [*Gladstone*] portaient elles aussi sur des infractions liées à la faune ; elles ont eu lieu en même temps et ont toutes deux appliqué le test de l'arrêt *Van der Peet*.
108. *Van der Peet*, *ibid*, par 46.
109. Dans *R* c *Sappier* ; *R* c *Gray*, 2006 CSC 54, [2006] 2 RCS 686, la Cour suprême a apporté des éclaircissements au sujet du test de l'arrêt *Van der Peet*. Quant au test distinctif, pour savoir ce que signifie la « culture », « il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc » (par 45).
110. *Delgamuukw*, *supra* note 3, par 110-112.
111. *Ibid.*, par 143.

le territoire[112]. Comme il avait été mentionné en première instance[113], des connaissances traditionnelles autochtones ont été mises de l'avant dans la première déclaration de titre ancestral autochtone dans les motifs de la Cour suprême dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in* c *Colombie-Britannique*[114].

La plus grande partie de la jurisprudence constitutionnelle moderne entourant le droit autochtone découle des affaires où des personnes autochtones sont accusées d'infractions liées à la faune[115]. Le premier arrêt de la Cour suprême ayant interprété les droits des autochtones, *R* c *Sparrow*[116], découle d'une accusation criminelle en vertu de la *Loi sur les pêches*[117], à l'instar des jugements *Van Der Peet* et *R* c *Adams*[118]. Les connaissances traditionnelles autochtones ont joué un rôle dans ces affaires en établissant des droits ancestraux de pêche et de chasse. Au fur et à mesure que les doctrines de droit autochtone ont été élaborées, les lois relatives à la faune ont reconnu des exemptions aux autochtones en vertu de leurs droits ancestraux[119] mais les connaissances traditionnelles autochtones jouent encore un rôle dans la définition des droits des autochtones.

CONCLUSION

Les connaissances traditionnelles autochtones posent des difficultés uniques pour les cours de justice. Le fait qu'elles se transmettent oralement constitue d'ailleurs un défi. Les plaideurs en droit autochtone l'ont partiellement surmonté en rassemblant des connaissances traditionnelles autochtones dans des rapports d'experts scientifiques qu'ils déposent en preuve à titre de connaissances traditionnelles autochtones. Il s'agit d'un processus lourd et coûteux, qui comporte un risque d'erreur d'interprétation des connaissances traditionnelles autochtones. En ce qui concerne la prise en compte prévue par la loi des connaissances traditionnelles autochtones dans les instances administratives ou de révision judiciaires, aucune loi ne définit ces connaissances en tant que telles. Hormis quelques exceptions secondaires, la présentation et la prise en compte des connaissances traditionnelles autochtones sont largement autorisées. Les lois et les règlements contiennent peu d'indications sur l'admissibilité, la priorité et la force probante à accorder aux connaissances traditionnelles

112. *Ibid.*, par 117 et 128-130.
113. *Supra* note 4.
114. *Nation Tsilhquot'in* c *Colombie Britannique*, 2014 CSC 44.
115. Toutes les lois sur les espèces en péril, sur la faune ou sur les pêches comportent des interdictions touchant la chasse ou la pêche.
116. [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4th) 385.
117. *Loi sur les pêches*, *supra* note 100.
118. [1996] 3 RCS 101, 138 DLR (4th) 657.
119. Par exemple, la *Loi sur les espèces en péril*, *supra* note 14, art 3.

autochtones[120]. Bien qu'on apporte des innovations législatives prometteuses, la nature holistique et continuellement changeante des connaissances traditionnelles autochtones est contradictoire à la mission des tribunaux qui consiste à établir les faits. Les juristes doivent surmonter ces difficultés lorsqu'ils déposent une preuve afin de rapporter fidèlement le point de vue des autochtones.

120. La Cour fédérale a publié les *Lignes directrices sur la pratique en matière de litiges intéressant les autochtones* (3è édition, avril 2016), [en ligne] <https://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20April-2016%20(FR).pdf>.

Chapitre 48

L'intégration de la preuve écrite et visuelle à la pratique des tribunaux spécialisés

Rod Northey

Les avocats participent aux conférences en étant imprégnés d'une tradition qui tient l'écrit pour la vérité et impose des règles propres à décourager le recours à d'autres options. Une tradition qui n'accorde en général à la preuve visuelle qu'un court chapitre dans les volumineux ouvrages sur le droit de la preuve.

Par ailleurs, en tant que professionnel œuvrant dans le domaine de l'environnement, nous manifestons un grand intérêt pour les mondes physique et vivant, l'interrelation entre ces mondes en tant qu'écosystèmes et l'empreinte de l'humanité sur ces mondes du point de vue culturel, social et économique. Les mots ne rendent pas bien compte de la richesse sensorielle de ces mondes. Nous sommes prêts à accepter la philosophie moderne voulant que les mots ne soient pas « le miroir de la nature ».

Il n'est pas facile de réconcilier ces deux perspectives. Jusqu'à ce jour, le droit de l'environnement semble être prisonnier des mots, bien éloigné de notre expérience collective du monde. Pourquoi en est-il ainsi ? En particulier, comment se fait-il qu'il en soit ainsi pour les tribunaux spécialisés en environnement ?

Comparés aux tribunaux de droit commun, les tribunaux spécialisés sont censés suivre des règles différentes en matière de preuve. Ils devraient se montrer plus ouverts au sujet de la preuve qui leur est présentée. Pourtant, comme nous le verrons dans les exemples tirés de la pratique de deux tribunaux qui ont à traiter d'évaluations environnementales fédérales, ces tribunaux se livrent

actuellement à des pratiques qui les rangent dans le même camp que les tribunaux civils ayant à instruire des procès avec jury.

Dans le présent chapitre, je propose une approche différente – celle qui privilégie les images aux mots. J'y fais valoir deux points : le premier est que, le fait de donner la priorité aux images ne dispense pas d'accorder de l'importance aux mots. Les mots mettent en scène la preuve visuelle. Ils sont nécessaires pour expliciter les règles du régime juridique établi par les lois environnementales permettant de fonder une preuve visuelle : son champ d'application, son objectif et son flux. Toutefois, je suis partisan de réduire considérablement le nombre de mots.

Mon second point est que les tribunaux spécialisés sont bien placés pour accorder une priorité nouvelle à la preuve visuelle. Nos régimes juridiques actuels accordent aux tribunaux spécialisés, plus de latitude qu'aux autres arbitres pour s'écarter des principes du droit de la preuve établis depuis des siècles. Un tribunal spécialisé n'a au fond que deux questions à résoudre en matière de preuve : 1) est-elle pertinente ? et 2) est-elle crédible ? De plus, étant donné l'expertise de ce tribunal, les tribunaux de droit commun sont réticents à superviser les jugements de ces experts, en particulier s'agissant de la question de savoir si la preuve est crédible.

Pour étayer mon argumentation, le sujet d'étude que je propose est l'évaluation environnementale. Si, comme le dit le proverbe, « Une image vaut mille mots … », une évaluation environnementale a désespérément besoin de plus de preuve visuelle. Tandis que nos paliers de gouvernement ne cessent de prescrire des processus d'évaluation environnementale (ÉE) plus courts et plus efficaces, les ÉE dont traitent les tribunaux spécialisés sont de plus en plus longues. Les ÉE d'aujourd'hui ne font pas seulement des milliers de pages, mais bien des dizaines de milliers de pages pour certaines d'entre elles dans le domaine des pipelines. En bref, les ÉE sont maintenant de plus en plus longues, mais nous disposons de moins de temps qu'avant pour les examiner.

Les ÉE sont donc mûres pour une réforme en deux volets : exiger une utilisation accrue de la preuve visuelle et raccourcir les documents liés à une ÉE. Fini les rapports de dizaines de milliers de pages et la dispersion des chiffres. Sur le sujet de l'exigence d'une concision accrue des documents appuyant une ÉE, nous ne nous écartons pas des sentiers battus. Si difficile à croire que cela puisse être, depuis le début des années 1980 aux États-Unis, la réglementation impose que les énoncés des incidences environnementales fassent normalement 150 pages et jusqu'à un maximum de 300 pages pour un énoncé des incidences

environnementales, dont la « portée est inhabituelle ou complexe » (au sens de « unusual scope or complexity »)[1].

Cependant, il existe des arguments plus impérieux en faveur de la preuve visuelle qu'une simple réduction du volume de papier. La preuve visuelle facilite la compréhension. Non seulement une image vaut mille mots, mais dans le cadre d'une ÉE, un bon visuel pourrait même en valoir des dizaines de milliers. Quelle que soit la personne qui traite l'ÉE, la preuve visuelle facilite la compréhension, celle des examinateurs experts comme celle du public ou des examinateurs non-juristes. De plus, tout en facilitant la compréhension, la preuve visuelle présente l'avantage supplémentaire d'accélérer le processus d'examen. Il est bien plus facile d'examiner une image ou une série d'images que des centaines, voire des milliers de pages de rapports[2].

Le présent chapitre est divisé en trois parties. Il commence par un bref examen des règles suivies par les tribunaux en matière de preuve visuelle. La partie 2 fait le point de la situation actuelle en ce qui concerne l'ÉE fédérale et la preuve visuelle. Étudiant plus précisément les modalités de la pratique suivie pour les ÉE fédérales, le présent chapitre examine deux modèles différents de tribunaux spécialisés qui traitent actuellement les ÉE : l'Office national de l'énergie (ONÉ)[3] et les examens des commissions fédérales constituées d'experts indépendants en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (LCEE de 2012). Dans la partie 3, quatre éléments de preuve clés de l'ÉE fédérale sont examinés, de manière à déterminer s'ils peuvent être présentés par preuve visuelle, et comment.

RÉSUMÉ DES RÈGLES DES TRIBUNAUX EN MATIÈRE DE PREUVE VISUELLE

En résumé, le sujet de la preuve matérielle couvre tout une gamme de pièces différentes[4]. D'une part, la preuve matérielle a trait à des choses, et non à

1. Voir *Regulations for Implementing the Procedural Provisions of the National Environmental Policy Act*, 40 CFR Parties 1500 à 1508, art 1502.7 du Council of Environmental Quality (CEQ) (Règlements du CEQ).
2. Cet argument en faveur de la réduction du nombre de pages des rapports d'ÉE et du recours à des aides visuelles vise toutefois les rapports, non les données. Il ne s'agit pas de faire valoir qu'il faille réduire la quantité ou la communication des données produites à l'appui de l'ÉE et des aides visuelles ; toutefois, il semble probable que des rapports plus concis et le recours accru à des aides visuelles pourraient aussi limiter le genre de données qui sont compilées et déposées.
3. Il est entendu que le présent examen du processus d'évaluation environnementale de l'ONÉ n'établit pas clairement la distinction entre ce que l'ONÉ exige aux termes de la loi qui le régit, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (ONÉ) et ce qui est exigé aux termes de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (LCEE de 2012). L'interrelation entre ces deux lois est un sujet complexe qui dépasse le cadre strict du présent chapitre.
4. On peut trouver un examen très détaillé de ce sujet dans l'ouvrage intitulé *Visual Evidence : A Practitioner's Manual*, Toronto, Carswell, 1991, vol. 1 à 3, par Elliott Goldstein, qui est un juge suppléant à la Cour des petites créances de l'Ontario. L'analyse détaillée que fait le juge Goldstein de la

des documents : il est difficile de produire en preuve un « pistolet qui vient d'être tiré », mais il est possible de retrouver la balle et de la produire en cour. D'autre part, la preuve matérielle vise aussi des documents produits, notamment des vidéos sophistiquées.

Selon mon expérience, les enjeux réels de la preuve visuelle devant les tribunaux spécialisés ne sont pas si vastes. D'aussi loin qu'il m'en souvienne, la production en preuve d'un échantillon du sol par trou de forage n'a jamais suscité un grand intérêt, ni n'a été attendue avec vive impatience, même si une telle preuve a été produite et peut être certainement pertinente. Il sera question ici de la preuve visuelle en tant que produit – une synthèse de données réunies pour appuyer ou critiquer les applications d'un projet qui donne lieu à l'évaluation environnementale. Autrement dit, la preuve visuelle produite devant les tribunaux spécialisés est une preuve d'opinion fournie par un expert.

Ainsi, l'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des quatre critères énoncés dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada de 1994 *R* c *Mohan*[5], soit 1) la pertinence ; 2) la nécessité d'aider le juge des faits ; 3) l'absence de toute règle d'exclusion ; et 4) la qualification suffisante de l'expert. Cependant, d'autres facteurs entrent aussi en jeu, comme ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre d'un jury et si une Cour peut jouer le rôle de « gardien » pour limiter la preuve d'expert et comment elle peut tenir ce rôle. Ces autres facteurs sont bien exposés par la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *R* v *Abbey*[6]. La Cour d'appel dans l'arrêt *Abbey* applique à une preuve d'expert, les principes dégagés dans l'arrêt *Mohan* en deux étapes : à la première étape, elle ajoute des directives par rapport à l'arrêt *Mohan* sur le critère de la « pertinence » ; à la seconde étape, elle exige que l'on s'attarde sur la « nécessité » de l'admission de la preuve d'expert : l'opinion fournit-elle des renseignements qui ne sont pas autrement produits en Cour ?

Les quatre critères dégagés dans l'arrêt *Mohan* devraient être pertinents pour les tribunaux spécialisés qui ont à traiter une preuve d'expert. Il peut aussi être pertinent pour un tribunal spécialisé de tenir le rôle de gardien évoqué dans l'arrêt *Abbey*[7].

Pourtant, certains principes judiciaires applicables à la preuve visuelle pourraient ne pas convenir au contexte du tribunal spécialisé. La jurisprudence des cours criminelles en est un exemple dans la mesure où elle a exclu une

---

jurisprudence clé sur la preuve d'expert figure dans la rubrique « *Issues in Focus* » sur le sujet « *Assessment and Admissibility of Expert Evidence in Context of Novel Science* » du vol 3, par IF-55 à IF-60.

5. *R* c *Mohan*, [1994] 2 RCS 9.
6. *R* v *Abbey*, 2009 NCA 624.
7. Un exemple récent d'un tribunal spécialisé traitant de ces questions peut être trouvé dans la décision de 2011 du Tribunal de l'environnement de l'Ontario dans l'arrêt *Erickson* c *Director, Ministry of the Environment* (ERT 10-121, 10-122, 18 juillet 2011), p. 152 à 177.

preuve visuelle parce qu'elle était « cumulative » : « [TRADUCTION] elle n'a apporté aucun renseignement ou fait nouveau et ne fait que reproduire des éléments de preuve qui ont été produits en cour[8] ». Il est intéressant de noter que les tribunaux ne semblent pas avoir appliqué ce principe de manière rigoureuse dans les procès sans jury[9]. Le but du présent chapitre est de montrer que le caractère « cumulatif » de la preuve visuelle dans le cadre d'une ÉE est justement ce qui la rend intéressante à faire admettre en preuve lors d'une instance instruite par un tribunal spécialisé, et ne devrait pas servir à justifier son exclusion. S'agissant de l'ÉE, en particulier, l'obligation d'examiner les effets « cumulatifs » rend compte de l'importance de la question de savoir comment prendre des renseignements précis sur des projets et impacts donnés pour définir une méthode de rapprochement de ces renseignements et en comprendre les effets cumulatifs.

Dans l'ensemble, les principes judiciaires sur la preuve d'expert sont un guide précieux pour les tribunaux spécialisés qui ont à traiter d'une preuve d'expert. Quoique ces principes constituent un bon point de départ dans la recherche de ce qui serait approprié, ils ne sont pas forcément utiles à la conclusion finale.

PRATIQUES ET PRINCIPES DES TRIBUNAUX SAISIS DES ÉE FÉDÉRALES TRAITANT DES PREUVES VISUELLES

Office national de l'énergie

La principale loi régissant l'ONÉ est la *Loi sur l'Office national de l'*énergie (ONÉ). L'article 3 de cette loi constitue l'Office et en indique la composition. L'article 11 de la l'ONÉ précise que l'Office est une cour d'archives dotée des pouvoirs d'une cour supérieure lui permettant de traiter de tous les aspects de la preuve, dont les témoins, les documents et l'inspection de lieux. Par ailleurs, le même article indique que l'Office tranche toutes les demandes et procédures dont il est saisi « le plus rapidement possible, compte tenu des circonstances et de l'équité […] ». L'Office est aussi soumis aux délais prévus dans cette loi.

L'article 8 de la l'ONÉ prévoit que l'Office peut établir des règles concernant, entre autres, les modalités de présentation des demandes, des observations et des plaintes, le déroulement de ses audiences.

8. Goldstein, *supra* note 4, p. 8 à 24.
9. *Ibid.*, p. 8 à 27.

Les règles[10] actuelles de l'ONÉ traitent, notamment, du contenu des demandes, prévoyant que chaque demande doit comporter un « exposé concis des faits pertinents » et « tout autre renseignement qui appuie ou qui explique la demande ». Les règles exigent aussi que l'ONÉ rende une ordonnance pour chaque audience « qui précise les modalités procédurales propres à l'audience ». Enfin, elles traitent de la preuve déposée lors de ces audiences de la manière suivante :

> 36.(1) La partie qui désire présenter des témoignages à une audience dépose auprès de l'Office et signifie à chacune des autres parties, dans le délai fixé par celui-ci, un témoignage écrit qui indique :
>
> a) sa position sur les questions en litige ;
>
> b) les nom, titre, poste et autres compétences de chaque témoin qui présentera un témoignage au nom de la partie et les questions qu'il soulèvera à l'audience.
>
> (2) Le témoin visé à l'alinéa (1)*b*) atteste que le témoignage écrit ou toute partie de celui-ci qu'il présentera à l'audience a été rédigé par lui ou sous sa direction ou responsabilité et que, pour autant qu'il sache, les renseignements y figurant sont exacts ; cette attestation est présentée de vive voix à l'audience ou, avec l'autorisation de l'Office, par affidavit.
>
> (3) Il est entendu que l'ensemble du témoignage écrit visé au paragraphe (1) est attesté conformément au paragraphe (2).
>
> (4) Le témoignage écrit est présenté :
>
> a) soit sous forme de questions et de réponses, les lignes étant numérotées consécutivement ;
>
> b) soit sous forme narrative, les paragraphes étant numérotés consécutivement.

Commentaires

Le cadre juridique de la l'ONÉ met l'accent sur la tradition et l'approche judiciaire en matière de preuve. Même s'il n'exclut pas d'autres formes de preuve, essentiellement ses directives sont en tous points axées sur la preuve écrite. Cette constatation ressort clairement de sa liste de contrôle détaillée relativement aux évaluations environnementales. En dépit des 13 pages que fait cette liste de contrôle et de la centaine de sujets qu'elle aborde, elle n'impose aucune exigence relative à « une carte », « un croquis », « un visuel » ou une « illustration » visant à illustrer un sujet particulier.

10. Voir *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie*, 1995 (DORS/95-208) de l'Office national de l'énergie, en vigueur le 4 février 2015.

La pratique actuelle de l'ONÉ

La méthode suivie par l'ONÉ en matière d'évaluation environnementale est prévue en détail dans son Guide de dépôt pour toutes les demandes. Comme le Guide de dépôt aborde tous les sujets clés d'une évaluation environnementale en vertu de la LCEE de 2012 nous allons nous y attarder[11]. Le guide actuel, publié en décembre 2014, annonce son objet général :

> Le demandeur qui sollicite une approbation doit remettre des documents complets à l'Office. Avec ces documents, qu'il s'agisse d'une demande ou de renseignements connexes, et que l'on désigne collectivement par l'expression « documents déposés », l'Office doit pouvoir :
>
> – évaluer la contribution d'un projet au bien public et ses inconvénients éventuels ;
> – en peser les diverses conséquences ;
> – rendre une décision qui, entre autres, établit un équilibre des intérêts économiques, environnementaux et sociaux en présence à ce moment-là.
>
> Bien qu'il incombe au demandeur d'établir le bien-fondé de ses arguments, le présent guide a pour but de le renseigner sur le type d'informations que l'Office s'attend normalement à retrouver dans des documents déposés. Le dépôt de documents complets permet à l'Office d'évaluer les demandes de manière cohérente ; il devrait aussi réduire le nombre de demandes de renseignements et, par conséquent, les délais nécessaires pour rendre une décision.

Le Guide de dépôt actuel expose en détail, les exigences pour chaque type de demande soumise à l'ONÉ. Le chapitre 4 de ce guide traite des projets concrets, ceux qui doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale aux termes de la LCEE de 2012. Les exigences de dépôt sont énoncées aux paragraphes 4.1 et 4.2 et à la Rubrique A. Des exigences analogues à celles s'appliquant aux évaluations environnementales figurent aux Rubriques A.1 et A.2 de la Rubrique A. Ensemble, ces rubriques du Guide de dépôt comportent 60 pages de directives.

Les exigences de l'ONÉ en ce qui concerne la preuve visuelle peuvent être résumées dans le tableau suivant.

---

11. Il semble y avoir des différences importantes au plan juridique entre la procédure envisagée par le guide et la procédure prescrite par la LCEE de 2012, mais ces différences dépassent le cadre strict du présent chapitre.

TABLEAU 2.2.1.A : EXIGENCES DE DÉPÔT DE L'ONÉ VISANT LA PREUVE VISUELLE

Page du Guide	Exigence de dépôt
4A-10	Carte montrant l'emplacement des vannes
4A-11	Si le projet comporte des installations de compression ou de pompage : schéma de la station montrant les bâtiments, la tuyauterie principale et les vannes ; plan cadastral de l'installation montrant l'emplacement des routes et des clôtures.
4A-11	Si le projet comporte des installations de réglage de la pression ou de comptage : schéma de la station montrant les bâtiments, la tuyauterie principale et les vannes ; plan cadastral de l'installation montrant l'emplacement des routes et des clôtures.
4A-12	Si le projet envisagé comporte des réservoirs à liquides ou d'autres installations de stockage, de produits : schéma de la station montrant les réservoirs de stockage, les bâtiments ainsi que la tuyauterie principale et les vannes plan cadastral de l'installation montrant l'emplacement des routes et des clôtures.
4A-21	
4A-22	L'ÉES doit renfermer des renseignements quantitatifs et qualitatifs. Le demandeur doit tenir compte de la mesure dans laquelle les cartes détaillées, le relevé ou l'étude, les données sur les tendances et les schémas ou illustrations se rattachant à des aspects précis de l'élément biophysique ou socio-économique suscitant un intérêt ou une préoccupation peuvent enrichir l'évaluation. Le nombre et le type d'éléments biophysiques et socio-économiques à évaluer dans une ÉES et le niveau de détail nécessaire pour appuyer les renseignements fournis peuvent varier beaucoup selon les circonstances et les questions soulevées relativement au projet.
4A-25	Cerner et décrire les contextes biophysique et socio-économique actuels de chaque élément (c.-à-d. les données de base) du lieu où le projet serait réalisé. Inclure une carte à une échelle appropriée pour faire ressortir […]
4A-36	La version définitive du PPE détaillé doit : […] indiquer les coordonnées GPS des zones écologiquement vulnérables relevées dans les études.

Par ailleurs, le tableau suivant (Tableau 2.2.1.B) présente des exemples d'exigence de dépôt de l'ONÉ qui ne requièrent pas le dépôt d'une preuve visuelle.

TABLEAU 2.2.1.B : EXEMPLES D'EXIGENCE DE DÉPÔT DE L'ONÉ NE REQUÉRANT PAS DE PREUVE VISUELLE[12]

Paragraphe du Guide	Exigence de dépôt
4.2	Faisabilité économique, mesures de rechange et justification
4.2.2	Mesures de rechange […] Décrire et justifier le choix du tracé et du site proposés, en incluant une comparaison des options évaluées sur la base des critères de sélection retenus.
A.2.5	Description du contexte environnemental et socio-économique
A.2.6	Évaluation des effets[13]
A.2.6.1	Recensement et analyse des effets
A.2.6.2	Mesures d'atténuation
A.2.6.3	Évaluation de l'importance des effets
A.2.7	Mesures d'atténuation des effets cumulatifs
A.2.7.1	Détermination de la portée et analyse des effets cumulatifs
A.2.7.2	Mesures d'atténuation des effets cumulatifs
A.2.7.3	Évaluation du demandeur de l'importance des effets cumulatifs
	Inspection, surveillance et suivi

TABLEAU A-2 : INFORMATION EXIGÉE À L'ÉGARD DES ÉLÉMENTS BIOPHYSIQUES

Paragraphe du Guide	Exigence de dépôt
	Environnement physique et météorologique
	Sol et productivité du sol
	Végétation
	Qualité de l'eau et quantité
	Poisson et habitat du poisson
	Terres humides
	Faune et habitat faunique
	Espèces en péril ou espèces à statut particulier
	Émissions atmosphériques
	Émissions de GES
	Environnement acoustique

12. Cette liste d'exemples peut être comparée aux listes de contrôle contenues dans le *Guide de dépôt* pour aider les demandeurs à cerner les sujets sur lesquels des renseignements doivent être communiqués. Les listes de contrôle figurent à l'Annexe I qui invite les demandeurs à les remplir et à les inclure dans chacune de leurs demandes. Outre la liste de contrôle pour les projets concrets décrite (soit au chapitre 4, par 4.1 à 4.2) et à la Rubrique A, l'ONÉ consacre 13 pages d'exigences de dépôt détaillées sur les questions touchant à l'évaluation environnementale et à la protection de l'environnement.
13. Il convient de faire observer que le *Guide de dépôt* prévoit à la sous-section A.2.3 « Niveau de détail de l'évaluation » que « Les renseignements fournis par le demandeur dans son ÉES doivent contenir assez de détails pour que l'ONÉ puisse : définir les limites spatiales et temporelles des interactions entre le projet et l'environnement biophysique et humain ». Bien que cette exigence semble suggérer que l'ÉES devrait contenir la preuve visuelle sur ce sujet, il est possible de remplir cette exigence sans aucune preuve visuelle.

TABLEAU A-3 : INFORMATION EXIGÉE À L'ÉGARD DES ÉLÉMENTS SOCIO-ÉCONOMIQUES

Paragraphe du Guide	Exigence de dépôt
	Occupation humaine et exploitation des ressources
	Ressources patrimoniales
	Usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles
	Bien-être social et culturel
	Santé humaine
	Infrastructures et services
	Navigation et sécurité en la matière
	Emploi et économie

Outre le Guide de dépôt de l'ONÉ, on peut trouver d'autres illustrations de l'approche suivie par l'ONÉ en matière de preuve visuelle dans les diverses décisions de procédure prises dans le cadre de l'audience relative au projet Enbridge Northern Gateway. À commencer par l'ordonnance d'audience dans laquelle l'ONÉ a donné des directives aux participants éventuels en cernant quatre types de participation : dépôt d'une lettre de commentaires, inscription pour présenter un exposé oral, inscription à titre d'intervenant et inscription en tant que participant du gouvernement. Dans aucune d'entre elles, l'ordonnance d'audience n'encourage le recours à la preuve visuelle. De plus, pour toutes ces options, sauf l'exposé oral, l'accent est mis sur la participation écrite.

Les divers guides de procédure délivrés par la commission d'examen conjoint privilégient aussi la preuve écrite. Trois de ces guides vont même jusqu'à manifester une certaine méfiance à l'égard de la preuve visuelle. Citons d'abord le Guide de procédure n° 3 sur les « Audiences communautaires », dans lequel la Commission a indiqué ce qui suit :

> Par souci de transparence et d'équité pendant le processus d'examen conjoint, toute l'information présentée à la commission et dont celle-ci tiendra compte au moment de rendre sa décision doit être mise à la disposition du grand public. Par conséquent, les aides visuelles utilisées dans le cadre des audiences communautaires pendant des exposés oraux ou au moment de la présentation d'une preuve orale doivent être dans un format en permettant le dépôt dans le registre public.
>
> Par exemple, si votre aide visuelle est un objet physique, vous pourriez en prendre une photo et décrire pourquoi cela est important dans votre preuve écrite (intervenants) ou votre lettre de commentaires (personnes présentant un exposé oral).
>
> Si votre aide visuelle nécessite le recours à du matériel comme un ordinateur ou un projecteur, vous devez écrire à la commission pour obtenir son autorisation préalable. De cette manière, la commission sera mieux en mesure de s'assurer que les aides visuelles sont dans un format permettant le dépôt dans le registre public et que la technologie et les installations appropriées sont en place.

> Dans le cas des intervenants et des participants du gouvernement, toutes les aides visuelles prévues au moment de la présentation de la preuve orale doivent être déposées à titre d'éléments de preuve d'ici le 22 décembre 2011.
>
> Pour ce qui est des personnes qui présentent un exposé oral, les aides visuelles utilisées ou les documents qu'elles prévoient invoquer doivent être incluses dans une lettre de commentaires déposée au moins deux semaines avant l'exposé.

Dans le Guide de procédure nº 4 sur le « Dépôt de la preuve des intervenants », la commission a expressément indiqué que les renseignements suivants *ne* devraient *pas* être inclus dans une présentation lors d'audiences communautaires : « renseignements techniques et scientifiques. Ce type d'information doit uniquement être présenté par écrit […] ». De plus, la commission a indiqué ce qui suit :

> Vous pouvez utiliser des aides visuelles durant votre présentation, par exemple des photos, des cartes, des présentations PowerPoint ou d'autres médias pour étoffer votre preuve orale. Si vous projetez d'utiliser une présentation PowerPoint ou des séquences vidéo, ces aides ne doivent pas constituer l'élément essentiel de votre preuve orale. Leur rôle est de servir d'outils pour illustrer celle-ci.
>
> Toutes les aides visuelles que vous envisagez d'utiliser durant la présentation de votre preuve orale doivent être déposées à l'avance comme preuve écrite. En outre, elles constitueront une « preuve écrite » et doivent être déposées dans le registre public.
>
> Puisque la date limite pour le dépôt d'une preuve écrite est passée, vous devez présenter une requête afin d'obtenir l'autorisation :
>
> – d'utiliser l'aide visuelle durant la présentation de votre preuve orale ;
>
> – de déposer l'aide visuelle comme preuve écrite en retard.
>
> Des renseignements sur la façon de déposer une requête sont fournis dans la section 10 de l'ordonnance d'audience.
>
> Vous devez déposer votre requête le plus tôt possible, afin que la commission ait le temps d'étudier votre requête, de prendre connaissance de votre aide visuelle et de rendre une décision. Trois scénarios sont possibles :
>
> – accepter votre aide visuelle comme preuve écrite en retard devant être déposée dans le registre public et autoriser sa présentation lors de l'audience communautaire ;
>
> – accepter votre aide visuelle comme preuve écrite en retard devant être déposée dans le registre public et ne pas autoriser sa présentation lors de l'audience communautaire ;
>
> – rejeter votre requête, si la preuve n'est pas pertinente aux décisions qu'elle doit rendre relativement au projet.

Par la suite, la commission a publié le Guide de procédure nº 6, lequel a remplacé les directives précédentes par les suivantes :

> [Traduction] Le recours à des aides visuelles n'est pas encouragé. Votre exposé de 10 minutes devrait servir à communiquer vos connaissances, vos opinions et vos préoccupations personnelles au sujet du projet ainsi que vos réflexions sur les décisions que la commission doit prendre. […]
>
> Au besoin, pour communiquer un message à la commission, vous pouvez utiliser des aides visuelles au cours de votre exposé, lesquelles peuvent être produites en version papier, comme des photographies, des graphiques, des cartes et d'autres documents. Vous devez aussi présenter une carte montrant le pipeline, les installations et les itinéraires de navigation maritime envisagés afin que vous puissiez vous y reporter durant votre exposé.
>
> Les aides visuelles en format électronique comme les présentations PowerPoint, les vidéos, les photos numériques, les enregistrements sonores ou les cartes ou d'autres supports ne sont pas autorisés.

Commentaires

Les exigences de dépôt actuelles de l'ONÉ semblent indiquer que celui-ci ne requiert ni n'encourage le recours à la preuve visuelle pour la plupart des examens d'ÉE. La raison d'une telle approche n'est pas clairement établie. Si l'on en croit l'évolution des guides de procédure adoptés dans le cadre de l'audience relative au projet Northern Gateway, il semble que celle-ci nous ramène aux principes judiciaires de présentation de la preuve décrits dans la partie 1 du présent chapitre. Dans un contexte judiciaire, ce genre de preuve visuelle est considéré comme une preuve sous forme d'opinion, laquelle est un genre exceptionnel de preuve réservée aux experts. Néanmoins, il convient de faire observer deux choses : d'une part, étant donné que la preuve est présentée à la commission et que celle-ci est un tribunal spécialisé, on se demande quel risque courrait la commission à assouplir les règles qui s'appliquent à la procédure judiciaire et aux procès par jury en particulier. D'autre part, si le fait de restreindre l'utilisation de la preuve visuelle par les experts est à la source de l'approche de la commission, pourquoi ne pas expliquer le problème soulevé par un tel genre de preuve et renseigner les participants sur la manière de présenter ce genre de preuve ? Dans l'ensemble, il ne semble pas qu'il s'agisse là du réel enjeu posé par la preuve visuelle aux yeux de l'ONÉ. Il convient plutôt de constater que compte tenu des guides de procédure de la commission et du Guide de dépôt de l'ONÉ, personne (y compris les experts) n'est invité à présenter de preuve visuelle. Il me semble que cette pratique est très malheureuse et une occasion manquée de réduire la paperasserie, d'accélérer l'examen et d'améliorer la compréhension du public.

Commissions fédérales d'évaluation environnementale

Principes juridiques

Les commissions fédérales d'ÉE sont établies en vertu de la LCEE de 2012. Ces commissions ont les pouvoirs d'une cour d'archives et peuvent assigner devant elles des témoins et ordonner la production de documents. Hormis cela, cependant, elles ne suivent pas un modèle d'audience judiciaire. Il existe une longue pratique consistant à offrir deux genres d'audiences : audiences communautaires et audiences générales[14] et aucune d'entre elles n'est quasi judiciaire[15].

La LCEE de 2012 comporte aussi plusieurs dispositions pertinentes en matière de présentation de la preuve aux commissions. Parmi ces dispositions figure une définition large du terme « document » qui englobe divers éléments d'information visuels[16]. La LCEE de 2012 prévoit aussi que le ministre de l'environnement fédéral dispose de pouvoirs larges pour établir des règlements généraux sur la procédure des commissions et fixer le mandat de chaque commission. De même, la LCEE de 2012 confère aux commissions un vaste pouvoir de mener l'évaluation environnementale, y compris les pouvoirs d'établir les exigences de présentation des documents ou autres pièces par les promoteurs et autres[17]. Dans le cadre de ces pouvoirs, les commissions ont établi des « procédures d'audience publique », souvent au terme d'un processus en deux étapes qui comprend la consultation du public sur un projet de procédure. Des directives récentes permettent aux participants de présenter « [TRADUCTION] des références et des données pertinentes » et prévoient des

14. Cette distinction provient des recommandations formulées par une commission dans le cadre de son examen du projet de raffinerie d'uranium Eldorado de 1980, laquelle avait cerné le besoin d'une procédure d'audience différente lui permettant de traiter les témoins techniques : voir l'Appendice II. Pour une recommandation similaire, voir aussi l'évaluation environnementale d'une commission du projet d'usine de pâte à papier de la société Alberta-Pacific de 1990, p. 80. À la suite de la recommandation de 1980, de nombreuses commissions d'évaluation environnementale ont tenu à la fois des séances communautaires et des séances générales, la preuve d'ordre technique ayant été présentée au cours de ces dernières. Plus récemment, des commissions d'évaluation environnementale ont tenu trois genres de séances dans le cadre de l'audience publique : des séances générales, communautaires et thématiques. Ce modèle ressort clairement des « *Public Hearing Procedures* » pour le projet d'énergie propre du site C (novembre 2013), p. 4, par 5.3 [en anglais seulement].
15. Elle peut le devenir lorsque l'audience est une audience conjointe à laquelle une autre autorité responsable ou instance participe et que 1) l'autre autorité responsable ou instance a le pouvoir de rendre l'audience quasi judiciaire et 2) le ministre de l'environnement fédéral donne son accord.
16. Voir le paragraphe 2(1) selon lequel le terme : « document » inclut toute correspondance, note, livre, plan, carte dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou tout élément d'information, quels que soient leur forme et leur support, et toute reproduction de ces éléments d'information.
17. Voir art 42 à 45.

dispositions expresses pour la présentation des « exposés » au moyen d'un « matériel audiovisuel[18] ».

Commentaires

Le régime de la LCEE de 2012 prévoit que les commissions ont certains pouvoirs judiciaires, mais en général c'est l'approche non judiciaire qui l'emporte. Les commissions mènent l'intégralité de la procédure et décident du format et de l'approche des audiences publiques et des questions aux témoins. Les commissions dans leurs procédures reconnaissent expressément les exposés visuels de tous les participants. Cependant, aucune directive n'encourage le recours à la preuve visuelle par les participants hormis les lignes directrices à l'intention des promoteurs évoqués ci-après.

Pratique actuelle des commissions d'ÉE

La pratique des commissions est de publier des lignes directrices détaillées aux promoteurs d'un projet particulier au moyen des lignes directrices pour la rédaction d'une étude d'impact environnemental (ÉIE). Le tableau suivant indique la preuve visuelle requise par la commission dans le cadre de la récente évaluation environnementale du projet de Jackpine réalisée en 2013.

TABLEAU 2.2.2.A : EXEMPLES DE LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'ÉIE EXIGEANT UNE PREUVE VISUELLE

Pages	Exigences de dépôt
2.2	[TRADUCTION] Zone du projet et zone d'étude […] c) une carte indiquant le lieu où toutes les activités d'aménagement existantes et proposées seront exercées ; d) une carte indiquant la zone que l'on envisage d'occuper sous l'angle des caractéristiques topographiques existantes, des cartes cantonales, des terres humides, des cours d'eau et des plans d'eau […] f) les cartes à l'échelle qui convient illustrant les limites et indiquant les zones d'étude locales et les zones d'étude régionales sélectionnées pour évaluer les impacts
2.3	Fournir un plan et/ou des dessins des activités et des éléments du projet
3.1.c	Fournir les cartes, graphiques, tableaux et autres illustrations qui conviennent pour repérer les éléments du projet, les conditions existantes et les répercussions d'ordre environnemental et socio-économique de l'aménagement.

18. Voir « *Public Hearing Procedures* » pour le projet d'énergie propre du site C, p. 5, 7, 10 à 11 et 13 [en anglais seulement].

TABLEAU 2.2.2.A : EXEMPLES DE LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'ÉIE EXIGEANT UNE PREUVE VISUELLE

Pages	Exigences de dépôt
4.2	Composantes du projet et sélection du site f) le lieu des éléments d'un plan d'aménagement du site et les étapes et le jalonnement proposés des éléments et les phases de l'aménagement. Fournir des cartes montrant : r) le lieu des installations et de l'infrastructure existantes et proposées du projet ; s) tous les baux de surface existants et les lieux déboisés et montrer comment ces zones seront utilisées dans le cadre des activités d'aménagement du projet ; t) tous les profils sismiques existants et les autres corridors linéaires (p. ex., pipeline, couloirs de services publics et réseaux de piégeage) ; u) les lieux des éléments de l'aménagement du projet par rapport aux éléments terrestres et aquatiques dont, notamment, les sols, la topographie, les plans d'eau, l'habitat de la faune, les cours d'eau et les terres humides ainsi que les zones utilisées à des fins traditionnelles par les peuples autochtones.
4.5	Services publics et transport […] b) fournir une carte montrant l'accès au projet par des moyens de transport à partir des autoroutes provinciales ;
5.2	Fournir des cartes des ressources à l'échelle qui convient et comprend les descriptions légales des terrains, la topographie et autres caractéristiques naturelles de la zone du projet et des autres zones d'étude.
5.4.1	Qualité de l'air […] f) la modélisation réalisée conformément aux lignes directrices de modélisation sur la qualité de l'air *(Air Quality Model Guideline)* du ministère de l'environnement de l'Alberta (mars 2003) ; g) en ce qui concerne la modélisation des dépôts acides, fournir des données de dépôt à partir des niveaux maximaux pour les zones situées dans l'isoplèthe d'apport potentiel d'acides (APA) de 0,25 keq/ha/an à 0,17/keq/ha/an ; inclure l'analyse des niveaux de dépôt de l'APA correspondant au cadre de gestion des dépôts d'acides de la CEMA[19] ;

19. Bien qu'aucune de ces deux exigences ne prescrive de preuve visuelle, elles sont incluses dans ce tableau parce qu'elles ne pourraient probablement pas être remplies sans la production d'une preuve visuelle.

TABLEAU 2.2.2.A : EXEMPLES DE LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'ÉIE EXIGEANT UNE PREUVE VISUELLE

Pages	Exigences de dépôt
5.5	Terres, accès aux terres publiques et conservation des ressources en granulats […] g) si et dans quelle mesure, l'aménagement est compatible avec l'utilisation du sol envisagée et les directives sur la gestion et la planification des ressources. Indiquer : i) les limites pertinentes à l'application des lignes directrices et des objectifs, y compris les zones de gestion, les sous-zones et la classification des écosystèmes pertinente y compris la cartographie des liens fonctionnels ; […] iii) les marges de recul proposées par rapport aux plans d'eau et aux cours d'eau compte tenu des lignes directrices applicables et des objectifs de gestion. Discuter des motifs présidant au choix de l'emplacement des installations envisagées eu égard aux marges de recul proposées ; h) les activités récréatives existantes et les incidences du projet sur ces activités ; i) toutes les sources de ressources en granulats sur lesquelles le projet aura une incidence ou dont le projet aura besoin, ou les deux, ainsi que leur quantité et qualité, et les mesures d'atténuation et de gestion visant la ressource qui sont envisagées. Fournir des cartes d'exploration montrant notamment le genre de ressource et leur profondeur ; […] i) toutes les sources de ressources en granulats sur lesquelles le projet aura une incidence ou dont le projet aura besoin, ou les deux, ainsi que leur quantité et qualité, et les mesures d'atténuation et de gestion visant la ressource qui sont envisagées. Fournir des cartes d'exploration montrant notamment le genre de ressource et leur profondeur ; […]
5.6.2	Géologie, sols, terrain […] b) la distribution des types de sol dans la zone d'étude en employant la procédure de prospection des sols qui est décrite dans le *Manuel de prospections pédologiques, Volume 1* (Agriculture Canada, 1987). Les cartes de prospection pédologiques doivent montrer les lieux approximatifs d'inspection des sols et d'échantillonnage correspondant aux niveaux d'intensité de prospection appropriés dans les zones d'empreinte […] f) les effets de la perturbation en surface sur les caractéristiques géologiques et les sols dont : i) le type et l'étendue des changements à la topographie avant la perturbation ; […] iii) une évaluation et des cartes du potentiel des terres avant et après la perturbation de la zone du projet et une description des changements aux catégories de potentiel des terres qui résulteront du projet.
5.6.3	Végétation Décrire et cartographier les communautés végétales dans les zones d'études de l'ÉIE. Cartographier l'empreinte de l'aménagement du projet à l'échelle de 1 :20 000.
5.6.4	Faune […] h) carte des changements à la fragmentation de l'habitat et à la possibilité d'isolement des parcelles de type habitat qui sont attendus du projet et des autres activités prévues à l'échelle locale et régionale ;

TABLEAU 2.2.2.A : EXEMPLES DE LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'ÉIE EXIGEANT UNE PREUVE VISUELLE

Pages	Exigences de dépôt
5.6.5	Eaux souterraines Décrire les caractéristiques de base des eaux souterraines et cartographier le régime des eaux souterraines dans la zone d'étude. Analyser : […] f) la possibilité de changement du régime des eaux souterraines et les effets de ces changements, notamment : […] i) un modèle numérique permettant d'obtenir une prévision des effets à long terme découlant du retrait/dénoyage ; analyser la validation du modèle. Fournir des détails (p. ex., emplacement, réalisation) sur tout réseau piézométrique utilisé pour calibrer le modèle ; […] l) cartes et coupes transversales incluant la surface hydrostatique et la surface piézométrique fondées sur des réseaux d'eau souterraine et des sources de données identifiables, comme les trous de forage ;

Par ailleurs, la commission n'a pas exigé de preuve visuelle pour la plupart des sujets de l'ÉIE. Un résumé des sujets n'exigeant pas de preuve visuelle est indiqué dans le tableau suivant.

TABLEAU 2.2.2.B – SUJETS POUR LESQUELS LES LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'UNE ÉIE DE 2013 N'EXIGEAIENT PAS DE PREUVE VISUELLE

Paragraphe	Exigence de dépôt
3.1	[Traduction] Résumé de l'ÉIE […] b) cerner les impacts environnementaux, culturels et socio-économiques du projet, y compris les effets régionaux, temporels et cumulatifs. Au besoin, l'importance des impacts devrait être expliquée en termes de direction, d'ampleur, de fréquence, de durée, de contraintes saisonnières, réversibilité, d'étendue géographique et d'incertitude. Lorsque c'est possible, les prévisions doivent être quantifiées.
4.0	Description du projet et plans de gestion Décrire les éléments du projet, l'infrastructure et les activités.
4.1	Solutions de rechange, dont les éléments principaux inclus et exclus ;
4.6	Alimentation en eau, gestion de l'eau et gestion des eaux usées
4.7	Gestion des émissions atmosphériques
4.8	Hydrocarbures, produits chimiques et gestion des déchets
4.10	Remise en état et fermeture

TABLEAU 2.2.2.B – SUJETS POUR LESQUELS LES LIGNES DIRECTRICES POUR LA RÉDACTION D'UNE ÉIE DE 2013 N'EXIGEAIENT PAS DE PREUVE VISUELLE

Paragraphe	Exigence de dépôt
5.0	Évaluation environnementale Définir les scénarios d'évaluation, notamment : a) un scénario de référence, qui décrit les conditions environnementales existantes, les projets ou activités existants ou approuvés ; b) un scénario d'application, qui comprend le scénario de référence plus le projet ; c) un scénario de développement prévu, qui comprend des études passées, les conditions environnementales futures existantes et prévues, les projets ou les activités existants et approuvés, plus les projets ou les activités prévus.
5.1	Besoins d'informations pour l'évaluation environnementale […] f) la preuve que les outils et méthodes de prévision appropriés ont été utilisés, conformes à ceux privilégiés par CEMA, RIWG, WBEA et RAMP et autres initiatives pertinentes, notamment la gestion intégrée des terres, pour obtenir des estimations quantitatives des conditions futures avec le plus haut degré de certitude possible ; g) une description du système employé pour classer et évaluer les effets liés au projet. Le système de classification doit comprendre les descriptions qualitatives et quantitatives des effets et, au besoin, indiquera la direction, l'ampleur, la fréquence, la durée, les contraintes saisonnières, la réversibilité, l'étendue géographique et l'incertitude (Document de référence concernant la LCEE à l'intention de l'autorité responsable). Le système d'évaluation classera les conséquences des effets résiduels mesurés de manière quantitative par rapport aux objectifs de gestion ou aux conditions de référence, et décrits de manière qualitative eu égard aux opinions du promoteur et des parties intéressées ;
5.3	Évaluation des effets cumulatifs sur l'environnement
5.4.2	Bruit
5.6.1	Biodiversité
5.6.6	Eaux de surface
5.6.7	Ressources aquatiques
7.0	Santé et sécurité publiques
8.0	Connaissances écologiques traditionnelles et utilisation du sol
9.0	Ressources historiques et évaluation de l'utilisation du sol
10.0	Facteurs socio-économiques

Commentaires

Cet examen des lignes directrices de la commission de 2013 sur la rédaction d'une ÉIE montre que les commissions peuvent être sensibles aux avantages que présente la preuve visuelle pour traiter les sujets clés. Cependant, même dans cet exemple, les nombreuses exigences en matière de preuve visuelle étaient loin d'égaler la majorité des sujets obligatoires énoncés dans les lignes directrices sur la rédaction de l'ÉIE. Comparées à cette page et demie

d'exigences visant la preuve visuelle, les lignes directrices sur la rédaction de l'ÉIE font au total 27 pages d'exigences détaillées visant l'ÉIE.

On ne sait pas pourquoi les commissions d'ÉE fédérales ne mettent pas davantage l'accent sur la preuve visuelle. À l'instar de l'ONÉ, les commissions reçoivent des documents de plus en plus longs, sont soumises à des délais de plus en plus serrés et le public porte un intérêt grandissant à ses instances. La preuve visuelle est une occasion d'améliorer le processus de l'ÉE à ces trois égards.

CONCEPTS CLÉS DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE FÉDÉRALE

Pour examiner en quoi la preuve visuelle peut aider l'évaluation environnementale, quatre concepts centraux de l'évaluation environnementale sont examinés dans cette partie. Il s'agit : 1) de l'écosystème ; 2) des « effets environnementaux négatifs importants », 3) des « effets cumulatifs » et 4) des « solutions de rechange[20] » de réalisation d'un projet. Ces quatre concepts font partie intégrante de la LCEE de 2012. Ils étaient aussi présents dans la législation précédente, la LCEE de 1992. Il est important de faire observer qu'ils font aussi partie de la pratique de l'ÉE fédérale depuis la fin des années 1970[21].

Nous examinerons tout d'abord l'idée sous-jacente à chaque concept, en particulier sous le régime de la LCEE de 2012. Ensuite, nous nous pencherons sur la question de savoir si la preuve visuelle peut faciliter notre compréhension de la manière dont ces concepts s'appliquent à des projets particuliers et dans l'affirmative, comment.

Examen des concepts clés d'une ÉE

Écosystème

Ce concept n'est pas expressément énoncé dans la LCEE de 2012, mais il ressort toutefois implicitement de la définition du terme « environnement » (art 2) :

> « environnement » Ensemble des conditions et des éléments naturels de la Terre, notamment :

20. Soit « les solutions de rechange réalisables » énoncées au par 19(1) de la LCEE de 2012. Ce concept est aussi souvent cité de façon générale comme les « autres façons possibles » : voir la *Loi sur les évaluations environnementales* de l'Ontario, par 6(2).
21. Voir, par exemple, le rapport de la commission de 1978 sur le projet d'autoroute de Shakwak et ses références aux 1) « *alternative routes* » (itinéraires de rechange), p. 16, 2) « *cumulative environmental effects* » (effets environnementaux cumulatifs) à la page 12 et 3) « *significant adverse environmental impacts* », (effets environnementaux négatifs importants). p. 9. Pour une référence au terme « *ecosystem* » (écosystème), voir le rapport de la commission sur le projet de Port Granby, p. 60.

a) le sol, l'eau et l'air, y compris toutes les couches de l'atmosphère ;

b) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants ;

c) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) et b).

Cette définition faisait aussi partie de la LCEE de 1992. De nos jours, toutefois, l'écosystème mérite davantage d'attention dans la LCEE de 2012 en raison de l'acception des effets environnementaux qui fait l'objet de l'article 5. Le tableau suivant résume cette disposition.

TABLEAU 3.1.1 : CATÉGORIES DE TOUS LES EFFETS ENVIRONNEMENTAUX EXPRESSÉMENT MENTIONNÉS À L'ART 5 DE LA LCEE DE 2012

Nº	Paragraphe	Alinéa	Type d'effet
(1)	5(1)	a)	(i) un changement qui risque d'être causé aux poissons et à leur habitat
(2)		a)	(ii) un changement qui risque d'être causé aux espèces aquatiques en péril
(3)		a)	(iii) un changement qui risque d'être causé aux oiseaux migrateurs
(4)		b)	(i) un changement qui risque d'être causé à l'environnement sur le territoire domanial
(5)		b)	(ii) un changement qui risque d'être causé à l'environnement d'un côté et de l'autre de la frontière avec une province
(6)		b)	(iii) un changement qui risque d'être causé à l'environnement d'un côté et de l'autre de la frontière avec un pays étranger
(7)		c)	(i) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions des changements qui risquent d'être causés à l'environnement en matière sanitaire et socio-économique
(8)		c)	(ii) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions des changements qui risquent d'être causés à l'environnement sur le patrimoine naturel ou le patrimoine culturel
(9)		c)	(iii) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions des changements qui risquent d'être causés à l'environnement sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles
(10)		c)	(iv) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions des changements qui risquent d'être causés à l'environnement sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan culturel
(11)	5(2)	a)	D'autres changements à l'environnement qui sont directement liés ou nécessairement accessoires aux attributions que l'autorité fédérale doit exercer pour permettre la réalisation du projet désigné
(12)		b)	(i) Les répercussions des changements à l'environnement sur les plans sanitaire et socio-économique
(13)			(ii) Les répercussions des changements à l'environnement sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel

TABLEAU 3.1.1 : CATÉGORIES DE TOUS LES EFFETS ENVIRONNEMENTAUX EXPRESSÉMENT MENTIONNÉS À L'ART 5 DE LA LCEE DE 2012

(14)			(iii) Les répercussions des changements à l'environnement sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan culturel

Effets environnementaux négatifs importants (EEN)

Ce concept figure à des endroits clés dans la LCEE de 2012 dont son préambule, son objet (art 4), les facteurs d'évaluation (art 19), les critères de prise de décisions (art 52), et les critères des décisions (art 67 à 69).

Un Guide de référence de 1994 rédigé par le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (le BFEÉE) existant à l'époque, fournit les principales directives du gouvernement sur le sujet[22]. Il prévient que plusieurs « critères » doivent être pris en compte pour décider si un effet environnemental négatif doit être considéré comme « important », à savoir : ampleur, étendue géographique, durée, fréquence, réversibilité et contexte écologique. Par ailleurs, le guide indique aussi que la méthode la plus couramment employée pour déterminer si les effets environnementaux négatifs sont importants consiste à utiliser des « normes, directives ou objectifs environnementaux » : si un effet dépasse une norme, il peut voir une grande importance.

De nombreuses commissions d'ÉE fédérales ont tenu compte de ce guide de référence sur la question du caractère important des effets. La commission dans son rapport de 2013 sur le projet Jackpine, a fait l'utilisation la plus détaillée du guide de référence. L'attention au détail dont la commission a fait preuve dans la méthode qu'elle a suivie est illustrée par le passage suivant :

> [652] Pour déterminer l'importance des effets du projet sur les milieux humides dans la ZEL, la commission a appliqué comme suit les critères fournis dans le guide de l'Agence intitulé *Déterminer la probabilité des effets environnementaux négatifs importants d'un projet* (novembre 1994) :
>
> - La perte de milieux humides dans la ZEL est *probable* – la végétation sera éliminée dans l'empreinte du projet, et le paysage après remise en état sera différent de celui existant dans la situation de référence.
> - L'ampleur des effets sera élevée – étant donné la perte de 10 000 ha de milieux humides, dont 85 pour cent sont des tourbières qui ne peuvent être remises en état.

22. Voir Document de référence : *Déterminer la probabilité des effets environnementaux négatifs importants d'un projet*, Ottawa, BFEÉE, 1994.

- L'étendue géographique des effets est *régionale* – étant donné que la tourbière lenticulaire présente dans la ZEL est la seule tourbière de ce type dans la ZER. De plus, les effets du rabattement de la nappe d'eau souterraine dus au projet se feront sentir au-delà de la ZEL, tout comme les effets potentiels sur l'écosystème général de la région des sables bitumineux, comme l'accroissement du risque d'incendie de forêt et la perte d'habitat pour les espèces sauvages qui se déplacent à la grandeur de la ZER.
- Les effets sont à *long terme* – étant donné que la période requise pour que les milieux humides retrouvent leur biodiversité et leur fonctionnement d'origine est de plus de 80 ans, et qu'il n'a pas été démontré que la remise en état des tourbières était possible dans le cas des projets d'exploitation des sables bitumineux.
- Les effets sont *largement irréversibles* – étant donné que rien n'indique que les tourbières peuvent être adéquatement remises en état.
- Le contexte écologique de la région des sables bitumineux où le projet est prévu a déjà été affecté par des activités humaines, et certains milieux humides sont particulièrement vulnérables du fait qu'ils ne peuvent être remis en état (p. ex. la tourbière lenticulaire). L'empreinte du projet est immédiatement adjacente à d'autres mines de sables bitumineux existantes ou approuvées (p. ex. le projet de la rivière Muskeg de Shell, la mine Aurora nord de Syncrude et la mine Kearl de l'Impériale).

[653] Vu l'analyse précédente, la perte de plus de 20 pour cent de la ressource de milieux humides, l'incapacité de remettre en état les tourbières et les effets sur des espèces en péril et des oiseaux migrateurs (question traitée à la section du présent rapport intitulée « Effets sur les espèces sauvages et leur habitat »), la commission conclut que le projet aura un effet négatif important sur les milieux humides (plus précisément les tourbières) dans la ZEL[23].

Effets environnementaux cumulatifs

Ce sujet est abordé à deux endroits clés dans la LCEE de 2012 : son objet (art 4) et les facteurs d'évaluation (art 19). Le paragraphe 19 (1) prévient qu'une évaluation environnementale doit tenir compte :

> [D]es effets environnementaux du projet […] et [d]es effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement ;

Le rapport de la commission sur le projet Jackpine de 2013 aborde également ce sujet à de nombreux égards. Toujours sur le sujet des terres humides susmentionné, la méthode employée par la commission pour évaluer l'importance des effets cumulatifs est illustrée dans le passage suivant :

---

23. Voir Rapport de la commission d'examen conjoint, *Shell Canada Énergie*, Projet d'expansion de la mine Jackpine (9 juillet 2013).

[682] Pour déterminer l'importance des effets cumulatifs sur les milieux humides dans le scénario du dossier de demande et dans le scénario de développement futur, la commission a appliqué comme suit les critères fournis dans le guide de l'Agence intitulé *Déterminer la probabilité des effets environnementaux négatifs importants d'un* projet (novembre 1994) :

- La perte de milieux humides dans la ZER est *probable* – la végétation sera éliminée dans l'empreinte du projet (et dans celle de nombreux autres projets), d'où une perte permanente de tourbières étant donné que rien n'indique actuellement que ces dernières peuvent être remises en état.
- L'ampleur des effets cumulatifs sera élevée – étant donné la perte de tourbières s'élevant à 126 531 ha et à 185 872 ha (1 265 km^2 et 1 859 km^2) dans le scénario du dossier de demande et le scénario de développement futur, respectivement.
- L'étendue géographique des effets cumulatifs est *régionale* – c'est-à-dire qu'ils se feront sentir à l'échelle de la ZER.
- Les effets cumulatifs sont à *long terme* – étant donné que la période requise pour remettre en état les milieux humides est de plus de 80 ans, et que la possibilité de remettre en état les tourbières touchées par les projets d'exploitation des sables bitumineux n'est pas encore démontrée.
- Les effets cumulatifs sont *largement irréversibles* – étant donné que rien n'indique à ce jour que les tourbières peuvent être remises en état.
- Le contexte écologique de la région des sables bitumineux où le projet est prévu a déjà été affecté par des activités humaines, et consiste en un paysage dominé par des milieux humides présentant des communautés végétales uniques particulièrement vulnérables au développement (c'est-à-dire qui ne peuvent être remises en état).

[683] Vu les points précédents, l'immensité de la ZER, l'incertitude entourant les prévisions de Shell, le fait qu'aucune mesure présentant une efficacité démontrée n'ait été proposée pour atténuer la perte de tourbières, les changements prévus du paysage qui feraient que ce dernier se trouverait dominé par des écosystèmes secs de terrain élevé, et les effets cumulatifs sur des espèces en péril et des oiseaux migrateurs, traités plus à fond à la section « Effets sur les espèces sauvages et leur habitat », la commission conclut qu'il y aura des effets cumulatifs négatifs importants sur les milieux humides (plus précisément sur les tourbières) dans la ZER. La commission note que les pertes cumulatives de 12 pour cent et de 18 pour cent dans la situation de référence et le scénario de développement futur, respectivement, sont inférieures au seuil de 20 pour cent à partir duquel elle juge un effet important, mais elle souligne que si Shell avait choisi une ZER plus petite ou pris en compte dans son évaluation le niveau d'incertitude entourant ses prévisions, points traités à la section « Méthodes utilisées pour évaluer les effets sur les ressources terrestres », la proportion évaluée de milieux humides perdus dans la ZER aurait été de plus de 20 pour cent.

Solutions de rechange (pour la réalisation d'un projet)

Ce concept figure à l'article 19 de la LCEE de 2012. La LCEE de 2012 exige qu'une évaluation environnementale tienne compte :

> g) [d]es solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux ;

Ce concept n'est pas unique au domaine de l'évaluation environnementale[24], mais il semble que ce soit à cet égard qu'il a attiré l'attention la plus grande. Comme exemples de solutions de rechange employées pour réaliser un projet, on peut citer des itinéraires ou tracés, des sites et des concepts de projets de rechange. Le principe général sous-tendant ce concept est que, lorsqu'un projet est susceptible d'avoir des effets négatifs sur l'environnement, il convient de vérifier que l'emplacement choisi ou la conception du projet évite ces effets ou les minimise en contournant certaines caractéristiques écologiquement vulnérables ou en minimisant les effets sur ces caractéristiques.

Le processus suivi pour cerner et évaluer les solutions de rechange est souvent réducteur et comprend plusieurs étapes allant du général au particulier. Par exemple, envisager de construire un nouveau corridor comme une nouvelle autoroute (ou une ligne de transmission), le processus peut partir de l'étape 1 par l'application de tous les critères de sélection préalable applicables pour repérer toutes les zones que l'autoroute proposée doit éviter ; l'étape 2 consiste à repérer les zones restantes de celles qui sont suffisamment reliées pour définir des corridors d'autoroute de rechange ; l'étape 3 consiste à appliquer des critères comparatifs aux divers corridors pour définir le corridor ayant l'impact le moins élevé dans l'ensemble. Il se peut qu'il y ait aussi les étapes 4 et 5 pour aller plus en détail et repérer les autres tracés possibles dans le corridor et choisir le tracé précis ayant le moins d'impact possible.

Examen des concepts clés de l'ÉE en vue d'une présentation visuelle possible

Présentation visuelle de l'écosystème

À la fin des années 1970, les administrateurs et les organismes de réglementation œuvrant dans le domaine de l'ÉE ont été saisis des questions de l'excès de documentation et de la non-pertinence des sujets traités. Pour répondre à ces préoccupations, le Council on Environmental Quality des

---

24. L'examen des solutions de rechange fait partie du droit canadien de l'expropriation : voir, par exemple, le par 14(1) de la loi de Colombie-Britannique intitulée *Expropriation Act* ; et *Re Karn*, 1977 CanLII 1035, interprétant l'art 7 de la *Loi sur l'expropriation* de l'*Ontario* et la phrase, « juste, bien fondée et raisonnablement nécessaire ». Cet examen est également prévu dans la *Loi sur les espèces en péril* fédérale, par exemple à l'art 73 concernant l'autorisation d'exercer une activité touchant une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus.

États-Unis a pris des règlements en 1978 visant à cibler l'ÉE exigée aux termes de la loi américaine intitulée *National Environmental Policy Act* de 1969 (NEPA). Ces règlements du CEQ ont formellement intégré le terme de « scoping » au sens de cadrage dans la législation sur l'évaluation environnementale[25]. De même, au Canada, les administrateurs fédéraux du processus d'ÉE ont cherché à se pencher sur les effets les plus pertinents. Au début des années 1980, sous le régime du processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (PÉEE), le BFEÉE a ordonné une étude détaillée qui a débouché sur la publication en 1983 de l'ouvrage intitulé *Un cadre écologique pour l'évaluation environnementale au Canada* par G.E. Beanlands et P.W. Duinker. Ce cadre a introduit la notion de « composante valorisée de l'écosystème » (CVE) dans le processus d'évaluation environnementale fédéral.

Le cadrage écologique commence par l'examen de ce qui est important dans l'environnement. Les caractéristiques environnementales importantes deviennent les CVE. La prochaine étape consiste à conceptualiser la manière dont le projet pourrait toucher une CVE. Cette étape amène à utiliser les composantes pertinentes de l'écosystème pour formuler en premier lieu, un tableau des interactions du projet avec l'environnement et en second lieu, un modèle conceptuel de l'ensemble de la structure de l'écosystème et des voies critiques possibles aux fins du changement du projet pour tenir compte des CVE au sein de l'écosystème. Ce modèle de voies critiques guide ensuite les étapes ultérieures de l'ÉE, notamment les études d'ÉE pertinentes.

Une commission d'examen des années 1990 a constaté la nécessité d'effectuer une analyse des voies critiques pour réaliser un graphique du cheminement des contaminants radiologiques, comme suit :

> [Traduction] Une troisième méthode, qui a fait l'objet d'intenses discussions aux audiences, était celle de l'analyse des voies critiques. Elle consiste à utiliser des études de terrain et des modèles informatiques pour examiner le cheminement des contaminants tout au long de la chaîne alimentaire. Les analyses des voies critiques ont été utilisées tant par le promoteur que par la CCSN pour démontrer que l'impact radiologique de l'aménagement accru au lac Rabbit serait acceptable. La commission a reçu de l'information sur les études de terrain des voies critiques du plomb et du polonium dans le lichen, le caribou et le loup, qui montre la valeur concrète et l'utilité de cette méthode. Environnement Canada a recommandé que le promoteur réalise des analyses des voies critiques sur le radionucléide pour les chaînes alimentaires en milieu aquatique et en milieu terrestre à l'échelle locale en plus des analyses déjà menées sur les chaînes alimentaires à l'échelle régionale. Les résultats des analyses des voies critiques pourraient servir à cerner les zones dont le milieu doit être surveillé. La commission conclut qu'une analyse des voies critiques

25. Voir Règlements du CEQ, *supra* note 1, art 1501.7 « *Scoping* », et art 1508.25 « *Scope* ». Voir aussi, *Memorandum : Scoping Guidance* (CEQ, 30 avril 1981).

fondée sur des données de terrain est nécessaire afin de lui permettre de mieux saisir le cheminement des métaux lourds et des contaminants déchargés dans l'environnement[26].

La LCEE de 2012 exige qu'une attention nouvelle soit accordée à l'analyse des voies critiques. En réduisant le monde biophysique à des composantes particulières de l'« environnement », la LCEE de 2012 a établi les points extrêmes particuliers de l'analyse des voies critiques. En remontant à partir de ces points extrêmes, la LCEE de 2012 a aussi réduit les changements à l'environnement découlant du projet aux points extrêmes qui méritent d'être examinés.

TABLEAU 3.2.1 : CADRE D'UNE PRÉSENTATION VISUELLE DU PAR 5(1) DE LA LCEE DE 2012

Projet	Effet environnemental	Caractéristiques énoncées
COL. 1	COL. 2	COL. 3
Activités physiques	air (qualité de l'air, bruit)	(a.i) poissons et leur habitat
	eaux (qualité/quantité)	(a.ii) espèces aquatiques en péril
	terres (sols, stabilité)	(a.iii) oiseaux migrateurs
	systèmes naturels (terres humides, forêts, pâturages	(b.i) territoire domanial
		(b.ii) dans une province autre
		(b.iii) à l'étranger
		(c) peuples autochtones
		(c.i) en matière sanitaire,
		(c.i) en matière socio-économique
		(c.ii) patrimoine naturel et patrimoine culturel
		(c.iii) usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles
		(c.iv) construction, emplacement ou chose d'importance sur le plan culturel

Cette présentation visuelle du par 5 (1)[27] n'est que préliminaire. Elle soulève, sans les résoudre, d'importantes questions juridiques. Par exemple, pour chaque caractéristique énoncée à la colonne 3, en l'absence de cadrage, une ÉE doit-elle tenir compte de tous les changements possibles énumérés à la colonne 2 qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur cette caractéristique ? En revanche, il est possible que le tableau passe à côté d'un détail juridique important en ce qu'il ne permet pas d'aborder les différents libellés du par 5 (1), notamment la mention de « changements » aux caractéristiques énoncées en

26. Voir l'ouvrage du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEÉE), *Rabbit Lake Uranium Mining : A-Zone, D-Zone, Eagle Point*, Ottawa, BFEÉE, 1993, p. 19.
27. Le traitement par voie de preuve visuelle du par 5(2) soulève d'autres défis.

(a.i) à (b.iii) par opposition à celle des « répercussions […] des changements » aux caractéristiques énoncées en (c.i) à (c.iv). Au fil du temps, il semble probable que des réponses à ces questions seront trouvées et qu'ainsi, il sera possible d'obtenir une visualisation plus définitive de la méthode des effets environnementaux prévue à l'article 5.

Présentation visuelle de l'importance des effets

Jusqu'à ce jour, les discussions figurant dans les rapports des commissions sur les effets environnementaux négatifs importants semblent peu prolixes et pèchent par un manque de traçabilité. Les extraits de la décision de *Jackpine* de 2013 reproduits précédemment constituent un écart important de la pratique courante dans la mesure où la commission essaie d'envisager chacun des critères recommandés pour déterminer l'importance des effets.

La question clé à ce stade est de savoir si les divers critères de détermination de l'importance des effets peuvent être représentés visuellement. La réponse est affirmative comme l'indique le texte qui suit :

(1) Étendue géographique : elle peut être représentée visuellement comme une « zone d'impact » qui part de la zone même du projet ;

(2) Contexte écologique : il peut être représenté visuellement en délimitant la limite externe d'une caractéristique écologique située près d'un projet ;

(3) Ampleur : elle peut être représentée visuellement en établissant la gradation des effets à l'intérieur d'une zone d'impact ;

(4) Durée : elle peut être représentée visuellement en mettant l'accent sur les effets à long terme par rapport aux effets à court terme ;

(5) Fréquence : elle peut être représentée visuellement en mettant l'accent visuellement sur les effets continus par rapport aux effets discontinus et peu fréquents ;

(6) Degré de réversibilité : il peut être représenté visuellement en mettant l'accent sur les effets irréversibles par rapport aux effets réversibles.

TABLEAU 3.2.2 : INDICATEURS D'IMPORTANCE ET POSSIBILITÉ DE PRÉSENTER CES INDICATEURS VISUELLEMENT

Indicateurs d'importance	Guide de référence du BFEÉE (1994)	Guide de dépôt de l'ONÉ à la p. 4A-42	Énoncés dans les lignes directrices pour la rédaction d'une ÉIE pour le projet de Jackpine	Susceptibles d'être présentés visuellement (Oui/Non)
Étendue géographique	Oui	Oui	Oui	Oui
Contexte écologique	Oui	Oui	Oui	Oui
Ampleur	Oui	Oui	Oui	Oui
Durée	Oui	Oui	Oui	Oui
Fréquence	Oui	Oui	Oui	Oui
Réversibilité	Oui	Oui	Oui	Oui

Présentation visuelle des effets environnementaux cumulatifs

En vertu de la LCEE de 1992 et de la LCEE de 2012, le fondement conceptuel de l'évaluation des effets cumulatifs est le même que celui de l'évaluation des effets environnementaux négatifs importants. Il suffit d'appliquer la méthode utilisée pour évaluer un seul projet ou une activité à tous les projets situés dans la zone d'étude. Par conséquent, il est possible d'aborder la question des effets environnementaux cumulatifs, ou plus précisément des « effets environnementaux importants cumulatifs » sur le plan visuel en employant les mêmes outils que ceux employés pour traiter les EEN à titre individuel.

Dans le même ordre d'idée, la représentation visuelle des effets cumulatifs ne devrait pas nécessiter de collecte des données supplémentaires compte tenu des pratiques existantes de collecte des données. Il est certain que les meilleures données sont quantitatives, mais cette exigence existe dans les lignes directrices de rédaction des ÉIE actuelles (p. ex., *Jackpine*) ; il ne s'agit pas d'une exigence nouvelle. Ainsi, si l'on dispose de données sur les autres projets, qui sont nécessaires pour évaluer l'importance de leurs effets, on devrait aussi disposer des données pour représenter ces effets visuellement.

Pour évaluer les effets cumulatifs, il faut simplement disposer de données sur divers projets et activités et pas seulement sur le projet proposé.

Présentation visuelle des solutions de rechange

La présentation visuelle des solutions de rechange pour la réalisation du projet constitue l'une des toutes premières pratiques en matière d'évaluation environnementale. Le livre de Ian McHarg, *Design with Nature* (1969), est un

ouvrage classique sur le sujet. La présentation visuelle de ce processus de planification et juridique est souvent appelée processus de « sélection de l'emplacement » ou de « sélection du tracé ». L'idée sous-jacente à ces processus est qu'en appliquant divers critères de cartographie à une zone d'étude, il est possible d'obtenir la gamme des solutions de rechange possibles pour un nouvel emplacement ou un nouveau tracé afin d'en dégager l'option à privilégier. Les deux types de critères sont : 1) les critères de sélection préalable et 2) les critères de comparaison.

Les critères de sélection préalable sont appliqués pour écarter ou éliminer des terres de l'examen. Par exemple, un critère de sélection préalable courant pour un nouveau tracé comme une autoroute est d'« écarter les zones bâties ». Ainsi, les terres situées dans une zone bâtie sont écartées et éliminées. La raison d'être d'un tel critère de sélection préalable est que l'impact est « inacceptable ». La zone ainsi écartée est une zone « intouchable ».

Les critères de comparaison sont appliqués pour comparer des options et cerner les meilleures et les pires solutions. Ainsi, ils visent un genre d'impact différent. Ils visent les effets qui sont négatifs sans être inacceptables. Par exemple, un critère comparatif courant consiste à « comparer l'étendue (en hectares) de l'habitat écologiquement sensible situé sur l'emplacement ou le tracé envisagé ou dans un périmètre de 120 mètres de celui-ci ». L'idée sous-tendant un critère de comparaison est de minimiser l'étendue de l'effet négatif. Bien qu'un critère comparatif privilégiera une option qui n'a pas d'impact (p. ex., aucun habitat écologiquement sensible), il préférera aussi une solution dont l'impact comparatif est plus faible. Ainsi, avec un critère comparatif, la meilleure solution est celle qui n'a pas d'impact. Toutefois, il existera aussi d'autres solutions de rechange qui ont chacune certains effets. Le critère de comparaison privilégie la solution ayant l'effet le plus faible.

Il est évident que cet examen des critères utilisés pour le choix d'un emplacement ou d'un tracé que les critères sont sélectionnés en fonction du genre d'effets importants qu'ils ont aux fins de l'étude. Il est aussi évident que pour appliquer l'un quelconque de ces critères avec exactitude, il faut disposer de bonnes données de cartographie.

La LCEE de 1992 a modifié substantiellement le fondement juridique du choix de l'emplacement ou du tracé dans le cadre de l'ÉE fédérale. Le premier changement important a consisté à éliminer la référence à un effet « inacceptable ». Dans un sens, la LCEE de 1992 a remplacé ce terme par un concept analogue : des « effets environnementaux négatifs importants qui ne peuvent être justifiés […] ». Toutefois, ce changement ne saurait être réduit à un simple changement de terme, il était aussi un changement de processus majeur. Alors que sous les régimes précédents, une évaluation était en mesure de cerner et de

déterminer un effet inacceptable, la LCEE de 1992 prévoyait que seul le cabinet fédéral pouvait décider si un effet important était ou n'était pas justifié. Ensuite, sous le régime de la LCEE de 1992, l'intervention du cabinet qui y était prévue était limitée : elle se situait uniquement à la fin du processus d'évaluation environnementale. Ces changements ont eu pour conséquence que le processus de sélection d'un emplacement ou d'un tracé ne pouvait pas établir une distinction claire entre un effet « inacceptable » et un effet « important ». Au lieu de cela, si l'on voulait éviter l'incertitude inhérente à l'appel au cabinet à la fin de l'évaluation environnementale, il fallait traiter l'effet « important » comme un critère de sélection préalable et ainsi écarter des terres sur lesquelles le projet pouvait avoir des effets environnementaux négatifs importants.

Le second changement a consisté à centrer le processus décisionnel de la LCEE autour de l'évitement d'effets environnementaux négatifs importants, plutôt qu'autour de l'atténuation des effets environnementaux négatifs. Le résultat de ce changement est énoncé dans la décision de la Cour d'appel fédérale sur la question de savoir si une évaluation était nécessaire pour privilégier la mesure de rechange ayant l'effet environnemental négatif le moins important. La Cour a répondu ce qui suit :

> [49] Le plus général des arguments de l'appelante est une contestation implicite de l'emploi de n'importe quel niveau de signification pour les effets de radiation. L'appelante évoque le principe appelé ALARA (« *As Low As Reasonably Achievable* », c'est-à-dire aussi bas qu'il est raisonnablement possible), en soutenant que le seul modèle adéquat pour le projet était le modèle qui entraînait le moindre effet environnemental, à un coût raisonnable. Aux fins de l'argument dont nous sommes saisis, ce principe dit que le modèle de référence était le choix légitime puisque ses effets seraient moindres que celui du modèle final et qu'ils pouvaient être atteints à un coût raisonnable.
>
> [50] L'appelante affirme que l'esprit du principe ALARA est intégré dans l'alinéa 16(2)(b) de la Loi, qui requiert qu'une étude approfondie porte également sur les solutions de rechange réalisables, sur les plans technique et économique, et sur leurs effets environnementaux. Il ne fait aucun doute que cette disposition impose la prise en compte de solutions de rechange au regard des coûts et au regard des répercussions environnementales. Cependant, je suis certain également qu'elle ne va pas jusqu'à exiger que la solution de rechange présentant les moindres répercussions environnementales soit retenue. Affirmer le contraire serait aller à l'encontre de l'économie du texte législatif. Ce que fait la Loi, c'est d'exiger que la solution retenue ne soit pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs préjudiciables, avant de pouvoir être appliquée[28].

28. Voir *Inverhuron & District Ratepayers' Assn* c *Canada (Minister of the Environment)*, 2001 CAF 203 (CFA).

La Cour n'était pas non plus convaincue que la LCEE de 1992 exigeait que toutes les solutions de rechange soient soumises au même degré d'étude que la solution à privilégier :

> [58] Il est vrai que les solutions qui ont été adoptées dans le modèle final n'ont pas été soumises aux mêmes calculs radiologiques détaillés que le modèle de référence […]
>
> [60] Même si je devais accepter les allégations de l'appelante, il est clair que les doses effectives prédites causées par le modèle final seraient encore bien inférieures à la fois, au seuil de signification indiqué dans le rapport et à la limite réglementaire courante de 1 000 µSv par année. Dans ces conditions, je ne crois pas que la ministre ou l'un quelconque des organismes qui la conseillent était tenu de procéder à une autre analyse. Les comparaisons dont fait état le rapport d'étude approfondie donnaient bien à la ministre un fondement rationnel l'autorisant à conclure que le projet n'était pas susceptible d'entraîner des effets radiologiques négatifs importants. (Références omises)[29]

Le libellé de la LCEE de 2012 reprend essentiellement celui de la LCEE de 1992 sur ce point. Par conséquent, ces conclusions sur l'analyse des solutions de rechange s'appliquent probablement de nos jours.

La conséquence de ces deux changements est importante pour les processus de sélection de l'emplacement ou du tracé dans le cadre d'une ÉE fédérale, donc sous le régime de la LCEE de 2012. D'une part, pour éviter l'incertitude d'un appel au cabinet, il semble prudent d'essayer d'écarter des terres sur lesquelles le projet est susceptible d'avoir des effets environnementaux négatifs importants. Si c'est possible, cela ferait en sorte qu'un processus de sélection d'un emplacement ou d'un tracé consisterait à comparer des options qui ne sont pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants. D'autre part, la LCEE de 2012 n'exige aucunement de tenir compte d'un effet dont il n'est pas probable qu'il soit un effet environnemental négatif important. Ainsi, il n'y a aucune raison juridique de consacrer du temps à cerner et à comparer des effets moins importants. Le scénario rendant nécessaire un processus de sélection d'un emplacement ou d'un tracé sous le régime de la LCEE de 2012 est celui dans le cadre duquel chaque solution de rechange est susceptible de causer un effet environnemental négatif important. Dans un tel cas, il semblerait pertinent de choisir la solution de rechange dont les effets environnementaux négatifs importants sont les moins nombreux ou dont l'effet environnemental négatif est moindre dans l'ensemble.

29. *Ibid.*

CONCLUSION

Il reste encore beaucoup à faire pour améliorer la présentation de la preuve en matière d'environnement qui est produite devant les tribunaux spécialisés. Le présent chapitre le démontre à l'aide de l'exemple des évaluations environnementales fédérales. L'ÉE fédérale est maintenant réalisée par plusieurs tribunaux spécialisés, en particulier aux termes des dispositions de la LCEE de 2012.

Même si dans certains contextes judiciaires, la preuve visuelle est susceptible de faussement présenter les éléments de preuve ou d'être mal comprise, ce risque n'existe pas pour les tribunaux spécialisés ayant à traiter d'une évaluation environnementale.

La preuve visuelle présente l'avantage de réduire de façon considérable la paperasserie, d'accélérer l'examen et d'améliorer la compréhension du public des évaluations environnementales.

Chapitre 49

Le privilège dans le contexte d'application des lois environnementales

Erin Eacott[1]

PRIVILÈGE 101 – SON OBJET

Il existe une règle de base concernant la divulgation des preuves, tant dans les affaires pénales que civiles. Dans les affaires pénales, la règle veut qu'un accusé ait le droit de consulter tous les renseignements pertinents concernant la poursuite afin de bénéficier d'une défense pleine et entière. En matière civile, l'axiome veut que l'ensemble de la preuve soit mis à la disposition des parties au litige.

Le privilège constitue une exception à ces règles, car il empêche la communication d'éléments de preuve pertinents. Les tribunaux ont déjà appliqué la notion de privilège dans certaines situations où la divulgation d'information causerait un préjudice grave à quelqu'un, qu'elle nuirait à la saine administration de la justice ou qu'elle serait contraire à l'intérêt public. Du point de vue de la Couronne, ce sont des situations où le besoin de protéger l'information l'emporte sur les droits de l'accusé à une défense pleine et entière.

---

1. Procureure de la Couronne, Service des poursuites pénales du Canada, équipe des crimes économiques et réglementaires, Edmonton (Alberta). Toutes les opinions exprimées dans le présent chapitre constituent uniquement l'opinion de l'auteure. Elles ne représentent en aucun cas le point de vue, la politique ou l'opinion du Procureur général du Canada, du directeur des poursuites pénales ou du Service des poursuites pénales du Canada.

TYPES DE PRIVILÈGES DANS LE CONTEXTE D'APPLICATION DES LOIS ENVIRONNEMENTALES

Le présent chapitre traite des principaux types de privilèges rencontrés dans l'application des lois environnementales, c'est-à-dire :

- le privilège de l'informateur ;
- les techniques d'enquête ;
- les enquêtes en cours ;
- le droit à la vie privée de tiers (qui ne constitue pas un privilège) ;
- le privilège lié à l'intérêt national ;
- les renseignements confidentiels du Cabinet ;
- le secret professionnel de l'avocat ;
- le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges.

Le privilège de l'informateur et le privilège du secret professionnel de l'avocat constituent les deux principaux types de privilèges génériques. Cela signifie qu'il existe une présomption *prima facie* d'inadmissibilité des renseignements pertinents.

Les autres types de privilèges énumérés ci-dessous sont des privilèges reconnus au cas par cas. Cela signifie qu'il existe une présomption *prima facie* d'admissibilité. Pour que les renseignements d'une affaire en particulier soient déclarés inadmissibles, ils doivent réussir un test de *common law*, comme le test de Wigmore. Généralement, le test rétablit l'équilibre entre les deux intérêts opposés que sont la confidentialité des renseignements pertinents et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière (ou, dans un contexte civil, l'intérêt d'une divulgation totale de la preuve).

Bon nombre des types de privilèges reconnus au cas par cas, comme le privilège lié aux enquêtes, tombent dans la catégorie du privilège lié à l'intérêt public, où il est dans l'intérêt public de garder les renseignements secrets. Le privilège lié à l'intérêt public est protégé à la fois par la *common law* et l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Ce chapitre survole brièvement chacun de ces types de privilèges, dans l'ordre dans lequel ils sont susceptibles d'apparaître, à partir d'une enquête environnementale jusqu'au procès.

Le privilège de l'informateur

Le privilège de l'informateur concerne une personne qui a fourni de l'information aux forces de police au sujet d'une enquête, et qui souhaite conserver l'anonymat.

L'objet du privilège de l'informateur se divise en deux volets. Tout d'abord, il protège les personnes qui ont fourni de l'information aux forces de police. Deuxièmement, il encourage la population à divulguer aux autorités des renseignements au sujet d'infractions[2].

Le privilège de l'informateur est octroyé uniquement par la Couronne. Elle n'attribue pas ce privilège à chaque témoin qui désire garder l'anonymat. Lorsqu'une personne se voit accorder le privilège de l'informateur, elle seule peut y renoncer.

Afin de protéger le privilège de l'informateur, les procureurs de la Couronne retranchent tous les renseignements de la preuve qui pourraient mener à l'identification d'un informateur. Dans certains cas, le simple fait de divulguer l'existence d'un informateur peut mener à son identification.

En ce qui concerne l'application de la loi en matière environnementale, les enquêtes débutent souvent par une indication (par exemple, d'un déversement ou d'un acte illicite concernant la faune sauvage) venant d'un membre du public. Dans certains cas, l'informateur souhaite demeurer anonyme. Cet anonymat peut être particulièrement important en région rurale, où le nombre de témoins potentiels d'un incident est limité. En d'autres cas, c'est l'employé d'une organisation fautive qui communique avec les autorités, et cette personne craint que cela lui coûte son emploi. Les dénonciations sont un exemple de situation où le fait de révéler l'existence d'un informateur pourrait mener à l'identification de celui-ci (l'organisation fautive est susceptible de chercher activement à découvrir le nom de l'employé en question).

Il existe plusieurs façons pour les membres du public de dénoncer des infractions environnementales. Le programme *Échec au crime* en est un exemple. De plus, chaque province s'est dotée d'une ligne téléphonique où les gens peuvent dénoncer des infractions environnementales. Ces lignes sont anonymes, et constituent un type de privilège d'informateur. Le privilège de l'informateur s'étend même à la fiche sur laquelle la personne ayant répondu à l'appel a noté les renseignements[3].

Les techniques d'enquête

Lorsque la divulgation d'une technique d'enquête nuirait à son utilisation dans des enquêtes en cours ou futures, cette technique peut faire l'objet d'un privilège. La technique d'enquête constitue un exemple d'un privilège accordé au cas par cas. Le tribunal doit déterminer si le caractère secret de la technique

2. *R* c *Leipert*, [1997] 1 RCS 281.
3. *Ibid.*

d'enquête devrait l'emporter sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Il arrive qu'on accorde le privilège relatif aux techniques d'enquête en matière environnementale, surtout lorsqu'il s'agit de trafic de produits d'espèces sauvages. Cela mène souvent à la mise sous scellé d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition (c.-à-d. que le contenu de ce document demeure scellé au tribunal et que ni la population ni la personne visée par le mandat de perquisition ne peuvent le consulter). Un exemple de technique d'investigation susceptible d'être réputée privilégiée en matière de trafic de produits de la faune sauvage est le type de véhicule d'infiltration utilisé.

Les enquêtes en cours

Les renseignements relatifs à une enquête policière sont privilégiés lorsque leur divulgation minerait l'enquête. Il est possible, par exemple, que des personnes détruisent des éléments de preuve après avoir appris des renseignements sur l'enquête.

Une enquête en cours est un exemple de privilège accordé au cas par cas. Le tribunal doit déterminer si l'information légitime du public au sujet de l'enquête l'emporte sur l'importance de garder le secret sur les renseignements de l'enquête.

Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles les renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête en cours doivent être protégés par le secret professionnel. Sa divulgation pourrait notamment :

(i) mener à la destruction de la preuve et (ou) au manque de collaboration de témoins ;

(ii) porter atteinte aux droits de la personne faisant l'objet de l'enquête, puisqu'elle est innocente jusqu'à preuve du contraire ;

(iii) porter atteinte aux droits de tierces personnes ;

(iv) influencer indûment l'opinion de témoins et (ou) de potentiels jurés.

(Il est déjà arrivé aux forces de police de révéler trop d'informations à propos d'une enquête, ce qui a obligé les autorités à tenir le procès dans une région autre que celle où l'infraction a eu lieu[4]).

Les forces de police ont également été tenues responsables au civil après avoir fourni des renseignements d'enquête au public, surtout lorsque les poursuites pénales n'ont pas découlé de l'enquête. Les forces policières ont dû

4. *R* c *Feeney*, 1998 CarswellBC 347 (CS).

verser des dommages-intérêts pour mauvaises publicités, perte de revenus et atteinte à la réputation[5].

L'affaire *R* c *Trang*[6] fait davantage la lumière sur le privilège relatif aux techniques d'enquête et aux enquêtes en cours.

Le droit à la vie privée de tiers

Le droit à la vie privée d'autrui n'est pas un type de privilège. Il revêt tout de même son importance dans toute poursuite, y compris en contexte environnemental, et remplit la même fonction.

La Couronne protège le droit à la vie privée de tiers en retranchant les renseignements personnels des éléments de preuve fournis à l'accusé. Ainsi, on retranchera des renseignements personnels comme les adresses, les numéros de téléphone, les numéros de permis de conduire, les dates de naissance et les numéros d'assurance sociale de tiers (p. ex., des témoins).

Ce chapitre ne s'attarde pas sur les documents de tiers. Les arrêts *R* c *O'Connor*[7], *R* c *Mills*[8] et *R* c *McNeil*[9] traitent plus amplement de la protection du droit à la vie privée de tiers et de la préservation de la confidentialité de leurs renseignements personnels.

Le privilège lié à l'intérêt national

Le privilège lié à l'intérêt national existe lorsque la divulgation des renseignements pourrait nuire à la qualité des relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale.

Le privilège lié à l'intérêt national est protégé par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et vise les procès criminels et civils, de même que les tribunaux fédéraux. Le privilège lié à l'intérêt national est accordé au cas par cas. Le test d'inadmissibilité pertinent est prévu à la l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que dans l'arrêt *R* c *Ribic*[10].

Il serait possible, dans d'éventuelles affaires traitant de matières radioactives susceptibles d'affecter l'environnement ou la santé humaine, que de

---

5. Par exemple, voir *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd* c *Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man R (2d) 14; 2001 MBCA 40.
6. *R* c *Trang* (2002), 168 CCC (3d) 145 (ABQB).
7. [1995] SCJ No 98.
8. [1999] 3 RCS 668.
9. 2009 CSC 3.
10. *R* c *Ribic* (2003), 185 CCC (3d) 129, [2005] 1 RCF 33 (CAF), autorisation de pourvoi à la CSC refusée 185 CCC (3d) 129n. Les auteurs Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, résument bien ce test dans *The Law of Privilege in Canada* (Toronto, Canada Law Book, 2006) (2 volumes à feuilles mobiles), p. 4.130.

l'information soit réputée privilégiée pour des motifs liés à la défense ou à la sécurité nationale.

Les renseignements confidentiels du Cabinet

Les documents du Conseil privé de la Reine pour le Canada (qui comprend les membres du Cabinet du premier ministre) sont privilégiés. Ces documents comprennent les mémoires de propositions ou de recommandations, les documents de travail contenant des renseignements contextuels, des analyses ou des options de politiques, les dossiers d'information à l'intention des ministres et les versions préliminaires de projets de loi.

L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* protège les renseignements confidentiels du Cabinet. Cette même disposition stipule que le privilège s'applique de plein droit. Lorsqu'un ministre ou le greffier du Conseil privé atteste par écrit que l'information est considérée confidentielle par le Conseil privé, la divulgation de l'information est refusée, sans même qu'un tribunal ne se prononce sur la question. Il existe toutefois des exceptions au privilège visant les documents du Conseil privé. En effet, le privilège ne s'applique pas aux documents du Conseil privé qui remontent à plus de 20 ans.

On parle plus fréquemment des renseignements confidentiels du Cabinet dans des instances administratives et civiles, comme la révision judiciaire. Il arrive aussi qu'on les invoque dans des poursuites environnementales. Il m'est d'ailleurs arrivé, dans le cadre d'une poursuite en matière environnementale, de demander des documents pour m'aider à mieux comprendre les raisons pour lesquelles la législation environnementale a été ainsi rédigée. Je désirais obtenir ces renseignements dans un intérêt phraséologique, afin de mieux expliquer au tribunal les dommages causés par l'infraction (défaut de fournir des documents). On m'a indiqué que je ne pouvais obtenir certains documents, parce qu'il s'agissait des documents confidentiels du Cabinet.

Le secret professionnel de l'avocat

Le privilège lié au secret professionnel de l'avocat vise les communications entre un avocat et son client qui visent à demander ou à fournir des conseils juridiques en toute confidentialité. Ce privilège ne vise toutefois pas l'ensemble des communications entre l'avocat et son client : seules les communications liées aux conseils juridiques confidentiels sont privilégiées. Seul le client peut renoncer au privilège du secret professionnel entre un avocat et son client.

Lorsque le client fait en sorte qu'un tiers divulgue un élément de ces communications, il est réputé avoir renoncé au privilège du secret professionnel[11].

Le privilège lié au secret professionnel est sans doute celui qu'on invoque le plus fréquemment en matière d'application de la loi environnementale. Il vise aussi les communications entre les organismes d'enquête et le procureur de la Couronne (p. ex., un procureur de la Couronne du service des poursuites pénales du Canada, un procureur de la Couronne d'un ministère provincial de la Justice ou un avocat des Services juridiques ministériels (SJM)).

Au cours d'une enquête sur des infractions environnementales, les forces de police interceptent souvent des communications intervenues entre le contrevenant et son avocat, ou entre un tiers (témoin) et son avocat, et qui visent à demander ou à donner des conseils juridiques confidentiels.

Qu'en est-il des documents protégés par le secret professionnel entre un avocat et son client et de l'exécution d'un mandat de perquisition ?

Qu'arrive-t-il si on trouve des documents protégés par un secret professionnel entre un avocat et son client lors de l'exécution d'un mandat de perquisition ? La loi ne prévoit pas ce qu'un policier devrait faire s'il tombe sur des documents protégés par un secret professionnel entre un avocat et son client lors de l'exécution d'un mandat de perquisition. La jurisprudence apporte toutefois quelques indications. Concrètement, voici ce qui se produit lorsqu'on trouve ces documents entre un avocat et son client (et que la perquisition n'a pas lieu dans un cabinet d'avocats[12]) :

1. au moment de la perquisition, la personne visée par le mandat invoque le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client à l'endroit d'un ou des documents ; autrement, c'est le policier qui effectue la perquisition qui s'aperçoit qu'un ou plusieurs documents peuvent être protégés par le secret professionnel ;

2. le policier dépose les documents en question dans une enveloppe et lui appose une étiquette ;

3. après la perquisition, le policier présente l'enveloppe à un tribunal de la Cour supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine ;

4. l'avocat de la défense assiste à cette procédure devant la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin de prendre connaissance des documents en question et remet au policier tous les documents qui ne sont pas protégés ; l'avocat de la défense divise habituellement les documents en trois catégories : les documents qui sont manifestement protégés, ceux qui ne le sont pas et ceux qui sont susceptibles de l'être ;

---

11. *Lavallee, Rackel & Heintz* c *Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker* c *Canada (Procureur général); R.* c *Fink*, [2002] 3 RCS 209 ; *Canada* c *Solosky* (1979), 50 CCC (2d) 495 (CSC).
12. Concernant les perquisitions dans un cabinet d'avocats, les étapes sont clairement énumérées dans *Lavallee, Rackel & Heintz* c *Canada (Procureur général)*, *ibid* et *Maranda* c *Richer*, [2003] 3 RCS 193.

5. l'avocat de la défense demande au tribunal d'examiner les documents restants et de déterminer s'ils sont protégés ou non ; une demande devrait être présentée par l'avocat de la défense ; il est toutefois arrivé à l'avocat de la Couronne de présenter cette requête lorsque l'avocat de la défense a tardé à le faire ou n'a pas semblé enclin à le faire ; il revient à la partie qui invoque le privilège de remplir le fardeau de preuve selon la règle de la prépondérance des probabilités ; le tribunal examine habituellement chacun des documents.

Ce processus diffère légèrement dans les cas de saisie de matériel informatique en vertu d'un mandat. Les policiers saisiront souvent un ordinateur ou créeront une image miroir d'un disque dur. Ils emporteront ensuite l'ordinateur ou l'image miroir en dehors du lieu de perquisition et y effectueront des recherches au moyen de mots-clés pertinents au mandat. Ils font des copies des documents pertinents (en format électronique ou papier) aux fins de l'enquête.

Il est possible de prétendre que des documents protégés par le secret professionnel existent dans l'ordinateur ou dans l'image miroir. Il existe plusieurs options pour gérer ces revendications de privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client. Les avocats de la défense et de la Couronne parviennent souvent à s'entendre sur l'option choisie.

Premièrement, il est possible d'apposer des scellés sur l'ordinateur ou sur le support de l'image miroir, puis de les déposer à la Cour supérieure ou à la Cour du Banc de la Reine afin que l'avocat de la défense les passe en revue (tout en étant accompagné d'un policier). Toutefois, la Cour supérieure et la Cour du Banc de la Reine ne disposent pas de grandes aires de stockage, alors ces tribunaux ne privilégient pas cette option.

La deuxième option n'implique pas de sceller l'ordinateur ou l'image miroir. L'enquêteur emporte l'ordinateur ou l'image miroir en dehors du lieu de perquisition et y cherche des documents pertinents au mandat. Un officier indépendant de l'enquête (qui provient d'un autre organisme gouvernemental comme la GRC, ou un agent de la GRC à la retraite) peut mener la recherche. L'officier peut alors faire une copie des documents pertinents *qui ne sont pas* susceptibles d'être protégés par le secret professionnel, puis les retenir aux fins de l'enquête. Autrement, l'officier peut imprimer les documents pertinents, *y compris* ceux qui sont susceptibles d'être protégés par le secret professionnel, les sceller puis les déposer à la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin que l'avocat de la défense les passe en revue. L'ordinateur peut alors être remis à la personne visée par la saisie.

Revendiquer le privilège du secret professionnel entre un avocat et son client : choisir sa propre aventure

Imaginez que vous assumez la défense d'une société pétrolière qui fait l'objet d'une enquête concernant un déversement de pétrole en vertu de la *Loi sur les pêches* et de la législation environnementale en vigueur de votre province. Les enquêteurs vous informent qu'ils exécuteront une perquisition dans les locaux de l'entreprise au cours de la semaine. En tant qu'avocat(e) de la défense, vous croyez que certains des documents pertinents à la perquisition sont protégés par le secret professionnel. On en vient alors au moment où il vous faut « choisir votre aventure ». Lorsque les policiers arrivent pour effectuer la perquisition, à propos de quel(s) document(s) invoquez-vous le secret professionnel entre l'avocat et son client ?

a) *L'ensemble* des documents liés à l'incident de déversement pétrolier ;
b) Plusieurs documents existants que vous aviez demandés au vice-président de la société de vous envoyer par courriel le jour précédent ;
c) Le rapport d'enquête interne de la société sur le déversement pétrolier ;
d) Les documents renfermant des conseils juridiques confidentiels entre la société et son avocat ;
e) Plusieurs des éléments ci-dessus.

La prochaine partie de ce chapitre explore chacune de ces options.

L'ensemble des documents liés à l'incident de déversement pétrolier

Il n'est pas approprié d'invoquer le privilège du secret professionnel sur tous les documents liés à un incident ou à une enquête. Des avocats de la défense ont déjà tenté de le faire dans des enquêtes environnementales. C'est comme si on se servait du privilège comme d'un rideau opaque pour cacher l'ensemble des documents. Or, un tel rideau n'existe pas. Le privilège du secret professionnel entre un avocat et son client ne vise que les documents utilisés pour demander et donner des conseils juridiques confidentiels. Il est contraire aux règles d'une saine administration de la justice d'utiliser le privilège du secret professionnel comme un rideau opaque dans le but de cacher des documents. Ce procédé donne lieu à un empilage de boîtes de documents à la Cour supérieure ou à la Cour du Banc de la Reine. Il nécessite beaucoup de temps et d'argent, et la Cour ne dispose pas d'aires sécuritaires en quantité suffisante pour entreposer un si grand volume de documents.

Il est possible qu'au moment de la perquisition, le contrevenant allégué ou l'avocat de la défense n'ait pas eu le temps d'examiner un groupe ou une

catégorie considérable de documents, et qu'il ignore donc si le privilège du secret professionnel s'y applique. Il est alors prudent d'invoquer ce privilège quant à ce groupe considérable de documents, puis de comparaître plus tard devant la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin de les passer en revue et tirer une conclusion. Une telle situation n'est pas rare, et c'est très différent de tenter de cacher l'ensemble des documents derrière un rideau.

Plusieurs documents existants que vous aviez demandés au vice-président de la société de vous envoyer par courriel le jour précédent

Des documents existants ne tombent pas sous la protection du secret professionnel simplement parce qu'on les a transmis à un avocat (*Kilbreath* c *Saskatchewan (Attorney General)*)[13]. J'ai déjà été témoin de telles tentatives dans des dossiers environnementaux. Il est possible que le privilège du secret professionnel s'applique légitimement à certains des documents qu'on vous envoie par courriel. Mais, le simple fait de vous les faire parvenir ne fait pas d'eux des documents protégés par le secret professionnel.

Le rapport d'enquête interne de la société sur le déversement pétrolier

Le privilège du secret professionnel peut s'appliquer à un rapport d'enquête interne de la société sur un incident, mais ce n'est pas toujours le cas. La question est de savoir pour quelle raison le rapport a été produit. Les rapports d'enquête internes, également connus sous le nom d'évaluation environnementale, sont effectués par une société à la suite d'un incident. Le rapport vise avant tout à déterminer ce qui s'est passé et les mesures à prendre afin d'éviter un autre incident. Les procédures écrites d'une société requièrent souvent un rapport d'enquête interne à la suite d'un incident. Un tel rapport ne devient pas protégé par le secret professionnel du simple fait qu'on l'envoie à un avocat ou qu'on y inscrive une mention à cet effet. J'ai déjà été témoin de telles tentatives dans des dossiers environnementaux.

Pour bénéficier du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client, un rapport d'enquête interne doit être créé dans le but d'obtenir ou de donner des conseils juridiques. Ce but n'a pas à être exclusif. Il doit seulement compter parmi les objectifs du rapport. Il ne suffit pas qu'un avocat donne la directive à la société de produire un rapport d'enquête interne. Ce n'est pas assez pour qu'il tombe sous la protection du secret professionnel. En fait, l'avocat doit faire usage du rapport ou en avoir l'intention dans le but de fournir des conseils juridiques confidentiels à la société. Si on transmet le rapport à un

13. *Kilbreath* c *Saskatchewan (Attorney General)*, 2004 SKQB 489.

tiers, la société est réputée avoir renoncé au privilège du secret professionnel à l'égard de ce rapport.

Les documents qui renferment des conseils juridiques confidentiels entre la société et son avocat

Il s'agit de la seule option de a) à e) où la revendication d'un privilège du secret professionnel entre un avocat et son client est manifestement fondée : les documents sont protégés par le secret professionnel lorsqu'ils visent à obtenir ou à donner des conseils juridiques confidentiels.

Le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges

Le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges est lié aux travaux préparatoires du procureur de la Couronne dans les procès criminels et les procédures réglementaires (comme celles entourant l'application de la législation environnementale). Ce privilège englobe des documents tels que : les entrevues, les notes de service, la correspondance, les résumés, les dossiers et les conversations téléphoniques du procureur de la Couronne. Lorsqu'il se prépare pour un procès, il est possible que le procureur de la Couronne découvre de nouveaux éléments de preuve, comme en parlant avec un témoin, et tous les nouveaux éléments de preuve doivent être divulgués. Une telle divulgation signifie que le privilège relatif aux travaux préparatoires se veut un peu plus restrictif que celui lié aux litiges.

Le privilège lié aux litiges et le privilège lié aux travaux préparatoires sont de même nature, excepté que le privilège lié aux litiges existe dans le domaine civil. Le privilège lié au litige vise les communications et les documents préparés par l'avocat (ou sous sa direction) au sujet d'un litige prévu[14].

Les communications et les documents liés aux négociations d'une entente de règlement tombent sous le privilège lié aux travaux préparatoires et aux litiges.

Les communications entre l'avocat et le témoin expert

Le récent jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Moore* c *Getahun*[15] établit que les communications entre un avocat et un expert, y compris les versions préliminaires de rapports, sont protégées par le privilège lié aux litiges, tant et aussi longtemps qu'elles n'affectent pas l'indépendance et l'objectivité de l'expert. Tous les « renseignements de base » sur lesquels l'expert

---

14. L'arrêt phare en matière de privilège lié aux litiges est *Blank* c *Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39.
15. *Moore* c *Getahun*, 2015 ONCA 55 (CanLII), par 50 à 78.

s'est appuyé pour formuler son opinion doivent être divulgués. Je serais à l'aise d'affirmer que les principes de ce jugement s'appliquent de façon équivalente aux communications des procureurs de la Couronne avec les témoins experts dans les affaires criminelles et réglementaires, y compris en matière d'application des lois environnementales.

La Cour d'appel a expliqué que la communication entre les avocats et les experts dans les dossiers civils est vitale à l'élaboration de rapports d'experts [TRADUCTION] « compréhensibles et qui répondent aux questions juridiques pertinentes dans le dossier[16] ». Cette règle s'applique autant dans les enquêtes que dans les poursuites en matière environnementale. Dans les enquêtes et les poursuites en matière environnementale, les experts scientifiques ont pour habitude de transmettre des éléments de preuve complexes. Généralement, ces experts connaissent peu le système judiciaire et n'ont jamais rédigé de rapport d'expert pour le tribunal, ni témoigné. Les procureurs de la Couronne doivent discuter ouvertement des ébauches de rapport et les examiner avec les témoins experts pour s'assurer que leurs opinions sont claires, compréhensibles pour une personne ordinaire et qu'il sera utile au tribunal. Comme l'a décrit la Cour d'appel de l'Ontario, divulguer ces communications aurait comme conséquence [TRADUCTION] :

- « d'empêcher une préparation méticuleuse » des témoins experts et de leurs rapports ;
- « de décourager les participants de réduire des points de vue préliminaires ou provisoires à l'écriture, une étape nécessaire dans l'élaboration d'une opinion fondée et approfondie[17] » ;
- « d'encourager le recours aux témoins experts dont la carrière consiste à livrer des témoignages en cour et qui sont souvent perçus comme des mercenaires offrant probablement des opinions partisanes, alors que ces témoins experts nécessitent peut-être moins d'encadrement et de préparation[18] ».

Les rapports réalisés par le contrevenant ou en son nom

Dans les enquêtes environnementales, les policiers souhaitent souvent saisir des rapports, comme les rapports d'expert ou des rapports d'enquête internes, réalisés par une société ou en son nom à la suite d'un incident environnemental en raison duquel elle fait l'objet d'une enquête. De tels rapports ne sont pas protégés par le privilège lié aux litiges si la société les a obtenus afin de déterminer les faits entourant l'incident et pour améliorer ses pratiques. Les rapports sont protégés par le privilège lié aux litiges, lorsque la société les a

16. *Ibid.*, par 62.
17. *Ibid.*, par 71.
18. *Ibid.*, par 65.

obtenus à titre d'éléments de preuve dont elle se prémunit en vue d'une instance criminelle ou civile raisonnablement prévisible[19].

Selon mon expérience en matière d'application de la loi environnementale, lorsqu'un avocat de la défense invoquait le privilège lié aux litiges sur les rapports d'enquête internes saisis lors d'une perquisition, il s'agissait d'une tentative de faire appliquer rétroactivement le privilège en question à ces rapports. En réalité, ces rapports avaient été préparés en vertu de procédures internes qui l'exigeaient afin de déterminer les faits entourant l'incident et d'apporter des améliorations. Au départ, les rapports n'avaient pas été rédigés en prévision d'un litige éventuel.

Comme je l'ai mentionné, la jurisprudence établit clairement que les rapports d'enquête interne sont protégés par le privilège lié aux litiges, lorsqu'une preuve démontre nettement que le rapport avait pour but de prémunir la société contre la probabilité raisonnable d'un litige. Cette preuve peut être une communication que l'avocat a envoyée à la société immédiatement après l'incident afin de lui indiquer de rédiger un rapport devant l'éventualité d'une instance civile ou criminelle. Les tribunaux se sont également penchés sur le dessein des gens au moment de commander le rapport, autrement dit, si la possibilité d'un litige était l'une des raisons derrière la rédaction du rapport[20].

CONCLUSION

En conclusion, il existe plusieurs types de privilèges qui peuvent découler de l'application de la loi en matière environnementale entre l'enquête et le procès. Ce chapitre a traité d'une partie de l'ensemble des types de privilèges possibles. Les types de privilèges les plus communs en matière d'application des lois environnementales sont l'enquête en cours, le secret professionnel entre l'avocat et son client ainsi que le privilège lié aux travaux préparatoires ou aux litiges. Pour une analyse plus approfondie de la notion de privilège, reportez-vous à la publication *The Law of Privilege in Canada*, par R. Hubbard., S. Magotiaux et S. Duncan (Canada Law Book).

---

19. Il est recommandé de consulter le jugement dans l'affaire *R* c *Bidzinski et al*, 2007 MBQB 138. Il s'agit d'une affaire intéressante, selon laquelle des documents produits en prévision raisonnable d'un litige civil ne bénéficient pas du privilège lié aux litiges lorsqu'on parle de divulgation dans le cadre d'une enquête criminelle. Dans *Bidzinski*, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que des déclarations écrites de témoins qu'on a recueillies en vue d'un litige civil ne bénéficiaient pas du privilège lié aux litiges si on les saisissait dans le cadre d'une enquête criminelle, étant donné qu'aucun lien n'existait entre le litige civil et l'instance criminelle.

20. Voir : *R* c *Canadian National Railway*, 2008 BCSC 1677 ; *Ontario (Minister of Labour)* c *Bruce Power Inc*, 2007 CarswellOnt 9937 (Ont Ct J), appel autorisé dans 2008 CarswellOnt 8756 (CA), mais sur une autre question de droit que celle du privilège lié aux litiges.

Chapitre 50

La connaissance d'office des changements climatiques par les tribunaux

Brenda Heelan Powell et Josephine Yam

De récents événements catastrophiques, comme les inondations dévastatrices de 2013 en Alberta, prouvent concrètement les effets nuisibles des changements climatiques. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), créé en 1988 par l'Organisation météorologique mondiale et le Programme des Nations Unies pour l'environnement, a conclu sans équivoque à l'existence du réchauffement planétaire[1]. Qui plus est, le GIEC a clairement souligné que les émissions anthropiques de gaz à effet de serre (GES) sont très probablement à l'origine du réchauffement planétaire.

Malgré tout, une bonne partie de la population canadienne nie toujours l'existence des changements climatiques[2]. Aux États-Unis, le sénateur Jim Inhofe, président du comité sénatorial sur l'environnement et les travaux publics et climatosceptiques de renom, a signé le livre *The Greatest Hoax : How the Global Warming Conspiracy Threatens Your Future* ([traduction] *Le canular du siècle : comment la conspiration du réchauffement climatique menace votre avenir*). Pour illustrer ses doutes à l'égard des changements climatiques, au

1. Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Changements climatiques 2014 : Rapport de synthèse. Résumé à l'intention des décideurs* (édition de l'équipe de rédaction principale, Rajendra K Pachauri et Leo Meyer).
2. Selon Forum Research Inc, Toronto, Canada (19 juillet 2014), une proportion de 13 % de la population canadienne est composée de climatosceptiques.

début de l'année 2015, il a lancé une boule de neige dans le Sénat en voulant démontrer que le réchauffement planétaire était une machination[3].

Par rapport à cela, comment les tribunaux ont-ils réagi devant le grand consensus scientifique au sujet des changements climatiques et devant un public quelque peu sceptique ? Les litiges juridiques portant sur les changements climatiques sont un phénomène relativement nouveau au Canada, aux États-Unis et dans le reste du monde. En fait, en dépit du stade peu avancé de la science sur les changements climatiques, plusieurs tribunaux se sont dits suffisamment satisfaits de son état pour en prendre connaissance d'office.

QU'EST-CE QUE LA CONNAISSANCE D'OFFICE ?

La connaissance d'office est un mécanisme procédural qui [TRADUCTION] « permet d'établir comme avérés, sans qu'il soit nécessaire d'en faire la preuve, des faits qui ne prêtent pas à controverse[4] ». Cela signifie qu'un fait connu d'office échappe aux processus habituels d'examen de la preuve comme le témoignage sous serment et le contre-interrogatoire. Bien que la connaissance d'office joue un rôle dans l'efficacité des procédures judiciaires en éliminant les exigences formelles liées au dépôt de la preuve, les tribunaux y ont recours avec parcimonie par égard envers l'impartialité et la justesse[5].

La Cour suprême du Canada a fourni des indications claires quant à l'utilisation appropriée de la connaissance d'office dans ses arrêts *R* c *Find*[6] et *R* c *Spence*[7]. Voici ce qu'elle a déclaré dans l'affaire *R* c *Find* :

> La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d'office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d'application de la connaissance d'office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d'office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables ; (2) ceux dont l'existence peut être

3. Sénateur James Inhofe, *The Greatest Hoax : How the Global Warming Conspiracy Threatens Your Future*, 1re éd (Washington, DC : WND Books, 2012). Pour l'incident de la boule de neige, voir [en ligne] <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/wp/2015/02/26/jim-inhofes-snowball-has-disproven-climate-change-once-and-for-all/>. À notre avis, le geste du Sénateur Inhofe démontre qu'il confond les notions de météorologie et de changements climatiques.
4. Elizabeth F Judge, *Curious Judge : Judicial Notice of Facts, Independent Judicial Research, and the Impact of the Internet*, mémoire publié chez SSRN (Rochester, NY : Social Science Research Network, 2012), p. 327, [en ligne] <http://papers.ssrn.com/abstract=2195327>.
5. *Ibid.*
6. *R* c *Find*, [2001] 1 RCS 863.
7. *R* c *Spence*, [2005] 3 RCS 458.

> démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable[8].

Dans *R* c *Spence*, la Cour suprême a fourni de plus amples détails sur l'utilisation appropriée de la connaissance d'office. Elle a confirmé que le recours à la connaissance d'office n'est acceptable que pour les faits notoires ou généralement admis par des personnes raisonnables, ou encore les faits qui peuvent être démontrés au moyen de sources facilement accessibles et dont l'exactitude est incontestable (ce que la Cour appelle le « critère de Morgan »). Quant à savoir si un fait est notoire ou généralement admis par des personnes raisonnables, la Cour a établi un critère élaboré pour la notion de personne raisonnable, en s'exprimant ainsi :

> [j]'estime que le tribunal […] devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige[9].

De plus, la Cour suprême a indiqué que l'utilisation appropriée de la connaissance d'office dépend de ce qu'un fait est en litige ou ne l'est pas. La pertinence du fait pour le règlement de la question en litige joue aussi un rôle pour déterminer si la connaissance d'office est appropriée. Comme la Cour suprême l'a expliqué :

> Il y a certes une distinction utile entre, d'une part, les « faits en litige » (où, comment et pourquoi l'accusé a commis l'acte qu'on lui reproche) et, d'autre part, les « faits sociaux » et les « faits législatifs », qui importent dans le raisonnement et peuvent faire jouer des considérations de principe générales : Paciocco et Stuesser, p. 286. Cependant, décider qu'un élément est un « fait social » ou un « fait législatif » ne dispense pas le tribunal de l'obligation de s'assurer de la véracité des « faits » dont on lui demande l'admission d'office.
>
> […] [L]es limites acceptables de la connaissance d'office varient selon la nature de la question considérée. Par exemple, la preuve d'un fait touchant de près au cœur du litige (qu'il s'agisse d'un fait social, législatif ou en litige) peut être soumise à des exigences plus sévères que celle d'un fait général qui en est plus éloigné.
>
> Autrement dit, plus un fait a une incidence directe sur l'issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux formulé par Morgan[10].

La Cour suprême a établi qu'en ce qui concerne la connaissance d'office, la démarche convenable est celle d'appliquer le critère de Morgan sans égard au type de fait à admettre d'office. Si le critère de Morgan est rempli, le fait peut

---

8. *Supra* note 6, par 48.
9. *Supra* note 7, par 65.
10. *Ibid.*, par 58, 60 et 61.

alors être admis d'office. Si le critère de Morgan n'est pas rempli et que le fait est en litige, alors ce dernier ne peut être admis d'office. Toutefois, il peut arriver que le critère de Morgan ne soit pas nécessairement probant au vu des faits sociaux ou législatifs. La Cour suprême a déclaré que « [s]auf en ce qui concerne les faits en litige, les limites de la connaissance d'office sont inévitablement assez élastiques[11] ». Au fur et à mesure que le fait législatif ou social se rapproche de la question au cœur du litige, le critère de Morgan devient plus probant pour décider si la connaissance d'office est acceptable.

LA CONNAISSANCE D'OFFICE DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES

En dépit d'un consensus scientifique solide, il subsiste un débat public sur l'existence et la cause des changements climatiques. Cette question n'est cependant pas débattue devant les tribunaux[12]. Bien que certains secteurs de la société demeurent sceptiques, la plupart des tribunaux (au moins aux États-Unis) ont été suffisamment satisfaits de l'état de la science sur les changements climatiques pour prendre connaissance d'office des changements climatiques comme une question de fait. Les débats devant les tribunaux sur les changements climatiques portent non pas sur leur existence ou leur cause, mais plutôt sur leurs répercussions[13].

Aperçu des litiges sur les changements climatiques

Le Centre Sabin pour les changements climatiques de de la faculté de droit de Columbia a mené une analyse des litiges sur les changements climatiques aux États-Unis et dans le monde[14]. À la fin de 2013, le nombre de litiges aux États-Unis autour des changements climatiques avait largement devancé celui du reste du monde, avec 420 affaires aux États-Unis, en comparaison de seulement 173 dans les autres pays du globe[15]. La majorité des litiges en dehors des États-Unis ont eu lieu en Australie, en Nouvelle-Zélande, dans l'Union Européenne, en Espagne et au Royaume-Uni. Selon Wilensky :

---

11. *Ibid.*, par 63.
12. Michael Gerrard, « Court Rulings Accept Climate Science » (2013) *New York Law Journal*, vol. 250, nº 52.
13. Michael A Zody, « Climate Science in the Courts : Scientific Consensus makes for a Strong Adversary » (2009) *Bulletin de l'American Bar Association*, vol. 13, nº 1, p. 13.
14. Meredith Wilensky, *Climate Change Litigation in the Courts : An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation* (New York : Columbia Law School, Sabin Center for Climate Change, 2015). Voir également David Markell et JB Ruhl, « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts : A New Jurisprudence or Business as Usual ? » (2012) *Florida Law Review*, vol. 64. P 15, et David Markell et JB Ruhl, « An Empirical Survey of Climate Change Litigation in the United States » (2010) 40 *Environmental Law Reporter* 10644.
15. Wilensky, *supra* note 14.

> [TRADUCTION] [l]es litiges sur les changements climatiques dans le monde ne se prêtent pas à une seule et même étiquette. La plupart des litiges entourant les changements climatiques sont nés de poursuites stratégiques à l'égard de projets particuliers ou d'éléments précis de la mise en œuvre des politiques climatiques en vigueur. Au-delà de cela, les juridictions varient en termes de quantité, de nature et de succès relatif des litiges en matière de changement climatique[16].

Aux États-Unis, Wilensky a conclu que les litiges sur les changements climatiques constituent un moyen stratégique d'orienter la réglementation en la matière. Dans d'autres parties du monde, les litiges sur les changements climatiques ont visé des projets en particulier ou des éléments précis de la mise en œuvre de politiques sur les changements climatiques.

La situation au Canada

Comme on peut le constater dans ce qui précède, les litiges sur les changements climatiques ne sont pas encore répandus au Canada. Selon la base de données du Sabin Center for Climate Change de la faculté de droit de l'Université Columbia, une dizaine d'affaires ont eu lieu au Canada sur des questions ayant trait aux changements climatiques. En dépit du nombre peu élevé de ces litiges au Canada, les tribunaux ont parfois pris connaissance d'office de la science des changements climatiques.

Dans l'affaire *Citizens for Riverdale Hospital* c *Bridgepoint Health Services*[17], la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de l'Ontario s'est penchée sur un appel interjeté contre une décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario, qui avait examiné et approuvé des décisions de planification prises par la ville de Toronto. L'un motif d'appel était que la commission avait commis une erreur de droit lorsqu'elle a déterminé que le plan et les modifications réglementaires de zonage étaient conformes aux objectifs et aux politiques en matière d'environnement et d'émission de dioxyde de carbone (CO_2). En fin de compte, la Cour n'a trouvé aucune raison de douter de l'exactitude de la décision de la commission.

En rendant son jugement, la Cour a déclaré ceci :

> [TRADUCTION] [J]e crois, toutefois, que la question des émissions de CO_2 constitue une préoccupation environnementale importante pour tous les membres du public, particulièrement pour les personnes habitant à proximité du chantier de construction et de démolition.

La Cour a explicitement reconnu que les changements climatiques constituent un enjeu environnemental d'importance. Cela signifie – implicitement,

16. *Ibid.*, p. 41.
17. *Citizens for Riverdale Hospital* c *Bridgepoint Health Services* (2007) CanLII 20070626 (ON SCDC).

du moins – que la Cour a reconnu que la science des changements climatiques est suffisamment établie pour reconnaître la réalité des changements climatiques et la signification des émissions de CO_2 en tant que question connue d'office.

La Cour fédérale a formulé un énoncé encore plus conséquent dans l'affaire *Syncrude Canada Ltd.* c *(Canada) Procureur général*[18]. Dans cette affaire, une disposition du *Règlement sur les carburants renouvelables* fédéral, pris en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, a été contestée sur le plan constitutionnel. Selon cette disposition, le carburant diesel produit, importé ou vendu au Canada devait contenir au moins 2 % de carburant renouvelable. Dans son recours, Syncrude a soutenu que l'objet principal de la disposition contestée était de réglementer les ressources non renouvelables et de promouvoir les avantages économiques liés à la protection de l'environnement, puis de créer une demande pour les biocarburants dans le marché canadien. Essentiellement, Syncrude a soutenu que la disposition ne constituait pas une utilisation judicieuse au plan constitutionnel du pouvoir en matière de droit criminel conféré au Parlement fédéral, puisque cette disposition ne vise pas à réprimer un mal et que toute interdiction de causer un préjudice n'est qu'accessoire.

La Cour fédérale a maintenu la constitutionnalité de la disposition contestée. En réponse à l'affirmation de Syncrude selon laquelle la production et la consommation de carburants à base de pétrole étaient sans danger et sans risque pour la sécurité et la santé humaines, la Cour a déclaré ceci :

> [83] [I]l existe un véritable mal et une véritable appréhension raisonnée de préjudice dans la présente affaire. Le mal du changement climatique mondial et l'appréhension du préjudice découlant de la contribution au changement climatique par la combustion de combustibles fossiles ont fait l'objet de nombreux échanges et débats sur la scène internationale. Contrairement à l'argument de Syncrude, il s'agit d'un mal concret et mesuré, et le préjudice est bien documenté.

Cette décision réaffirme l'opinion déjà exprimée par les tribunaux canadiens que la protection de l'environnement est un enjeu valide en droit criminel. La Cour accepte clairement que sur le plan de la connaissance d'office, les changements climatiques ont bel et bien lieu.

---

18. *Syncrude Canada Ltd* c *Canada (Procureur général du Canada)* (2014) CF 776. Il importe de mentionner que les observations sur cette affaire proviennent d'un billet postdaté du 1er octobre 2014, intitulé « Facts, Reasons and Environmental Evils : Recent Canadian Environmental Law Decisions », dans le blogue de Environmental Law Centre.

La situation aux États-Unis

Ce sont les tribunaux américains, loin devant ceux des autres pays du monde, qui ont été saisis de la plupart des litiges sur les changements climatiques. Ils ont en outre pris connaissance d'office de plusieurs aspects de la science des changements climatiques. Ils ont notamment reconnu le lien qui existe entre les GES et les changements climatiques, le mécanisme des changements climatiques (c.-à-d. l'effet de serre) et leurs répercussions en général.

Il existe des exemples remontant jusqu'aux années 90 où les tribunaux américains ont pris connaissance d'office de la science des changements climatiques. Dans l'affaire *City of Los Angeles* c *National Highway Traffic Safety Administration Center for Auto Safety*[19], la décision a porté sur la contestation du refus de la National Highway Traffic Safety Administration de préparer une déclaration sur l'incidence environnementale de ses normes d'économie des véhicules d'entreprise concernant les modèles des années 1987, 1988 et 1989. En définitive, le tribunal a rejeté la contestation sur le fond. Dans sa conclusion, il a toutefois déclaré que [TRADUCTION] « [p]ersonne ne remet en question le lien de causalité entre le dioxyde de carbone et le réchauffement planétaire[20] ».

Un jugement plus récent, *Massachusetts* c *EPA*[21], est devenu l'arrêt phare en matière de changements climatiques aux États-Unis. Dans cette affaire, un groupe d'États a fait valoir, dans une requête en *certiorari*, que l'EPA avait renoncé à sa responsabilité au titre de la *Clean Air Act* pour réglementer quatre gaz à effet de serre. La Cour suprême des États-Unis devait établir si l'EPA avait légalement le pouvoir de réglementer les GES des nouveaux véhicules à moteur, et dans l'affirmative, si les raisons de l'EPA pour ne pas le faire étaient justifiées. Elle a tranché qu'en vertu de la *Clean Air Act*, l'EPA avait, en effet, le pouvoir de réglementer les GES de nouveaux véhicules à moteur. De plus, la Cour a conclu que l'EPA n'avait pas motivé son refus de réglementer les GES de nouveaux véhicules à moteur. Voici ce qu'a déclaré la Cour suprême dans son jugement :

> [TRADUCTION] [u]ne augmentation bien documentée des températures mondiales a coïncidé avec une augmentation significative de la concentration de dioxyde de carbone dans l'atmosphère. Des scientifiques respectés croient à l'existence d'un lien entre ces deux tendances. En effet, le dioxyde de carbone émis dans l'atmosphère agit comme un plafond de serre qui capture l'énergie solaire et retarde

19. *City of Los Angeles* c *National Highway Traffic Safety Administration Center for Auto Safety* (1990), 912 F.2d 478 (Cour d'appel des États-Unis, District de Columbia).
20. *Supra* note 19, par 76.
21. *Massachusetts et al* c *Environmental Protection Agency et al* (2007) 27 SCt 1438 (Cour suprême des États-Unis).

l'échappement de la chaleur réfléchie. Il s'agit donc d'une espèce – l'espèce la plus importante – de « gaz à effet de serre[22] ».

De plus, la Cour suprême a conclu que l'EPA n'avait pas remis en question le lien de causalité entre les GES imputables à l'homme et le réchauffement planétaire. Elle a ajouté que « [l]es préjudices associés aux changements climatiques sont graves et bien connus[23] ». La Cour a énuméré des préjudices comme le recul des glaciers de montagne, la réduction du manteau neigeux, la fonte printanière hâtive et l'élévation accélérée du niveau de la mer.

Les aspects de la science des changements climatiques dont le tribunal avait pris connaissance d'office dans l'affaire *Massachusetts* c *EPA* ont été repris par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *American Electric Power* c *Connecticut*[24]. Dans cette affaire, les plaignants ont déposé une action en nuisance à l'endroit de cinq sociétés énergétiques d'envergure qui étaient également les plus grands émetteurs de gaz à effet de serre aux États-Unis. Les plaignants cherchaient à faire fixer un plafond de GES pour chacune de ces sociétés. La Cour a affirmé que la *Clean Air Act* et les gestes posés par l'EPA au titre de cette loi supplantaient tous les droits de recours en *common law* visant à faire baisser les GES des centrales électriques.

Dans sa décision, la Cour suprême s'est appuyée sur ses commentaires antérieurs sur la science des changements climatiques dans l'arrêt *Massachusetts* c *EPA*[25]. Plus précisément, la Cour a noté que les GES causent l'effet de serre et que les GES ont été élevés à des niveaux sans précédent presque entièrement par l'activité humaine. La Cour a également noté les impacts des changements climatiques, tels que la fonte des calottes glaciaires, la hausse du niveau de la mer, les ouragans et les inondations.

Le Cour a également pris connaissance d'office des changements climatiques dans l'affaire *Green Mountain Chrysler* c *Crombie*[26]. Dans cette affaire, divers constructeurs automobiles ont contesté l'adoption par le Vermont de règlements sur les GES pour les véhicules automobiles neufs. La Cour a confirmé le projet du Vermont d'adopter ces règlements. Selon Haughey, [TRADUCTION] « l'affaire *Massachusetts* s'est avérée vitale dans l'affaire *Green Mountain Chrysler*, parce que les conclusions factuelles concernant la réalité du réchauffement planétaire et la légitimité de considérer [les gaz à effet de serre]

22. *Ibid.*, p. 1446.
23. *Ibid.*, p. 1455.
24. *American Electric Power, Inc* c *Connecticut et al* (2011), 564 US No 10-174 9 (Cour suprême des États-Unis).
25. *Ibid.*, p. 1-3.
26. *Green Mountain Chrysler* c *Crombie (2007)* Case No 2:05-cv-302 (Cour de district des États-Unis, Vermont).

comme des polluants en vertu de la [*Clean Air Act*], – cette même loi en vertu de laquelle le Vermont a élaboré ses nouveaux règlements[27].

La Cour renvoie d'ailleurs à l'énoncé de l'arrêt *Massachusetts* c *EPA* selon lequel « les préjudices associés aux changements climatiques sont graves et bien connus », et qu'ils comprennent la hausse du niveau des mers, des changements irréversibles aux écosystèmes, la réduction des manteaux neigeux et une propagation accrue des maladies[28]. Comme l'a déclaré la Cour :

> [TRADUCTION] [d]ans *Massachusetts c. EPA*, la Cour suprême a reconnu pour la première fois le phénomène du réchauffement planétaire et ses effets potentiellement catastrophiques pour notre environnement. La Cour suprême a décrit comment l'Homme a contribué au réchauffement planétaire, notamment par les émissions de dioxyde de carbone provenant des véhicules à moteur […][29]

La décision dans l'affaire *Green Mountain Chrysler* c *Crombie* donne un autre exemple où les tribunaux américains ont pris connaissance d'office de plusieurs aspects de la science des changements climatiques, dont le lien de causalité entre les GES émis par les humains et les changements climatiques ainsi que les conséquences considérables de ces derniers sur l'environnement.

Plus récemment, un tribunal de New York a pris connaissance d'office de registres climatologiques dans l'affaire *Wohl* c *City of New York*[30]. Dans cette affaire, des propriétaires résidentiels avaient intenté un recours pour dommages matériels et à leur propriété personnelle causés par une inondation durant une pluie torrentielle et par le refoulement d'égouts publics pendant l'ouragan Irène. Dans son jugement, le tribunal a pris connaissance d'office de rapports climatologiques du National Data Centre au New Jersey. Le tribunal a conclu, comme résultat des faits acceptés par connaissance d'office, que la municipalité avait reçu une quantité de pluie démesurée et que l'inondation avait été causée par les précipitations plutôt que par une conception, inspection ou maintenance déficiente du système d'égouts.

Bien que l'affaire ne portait pas sur la connaissance d'office, il importe de prendre note des commentaires d'un procureur de district du Massachusetts dans une affaire criminelle où des manifestants ont utilisé un langoustier pour arrêter un arrivage de charbon à une centrale électrique[31]. En 2014, le procureur de district du Massachusetts Samuel Sutter a laissé tomber les chefs d'accusations de complot pour deux activistes du climat. Ce faisant, il a déclaré que les

---

27. *Addie Haughey, « Green Mountain Chrysler Plymouth Dodge Jeep* c *Crombie »* (2007) 8 : 1 *Sustainable Development Law & Policy*, p. 72 à 72.
28. *Supra* note 26, p. 98.
29. *Ibid.* p. 238.
30. *Wohl* c *City of New York* (2014) NY Slip Op 51618 (CS).
31. Voir [en ligne] <http://www.bostonglobe.com/metro/2014/09/08/activists-drops-charges-case-blocked-coal-shipment-power-plant/sUpBpGxzxAz3E2Vr5RFQQM/story.html>.

changements climatiques sont [TRADUCTION] « l'une des plus graves crises de l'histoire de notre planète » et que « la classe politique manque cruellement de leadership par rapport à cette question ».

La situation à l'international

Même s'il n'est aussi élevé qu'aux États-Unis, l'expérience des litiges sur les changements climatiques a été plus riche à l'international qu'au Canada. Dans l'arène internationale, les litiges sur les changements climatiques ont généralement porté sur des contestations de projets précis ou sur la mise en œuvre de politiques en vigueur en matière de changements climatiques[32]. Voici quelques cas où les tribunaux judiciaires de l'Australie et de Nouvelle-Zélande ont pris connaissance d'office de la réalité des changements climatiques.

En Australie, le Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT) a examiné une contestation de modification d'un schéma d'aménagement visant à faciliter le maintien de l'exploitation d'une centrale électrique[33]. La décision d'autoriser la modification a été contestée au motif que le comité responsable du schéma d'aménagement n'avait pas tenu compte des effets environnementaux des GES produits par l'exploitation continue de la centrale électrique. Enfin, le VCAT a conclu que le comité avait commis une erreur, car il devait admettre et tenir compte de la preuve sur l'émission de GES.

Voici ce que le VCAT a déclaré en établissant la pertinence des GES dans les modifications du schéma d'aménagement :

> [TRADUCTION] Il faut mentionner qu'un schéma d'aménagement peut viser à « maintenir des processus écologiques » et aussi à « trouver l'équilibre entre les intérêts actuels et futurs de l'ensemble des Victoriens ». Ce sont là des expressions vastes. Les processus écologiques incluent les processus opérés dans l'atmosphère terrestre, y compris sa chimie et sa température. D'aucuns accepteraient que dans les présentes circonstances, il soit dans l'intérêt actuel des Victoriens de recourir à de l'énergie générant des gaz à effets de serre, mais à quel prix pour leur intérêt futur ? Une production accrue de gaz à effet de serre provenant d'une centrale électrique à lignite peut potentiellement entraîner des conséquences environnementales « considérables ». Ainsi, je crois qu'il est sensé qu'un schéma d'aménagement contienne une disposition visant à réduire l'émission de gaz à effet de serre d'une centrale électrique de combustion de charbon, non seulement pour préserver le processus écologique, mais aussi pour trouver l'équilibre entre les intérêts actuels et futurs[34].

---

32. Wilensky, *supra* note 14.
33. *Australian Conservation Foundation et al* c *Minister for Planning*, 2004, Victorian Civil and Administrative Tribunal.
34. *Ibid.*, par 43.

En faisant cette déclaration, le VCAT a admis plusieurs aspects de la science des changements climatiques comme question connue d'office. Tout d'abord, le VCAT a accepté le lien entre les GES et les changements climatiques. Ensuite, il a reconnu le changement climatique était un problème environnemental important. Enfin, il a reconnu l'impact à long terme des GES pour les générations futures.

Une décision récente du tribunal d'immigration de la Nouvelle-Zélande contient un autre exemple de connaissance d'office sur la scène internationale[35]. Dans cette affaire, une famille des Tuvalu a interjeté appel d'un refus d'accorder à ses membres des visas de résidents de Nouvelle-Zélande. La famille a fait valoir que si ses membres étaient expulsés, ils risquaient de subir les effets néfastes des changements climatiques aux Tuvalu. Tuvalu est un pays insulaire qui subit les effets néfastes de la montée du niveau de la mer due aux changements climatiques. Le tribunal de l'immigration et de la protection a conclu à des circonstances exceptionnelles d'ordre humanitaire justifiant l'autorisation pour la famille de demeurer en Nouvelle-Zélande. Parmi ces circonstances, il y avait la présence de membres de la famille élargie en Nouvelle-Zélande, l'intégration de cette famille au sein de la société néo-zélandaise et l'intérêt supérieur des enfants.

En l'espèce, le tribunal n'a pas établi si les changements climatiques constituaient ou non un motif admissible en vue de l'octroi de visas de résident, mais il a toutefois déclaré ceci :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne la question des changements climatiques dont les observations font grandement état, le tribunal accepte que le risque d'être victime de catastrophes naturelles peut constituer, en termes généraux, une situation d'ordre humanitaire, mais dans des appels comme celui en l'espèce, la preuve doit néanmoins démontrer non seulement l'existence d'une préoccupation humanitaire plus large, mais qu'il existe aussi des circonstances exceptionnelles d'ordre humanitaire de telle sorte qu'il serait injuste ou trop sévère d'expulser cet appelant particulier de la Nouvelle-Zélande[36].

Cette déclaration révèle clairement un décideur qui accepte le lien entre les changements climatiques et les catastrophes naturelles comme question connue d'office.

La décision la plus remarquable à l'échelle internationale en matière de responsabilité liée aux changements climatiques est l'affaire *Fondation Urgenda* c

35. *Re: AC (Tuvalu) (Immigration and Protection Tribunal New Zealand)* [2014], affaire 501370-371. Voir également la décision complémentaire, *Re: AD (Tuvalu) (Immigration and Protection Tribunal New Zealand)* [2014] affaire 800517-520, qui porte sur la demande de statut de réfugié de la famille.
36. *Re: AC (Tuvalu) (Immigration and Protection Tribunal New Zealand)* [2014] affaires 501370-371, par 32.

les Pays-Bas (ministère de l'infrastructure et de l'environnement)[37]. Dans cette affaire, la Cour du district de La Haye a obligé le gouvernement néerlandais à prendre des mesures afin que le niveau de GES des Pays-Bas en 2020 soit inférieur de 25 % à celui de 1990[38]. En rendant son jugement, la Cour a fait abondamment référence aux données scientifiques sur les changements climatiques que le GIEC a publiées et s'est exprimée ainsi :

> [TRADUCTION] la possibilité de préjudices pour les intérêts de ceux qu'Urgenda représente, y compris les générations actuelles et futures de Néerlandais, est si grande et si tangible qu'au titre de son obligation de diligence, l'État doit faire des efforts adéquats, plus importants que ceux qu'il déploie actuellement, afin de prévenir les changements climatiques dangereux[39].

La Cour a conclu qu'au point de vue de la protection juridique et de l'obligation de diligence du gouvernement néerlandais, ce dernier devait en faire davantage pour parer le danger imminent découlant des changements climatiques.

Il importe de mentionner qu'un recours très similaire vient d'être déposé aux États-Unis, où les demandeurs poursuivent le gouvernement pour avoir violé la confiance du public en ce qu'il n'a pas pris des mesures pour réduire l'impact des changements climatiques, alors qu'en fait, il y a contribué[40]. Ce recours s'aligne sur d'autres jugements récents aux États-Unis en matière de changements climatiques basés sur la notion de confiance du public[41].

REGARD VERS L'AVENIR

Bien que les litiges sur les changements climatiques n'en soient à leurs débuts au Canada[42], il existe déjà des exemples où les tribunaux canadiens ont pris connaissance d'office de la science des changements climatiques. De plus, alors que ces nouveaux litiges sur les changements climatiques connaissent un

---

37. *Fondation Urgenda* c *Pays-Bas (ministère de l'infrastructure et de l'environnement)*, 2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396, [en ligne] <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196&keyword=urgenda>. Voir également à Brenda Heelan Powell, *Exciting Developments in Climate Change Action* (30 juin 2015) blogue de Environmental Law Centre pour consulter un bref résumé de cette décision, [en ligne] <https://environmentallawcentre.wordpress.com/2015/06/30/exciting-developments-in-climate-change-action/>.
38. *Fondation Urgenda* c *Pays-Bas (ministère de l'infrastructure et de l'environnement)*, *Ibid.*
39. *Ibid.*, par 4.89.
40. *Juliana ex rel Loznak c United States of America*, voir la plainte en injonction et mesure déclaratoire, déposée le 12 août 2015, [en ligne] <http://ourchildrenstrust.org/sites/default/files/15.08.12YouthComplaintAgainstUS.pdf>.
41. Voir l'analyse de ces affaires américaines, ainsi que de la décision dans l'affaire *Fondation Urgenda*, dans Jessica Wentz, *Failure to Take Climate Action if Not Only Morally Wrong, It's Illegal* (30 novembre 2015), blogue *Climate Change* du Sabin Center for Climate Change Law.
42. Pour une analyse des défis associés aux litiges sur les changements climatiques au Canada, voir *Climate Change Litigation*, par Environmental Law Centre de l'Université de Victoria, [en ligne] <http://www.

essor, le traitement judiciaire de la science des changements climatiques gagne progressivement en importance.

La raison pour laquelle la science des changements climatiques est invoquée orientera la volonté des tribunaux de l'accepter en tant que question connue d'office. La science des changements climatiques, présentée à des fins non litigieuses, comme dans des contextes social ou législatif, sera probablement connue d'office. Cependant, la science des changements climatiques présentée à des fins litigieuses, comme la démonstration d'un préjudice réel, sera susceptible d'être soumise aux exigences traditionnelles en matière de de preuve.

Dans le cas d'espèces, les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine souplesse raisonnable. Comme l'a déclaré McLeod-Kilmurray :

> [TRADUCTION] [l]'expertise scientifique et l'incertitude ne devraient pas servir de prétexte aux tribunaux pour se soustraire à leurs obligations juridiques et ne devraient pas servir à cacher leurs préférences en matière de politique ni servir à refuser la justice aux personnes les plus gravement touchées par les dommages environnementaux[43].

Par conséquent, même si la connaissance d'office de la science des changements climatiques n'est peut-être pas appropriée dans toutes les circonstances, les tribunaux devraient demeurer conscients du fait qu'un consensus scientifique considérable sur l'existence, les mécanismes et les impacts des changements climatiques, est déjà raisonnablement établi.

---

elc.uvic.ca/associates/documents/Climate-Change-Dec3.07.pdf>. Les défis comprennent des préoccupations de forum, l'obligation de diligence, la causalité et le partage de la responsabilité.

43. Heather McLeod-Kilmurray, « Placing and Displacing Science : Science and the Gates of Judicial Power in Environmental Cases » (2009) 6 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 25, par 82.

Cinquième partie

LES INSPECTIONS ENVIRONNEMENTALES ET LES MESURES D'APPLICATION, SUR PLACE ET AU TRIBUNAL

Chapitre 51

Un pour un : l'art de la réglementation adaptée – comment les organismes gouvernementaux peuvent-ils motiver les entreprises réglementées à devenir vertueuses ?

James Flagal[1]

Le pouvoir d'inspection d'un organisme de réglementation constitue un élément fondamental de tout régime réglementaire. En vertu de ce pouvoir, un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental donné peut pénétrer dans une propriété privée et l'inspecter sans le consentement de son occupant, sans mandat ou ordonnance. Ces pouvoirs confèrent l'autorité aux fonctionnaires de poser certaines actions dans le cadre d'une inspection, comme celle d'exiger la production de certains documents ou renseignements ou de saisir des objets qui constituent une preuve de la perpétration d'une infraction[2].

1. Crown Counsel, Ontario Ministry of the Attorney General, Legal Services Branch for the Ministry of Environment and Climate Change (MOECC) – The views expressed in this paper and during my presentation at the symposium are my own and do not in any way represent the views of the MOECC or the Government of Ontario.
2. Voir l'article 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990 c19 (LPE) à titre d'exemple de pouvoir général d'inspection que l'on trouve couramment dans les lois ontariennes sur la protection de l'environnement. L'article 156 inclut le pouvoir d'exiger la production de documents (se reporter à l'alinéa 156 (2)*g*)). Voir l'article 160 de la LPE pour voir un exemple de disposition autorisant la saisie durant une inspection.

Sans de tels pouvoirs, un organisme de réglementation serait incapable d'accomplir son mandat de protéger l'intérêt public en s'assurant que les acteurs assujettis se conforment aux exigences d'un régime réglementaire.

Les inspections sont souvent le principal point de contact entre un acteur assujetti et l'organisme gouvernemental. Elles constituent aussi la base des programmes des organismes gouvernementaux en matière de conformité et d'application de la loi. Fondamentalement, ces programmes visent à répondre à deux questions très simples qui déterminent ultimement l'affectation des ressources peu abondantes des organismes gouvernementaux : « Qui faut-il inspecter ? » et « Que faire lorsqu'on détecte une infraction ? ». L'efficacité des programmes remplissant ces deux fonctions principales peuvent être mesurée de trois manières :

a) *du point de vue de l'entreprise assujettie* : le programme incite-t-il l'entreprise réglementée à devenir « vertueuse », en adoptant volontairement des fonctions d'autovérification qui cherchent à découvrir et à rectifier des manquements sans que l'organisme gouvernemental n'ait à intervenir ?

b) *du point de vue du secteur réglementé* : est-ce que d'autres entreprises réglementées du même secteur croient qu'il est dans leur propre intérêt d'investir dans des fonctions d'autovérification ?

c) *du point de vue du public* : le programme insuffle-t-il au grand public le sentiment que l'organisme gouvernemental réglemente efficacement, qu'il agit afin de protéger l'intérêt public et que son activité de réglementation n'a pas été détournée ?

Ce chapitre vise à explorer ces questions en mettant l'accent sur le programme de conformité et d'application de la loi du ministère de l'environnement et de l'action en matière de changement climatique (MECC). La première partie relate comment les tribunaux ont analysé les dispositions sur l'inspection à la lumière de l'article 8 de la *Charte*. Elle se termine en décrivant comment les pouvoirs d'inspection des lois provinciales sur la protection de l'environnement sont circonscrits de façon à respecter l'article 8 tout en réalisant d'autres objectifs prévus dans les politiques. La deuxième partie introduit brièvement la théorie de la réglementation adaptée et de la pyramide de la réglementation. Elle traite aussi de certaines idées dégagées des écrits sur ce qui constitue une politique efficace en matière de conformité et d'application de la loi, notamment la mesure dans laquelle la politique incite les entreprises assujetties d'un secteur donné à devenir et demeurer « vertueuses » en adoptant des fonctions d'autovérification. La dernière partie décrit le programme du MECC en matière de conformité et d'application de la loi, y compris la façon dont il détermine quels acteurs assujettis sont à inspecter et la façon dont une réaction à une infraction est formulée. Cette dernière partie se termine par des

observations que la théorie de la réglementation adaptée suggérerait pour le programme du MECC.

LES INSPECTIONS RÉGLEMENTAIRES ET L'ARTICLE 8 DE LA *CHARTE*

Peu après la promulgation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux ont été saisis de contestations visant des dispositions réglementaires en matière d'inspection. Il leur était demandé d'examiner si elles étaient conformes à l'article 8 de la *Charte*. Lorsque la décision *Hunter* c *Southam*[3] été rendue, il y avait un certain doute que de tels pouvoirs réglementaires d'inspection survivraient à un examen fait en prenant en considération la *Charte*. Dans l'affaire *Hunter*, le tribunal a dû analyser les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. En vertu de cette loi fédérale, les inspecteurs peuvent pénétrer dans des lieux privés et saisir des documents après avoir obtenu au préalable l'autorisation d'un fonctionnaire désigné. Ces pouvoirs ont été jugés contraires à l'article 8 de la *Charte* pour le motif qu'ils ne prévoyaient pas la possibilité d'une procédure d'autorisation préalable avant d'exécuter la perquisition. Selon la Cour suprême du Canada, les dispositions de la loi qui prévoyaient l'exercice du pouvoir de perquisition comportaient deux failles. Premièrement, le fonctionnaire ayant donné l'autorisation préalable n'était pas suffisamment indépendant par rapport à l'organisme de réglementation responsable. Deuxièmement, les pouvoirs de recherche n'étaient pas adéquatement circonscrits, en ce sens qu'ils ne limitaient pas les perquisitions là où il existait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait probablement été commise.

Pendant un certain temps après la décision rendue dans l'affaire *Hunter*, il était question de savoir comment la Cour suprême traiterait les dispositions réglementaires qui donnaient le pouvoir à des inspecteurs de pénétrer dans un lieu sans l'autorisation préalable d'un fonctionnaire indépendant et sans motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. Toutefois, dans les décisions qui ont suivi l'affaire *Hunter*, la Cour suprême a commencé à donner des signaux indiquant qu'il fallait appliquer une norme plus souple au moment de décider si une disposition réglementaire d'inspection autorisait des perquisitions déraisonnables en contravention à l'article 8 de la *Charte*. Les juges de la Cour ont convenu qu'une inspection réglementaire constituait une perquisition au sens de l'article 8 de la *Charte*, mais ils ont déclaré qu'une inspection n'était pas une perquisition déraisonnable si la loi autorisait clairement l'accès aux lieux et que les dispositions l'autorisant étaient adéquatement circonscrites selon le contexte réglementaire. En d'autres mots, la Cour

3. [1984] 2 RCS 145.

a reconnu qu'il serait difficile d'appliquer la norme de l'arrêt *Hunter* aux inspections réglementaires, en raison de leur rôle essentiel dans les régimes réglementaires. Comme le juge La Forest a fait observer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*[4] :

> Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des représentants de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

Même si les inspections peuvent ultimement mener à des mesures d'application de la loi, comme des poursuites, cela ne leur enlève pas leur objet prédominant, qui est celui de la conformité. Comme la Cour l'a noté dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c *Potash ; Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c *Sélection Milton* :

> *L'inspection a pour objectif fondamental, la vérification du respect d'une loi réglementaire*; elle s'accompagne souvent d'une dimension informative destinée à promouvoir les intérêts des personnes en faveur desquelles la loi a été édictée. *L'exercice des pouvoirs d'inspection n'entraîne pas les stigmates qui sont normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et leurs conséquences sont moins draconiennes. Si les lois réglementaires sont accessoirement assorties d'infractions, elles sont principalement édictées dans le but d'en inciter le respect.* Il se peut que dans le cadre de leur inspection, les personnes chargées de l'application d'une loi découvrent des indices qui en laissent soupçonner la violation. Mais cette éventualité n'altère pas l'intention fondamentale qui anime l'exercice des pouvoirs d'inspection. Il en est ainsi lorsque leur mise en œuvre est motivée par une plainte. Une telle hypothèse détonne certes avec l'aspect routinier qui caractérise l'inspection. Toutefois, un système de plaintes est souvent envisagé par le législateur lui-même, car il constitue un moyen pragmatique non seulement de vérifier les manquements à la loi, mais également d'en dissuader la survenance[5]. [nos italiques.]

La portion soulignée de l'extrait ci-dessus de l'arrêt *Potash* semble présager de la jurisprudence qui allait se développer au cours des années subséquentes sur l'article 8 de la *Charte*, où la Cour a cherché à établir des limites à l'utilisation des pouvoirs réglementaires d'inspection visant à recueillir de la preuve en vue d'une poursuite réglementaire. Plus précisément, le passage fait allusion

---

4. *Thomson Newspapers Ltd.* c *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425, 507.
5. [1994] 2 RCS 406, 421.

au critère de l'« objet prédominant », qui a été adopté plus tard dans l'arrêt phare sur la question, *R.* c *Jarvis*[6]. Ce chapitre n'approfondira pas cette question et n'examinera pas à fond la jurisprudence. Elle est traitée par Paul McCulloch au chapitre 55 sur « Les enquêtes environnementales – une perspective gouvernementale ».

Un tribunal doit tenir compte de plusieurs facteurs pour décider si une disposition d'inspection est valide sur le plan constitutionnel et qu'elle permet les perquisitions et saisies raisonnables dans les circonstances, notamment :

(a) le contexte dans lequel s'inscrit le pouvoir (qu'il soit criminel, quasi criminel ou réglementaire) ;

(b) le caractère intrusif du pouvoir de perquisition ;

(c) l'attente raisonnable en matière de respect de vie privée dans la propriété faisant l'objet de la perquisition et

(d) l'objet du pouvoir.

Dans son analyse, le tribunal doit déterminer si la loi en question établit un juste équilibre entre l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et l'intérêt de l'État d'assurer l'administration et l'application du régime réglementaire en question afin de protéger l'intérêt public. Les tribunaux ont reconnu à maintes reprises que les personnes qui exercent des activités réglementées ont des attentes réduites en matière de protection de la vie privée et que, pour cette raison, ils n'appliqueront pas la norme de *Hunter* aux dispositions réglementaires en matière d'inspection[7].

Cependant, même si les tribunaux n'étaient pas disposés à appliquer l'exigence de l'autorisation préalable énoncée dans l'arrêt *Hunter* aux inspections réglementaires, ils ont continué à examiner attentivement ces dispositions au regard de l'article 8 de la *Charte* en vérifiant si les pouvoirs étaient adéquatement circonscrits, compte tenu de l'objectif public du régime réglementaire et des attentes en matière de protection de la vie privée des personnes visées par la réglementation. Par exemple, dans l'affaire *Johnston* c *Ontario (ministre du revenu)*[8], la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé les dispositions relatives à l'inspection de la *Loi de la taxe sur le tabac* de l'Ontario, parce qu'elles autorisaient une perquisition sans mandat de tout véhicule automobile commercial, que le véhicule ait été lié ou non au commerce du tabac ou sans motifs raisonnables de croire que le véhicule commercial contenait une preuve d'infraction à la loi. La juge Arbour souligne :

6. *R.* c *Jarvis*, [2002] 3 RCS 757.
7. *B.* c *Securities Commission* c *Branch*, [1995] 2 RCS 3.
8. 75 OR (2d) 558.

> [TRADUCTION] [p]our qu'une perquisition aléatoire soit raisonnable au sens de l'article 8, même dans un cas où l'intérêt à la vie privée affectée est minime, il doit être établi qu'une perquisition aléatoire est le moyen le moins intrusif possible pour l'application adéquate du régime réglementaire.

L'article 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*[9], qui définit le pouvoir d'inspection des agents provinciaux, représente bien les dispositions d'inspection que l'on retrouve dans beaucoup de lois dont le MECC gère l'application. En vertu de ce pouvoir, les agents provinciaux désignés par le ministre peuvent pénétrer dans une propriété sans consentement et sans mandat ou ordonnance judiciaire. Mais ce pouvoir est limité dans plusieurs aspects importants afin qu'il respecte l'article 8 de la *Charte*. Voici les contraintes qui sont habituellement imposées à l'exercice d'un pouvoir d'inspection et certaines questions qui surgissent couramment au moment de la rédaction des dispositions portant sur l'inspection :

- le pouvoir d'inspecter ne peut être exercé qu'à des « heures raisonnables » ;
- un agent provincial peut pénétrer dans un lieu seulement s'il ou elle « croit raisonnablement » qu'un objet ou une activité assujettis à la loi peut y être trouvé. Par exemple, l'agent provincial peut pénétrer dans un lieu s'il ou elle croit raisonnablement que ce lieu doit faire l'objet d'une approbation au titre de la loi ;
- les agents doivent s'identifier et expliquer le but de leur entrée ;
- en 1998, les dispositions de la *Loi sur la protection de l'environnement* et de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[10] relatives aux inspections ont été réintroduites et structurées de façon à séparer dans un paragraphe les endroits où un agent provincial peut entrer et dans un paragraphe distinct ce qu'un agent provincial peut faire. Étant donné que la disposition a été structurée de cette façon, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que le MECC ne pouvait s'appuyer sur ses pouvoirs d'inspection pour demander des renseignements au téléphone ; cela ne pouvait être fait qu'à l'occasion d'une inspection sur place. Depuis, ces lois ont été modifiées afin de donner expressément le pouvoir aux agents provinciaux de demander des renseignements au téléphone[11].la force ne peut pas être utilisée pour mener une inspection. Si un

9. LPE, *supra* note 2.
10. *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, LRO 1990, c O.40 (LREO).
11. *R* c *Crompton* (2005) 78 OR 3rd 135. En 2009, en réaction à ce jugement, l'article 157.0.1 a été ajouté à la LPE et l'article 15.0.1 a été ajouté à la LREO pour donner expressément le pouvoir aux agents provinciaux de demander des renseignements au téléphone.

occupant refuse de permettre à un agent provincial de pénétrer dans un lieu, même si celui-ci en a le droit, le seul recours consiste à obtenir une ordonnance d'inspection d'un tribunal au titre de l'article 158 de la LPE ou à transmettre le dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois pour les motifs que la personne a fait entrave à un agent provincial dans l'exercice de ses fonctions au titre de la loi[12].

– les pouvoirs d'inspection ne peuvent être utilisés afin de pénétrer dans une salle servant de lieu d'habitation. L'inspection d'un lieu d'habitation peut avoir lieu uniquement en vertu d'une ordonnance d'un tribunal au titre de l'article 158. Au moment de rédiger des dispositions législatives sur les mandats ou les ordonnances d'inspection délivrés par le tribunal, il convient d'indiquer expressément que si la demande de mandat ou d'ordonnance d'inspection vise un lieu d'habitation, la demande devrait en aviser expressément le tribunal[13].
– des dispositions plus récentes concernant les inspections réglementaires prévoient que si un bien est endommagé à la suite d'une inspection, l'agent doit remettre le bien dans l'état où il se trouvait avant qu'il ne pénètre dans les lieux[14].
– les dispositions d'inspection permettent expressément à l'agent d'être accompagné par une autre personne qui possède une expertise ou des connaissances particulières liées à l'objet de l'entrée[15].
– la plupart des dispositions d'inspection de la législation provinciale en matière de protection de l'environnement autorisent des inspections sans préavis, c'est-à-dire des inspections sans qu'il soit nécessaire de donner un préavis à l'occupant. Depuis peu, cependant, en réaction aux inquiétudes d'intervenants, certaines lois qui relèvent du MECC et dont l'application est administrée à l'échelle locale requièrent qu'un préavis raisonnable d'inspection soit donné à l'occupant. Une exception est prévue lorsque l'agent a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a eu lieu et qu'il est nécessaire de pénétrer dans les lieux sans préavis raisonnable pour prévenir ou réduire un dommage

12. Voir l'article 184 de la LPE ; le paragraphe 184 (1) prévoit que « [n]ul ne doit gêner ni entraver un agent provincial, une personne employée dans le ministère ou un mandataire du ministère dans l'exercice des fonctions que lui attribue la présente loi ».
13. À titre d'exemple de cela, voir l'article 26 de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe*, LO 2008 c 23, particulièrement au paragraphe 26 (19).
14. *Ibid.*, paragraphe 26 (25).
15. *Ibid.,* paragraphe 26 (9).

environnemental. Il devrait y avoir une réflexion approfondie avant d'imposer une exigence de préavis à l'exercice du pouvoir d'entrer, surtout s'il est établi qu'il est nécessaire d'effectuer des inspections à l'improviste pour réglementer efficacement les activités des acteurs assujettis au régime réglementaire[16].

– Des lois récentes ont exigé que les agents complètent une formation, dont les critères sont prescrits par la réglementation, avant d'exercer un pouvoir d'entrer. Cette règle a été incluse dans des lois relevant du MECC dont l'application devait être administrée localement, en grande partie en réponse aux inquiétudes des acteurs du secteur agricole, qui craignaient que les agents locaux pénètrent dans des exploitations agricoles sans comprendre comment gérer les risques biologiques qui s'y trouvent[17].

LA RÉGLEMENTATION ADAPTÉE ET LA PYRAMIDE DE LA RÉGLEMENTATION

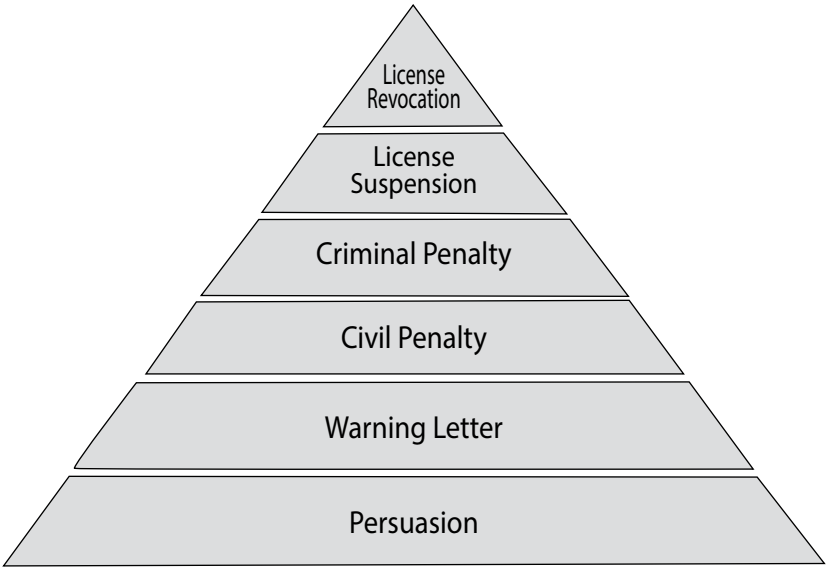
La théorie de la « réglementation adaptée » et la « pyramide de la réglementation » ont été introduites pour la première fois par Ayres et Braithwaite dans leur ouvrage remarquable intitulé *Responsive Regulation*[18]. Cette théorie a été avancée pour combler le fossé entre les deux théories opposées sur la réglementation qui sont a apparues dans les années 80. Selon la première, une

16. *Ibid.,* paragraphes 26 (11) et (12). Le pouvoir d'inspection dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine*, LO 2006 c 22 contient également une exigence de préavis ; se reporter à l'article 62 de cette loi. D'autres lois provinciales qui portent sur des questions de protection environnementale contiennent aussi des dispositions de préavis qui datent d'avant leur introduction dans les lois relevant du MECC, telles que la *Loi sur les offices de protection de la nature* (LRO 1990 c C.27, paragraphes 28 (20) à (22)) et la *Loi sur la planification et l'aménagement de l'escarpement du Niagara* (LRO 1990 c N.2, article 28). Ces contraintes de préavis sont souvent placées dans des lois dont l'application doit être administrée par des organismes locaux au lieu d'organismes provinciaux. Dans son rapport qui a suivi la Commission d'enquête sur Walkerton, le juge O'Connor a parlé de l'importance que la législation régissant les réseaux d'eau potable autorise les inspections menées à l'improviste. Il a fait plusieurs recommandations importantes concernant la conformité et l'application de la loi dans sa proposition de *Loi sur la salubrité de l'eau potable*. Voir la Deuxième partie du Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton, Chapitre 13, p. 452-455, et p. 454 : [TRADUCTION] « Le programme ministériel d'inspection des eaux devrait prévoir des inspections tant avec que sans préavis. Les inspecteurs devraient mener des inspections sans préavis lorsqu'ils le jugent approprié et au moins une fois tous les trois ans, compte tenu de facteurs tels que les priorités et la planification de travail, les contraintes de temps et les antécédents de l'exploitant ».
17. Paragraphe 26 (7) de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe* (LPLS) ; une exigence similaire apparaît dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine*. Il importe de noter que le pouvoir d'inspection dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine* est très similaire à celui de la LPLS, et que la *Loi de 2015 sur la protection des Grands Lacs* (LO 2015, c 24), récemment promulguée, adopte par renvoi une bonne partie des dispositions d'inspection de la LPLS.
18. I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive Regulation* (Oxford : University Press, 1992).

approche stricte d'application de la loi était nécessaire pour dissuader les acteurs de contrevenir à la loi. La seconde a adopté le point de vue contraire, l'utilisation de la persuasion comme premier outil de conformité. On lui a reproché de n'être qu'une autre façon de prôner la déréglementation. Les défenseurs de cette théorie ont soulevé qu'une application stricte de la loi était contre-productive, car elle minait le potentiel d'une relation de coopération entre les acteurs réglementés et les autorités de réglementation, et qu'elle diminuait la motivation d'une entreprise réglementée à se doter de fonctions d'autovérification. Ayres et Braithwaite ont tenté de réconcilier ces deux théories disparates en concevant la pyramide de la réglementation, une notion selon laquelle le programme d'un organisme gouvernemental en matière de conformité et d'application de la loi doit incorporer des aspects des deux théories et être calibré de façon à mener la réaction appropriée selon les circonstances de chaque cas :

> [TRADUCTION] [l]a question cruciale pour Ayres et Braithwaite était « Quand doit-on punir et quand doit-on persuader ? ». Leur proposition consistait en une approche adaptée « d'un pour un », où les organismes de réglementation appliquent en premier lieu des stratégies de conformité retenant des mesures dissuasives plus punitives lorsque l'entreprise réglementée ne se comporte pas de la façon désirée. Selon eux, la conformité est plus probable lorsqu'un organisme de réglementation affiche clairement une pyramide d'application de la loi, c'est-à-dire une gamme de sanctions commençant à la base avec la persuasion, en passant par les avertissements et les sanctions civiles, jusqu'aux sanctions pénales, aux suspensions et révocations de permis. Les approches réglementaires commenceraient au bas de la pyramide et passeraient aux niveaux supérieurs selon les manquements à la conformité. Il y aurait une présomption selon laquelle la réglementation devrait toujours commencer au bas de la pyramide[19].

19. Robert Baldwin et Julia Black, *Really Responsive Regulation*, LSE Law Society and Economy Working Papers 15 (London, UK: London School of Economics & Political Science Law Dept, 2007). Voir également John Braithwaite, « The Essence of Responsive Regulation, Fasken Lecture », (2011) 44 *UBC L Rev* 475.



Source : Mise à jour d'Ayres, I. et J. Braithwaite. 1992. *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, p 35.

FIGURE 1 Exemple de pyramide de la réglementation

Selon la théorie, il existe trois types d'acteurs assujettis :

a) *l'entreprise vertueuse* – ces entreprises désirent sincèrement détecter et corriger par elles-mêmes les violations sans l'intervention d'un organisme gouvernemental ;

b) *l'entreprise rationnelle* – généralement, ces entreprises se conforment uniquement quand elles croient qu'il y aura une incidence financière à ne pas le faire et qui peut nécessiter une forme d'action par un organisme gouvernemental face à une infraction afin de dissuader ces entreprises à commettre d'autres manquements à l'avenir ;

c) finalement, *l'entreprise incapable* – peu importe la sanction d'ordre pécuniaire que l'organisme gouvernemental peut imposer en raison du manquement, l'entreprise n'a tout simplement pas la capacité de se conformer ou refuse tout bonnement de le faire ; en conséquence, l'organisme doit envisager à situer son action au sommet de la pyramide et ainsi révoquer le permis autorisant l'entreprise à exercer l'activité réglementée.

La réglementation adaptée consiste à essayer de cultiver un environnement réglementaire où les entreprises réglementées sont motivées à devenir et à demeurer vertueuses. Le personnel de première ligne et la direction de l'entreprise y adopteront la mentalité selon laquelle il est de leur devoir de mettre sur pied et de maintenir des fonctions d'autovérification, comme des systèmes de gestion environnementale, afin d'assurer la conformité, plutôt que d'attendre qu'une inspection révèle des manquements. Le but consiste ensuite à élaborer des politiques qui permettent aux inspecteurs de calibrer leur réaction aux manquements, en sachant à quel moment situer leur réaction à un niveau supérieur de la pyramide afin d'envoyer le signal approprié au contrevenant et aux autres entreprises réglementées dans ce secteur. Le fondement de l'approche consiste à dialoguer avec l'entreprise assujettie, à élever le niveau d'action lorsque les outils à la base de la pyramide ne sont pas efficaces ou à ramener le niveau d'action à la base de la pyramide lorsque l'entreprise se conforme. Comme Braithwaite l'indique :

> [TRADUCTION] [l]a pyramide est rigoureuse, quoique indulgente dans ses exigences de conformité. Une entreprise qui améliore ses habitudes doit être récompensée, tout comme il importe de punir celles qui refusent obstinément de modifier leurs façons de faire.

L'approche de la pyramide de la réglementation n'est efficace que si l'organisme gouvernemental montre qu'elle a la capacité et la volonté d'élever son action d'application de la loi jusqu'au plus haut niveau de la pyramide et de révoquer le permis autorisant une entreprise à exercer une activité réglementée – l'ultime conséquence pénale. Si la collectivité réglementée commence à suspecter que cette menace d'élévation des sanctions n'est pas réelle et que l'organisme gouvernemental n'exercerait pas ce pouvoir en dernier recours, cela aura pour effet de miner l'approche de la pyramide de la réglementation, et il y aura bien peu de motivation pour la collectivité réglementée de s'y conformer.

> [TRADUCTION] La logique de la pyramide de la réglementation repose sur le sommet de la pyramide pour mettre en action ces principes de conformité. Le sommet de la pyramide représente l'ultime contrainte pour la poursuite d'une ligne de conduite qui contrevient aux règles. S'il s'agit d'une sanction crédible, autrement dit, que les personnes réglementées croient que les autorités réglementaires disposent de ce pouvoir et qu'elles l'exerceront, elle sert un nombre de fonctions. Dans un sens sociétal, elle indique la gravité d'un manquement aux règles. Elle rappelle aux personnes réglementées leurs obligations et les mesures qu'elles devraient prendre, comme convenu dans le contrat social à la base de la pyramide. Lorsque les pressions sociales échouent, les pressions économiques entrent en scène. Il est coûteux de gravir la pyramide jusqu'au bout. Il est rationnel pour l'entité réglementée de ne pas assumer les coûts de la non-conformité, et de

retourner plus tôt que tard à la base de la pyramide, à une position de coopération qui respecte la loi[20].

Les organismes gouvernementaux de plusieurs juridictions ont cherché à intégrer une version de la pyramide de la réglementation dans leurs politiques en matière de conformité et d'application de la loi. Par exemple, plusieurs organismes gouvernementaux australiens ont adopté une version de la pyramide de l'application de la loi, où l'on a discuté en profondeur de l'efficacité de ces politiques[21]. Il existe néanmoins une difficulté pour adapter l'approche de la pyramide de la réglementation aux régimes de protection de l'environnement : l'exercice d'un large éventail d'activités régies par la législation sur la protection de l'environnement ne requiert pas nécessairement d'obtenir un permis d'un organisme gouvernemental. Au lieu de cela, la loi peut simplement imposer des exigences opérationnelles à l'exercice de l'activité ; il est également possible que l'activité soit assujettie à une certaine forme d'interdiction générale de pollution. De plus, un grand nombre d'organismes de réglementation tendent à réduire l'éventail d'activités qui sont régies par des permis. Ces organismes exigent plutôt que ces activités soient inscrites sur un registre gouvernemental tout en établissant des règles opérationnelles à suivre pour les entreprises assujetties dans ce secteur (ce qu'on a souvent appelé une « approche de permis par règle »)[22]. Sans l'autorité de suspendre ou de révoquer un permis, et ne disposant essentiellement que du pouvoir d'imposer des pénalités pécuniaires comme des amendes pour réagir aux manquements, ces organismes gouvernementaux peuvent être confrontés à des difficultés uniques dans l'adoption d'une approche efficace de pyramide de la réglementation. En d'autres mots, l'approche de la pyramide de la réglementation peut-elle fonctionner efficacement si le régime ne procure pas à l'organisme de réglementation un mécanisme pour suspendre ou faire cesser pour toujours les activités d'une entreprise réglementée, ce qui est inhérent à un régime de délivrance de permis ?

On peut facilement remettre en question les présomptions qui sous-tendent l'approche de la pyramide de la réglementation. Par exemple, jusqu'à quel point l'approche fermera-t-elle les yeux sur des manquements avant que les

---

20. Mary Ivec et Valerie Braithwaite (2015), *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas : Update*, (Canberra : Regulatory Institutions Network, Australian National University), p. 7, [en ligne] http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/publications/attachments/2015-05/Occasional%2520Paper%252023_Ivec_Braithwaite_0.pdf.
21. *Ibid.*
22. Voir, par exemple, les modifications apportées à la *Loi sur la protection de l'environnement* et à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* qui ont introduit le « programme de modernisation des approbations ». Ce programme prévoit que les activités qui devaient faire l'objet d'une approbation par le MECC sont maintenant exemptées de cette exigence, mais elles doivent figurer au Registre environnemental des activités et des secteurs (« REAS ») : voir la Partie II.2 de la LPE. Une description du programme est disponible [en ligne] https://www.ontario.ca/fr/page/autorisations-environnementales.

contrevenants soient pénalisés ? Cette approche nuira-t-elle ultimement à la perception du public que l'organisme gouvernemental réglemente de façon rigoureuse et efficace ? L'approche minimise-t-elle les risques posés par un manquement ? Que faire des accusations selon lesquelles cette approche donne naissance à un trop grand potentiel d'apparence de mainmise réglementaire ? Par exemple, des instruments faits ou promulgués en vertu des lois provinciales en matière de protection de l'environnement, comme des règlements ou des approbations, qui imposent des normes d'émission polluantes, requièrent généralement qu'un acteur assujetti signale au ministère toutes les contraventions à ces normes. On peut en dire autant des incidents de pollution qui contreviennent à l'interdiction générale de polluer. Cette forme d'auto-signalement est une pierre angulaire de la législation en matière de protection de l'environnement. En effet, ces lois qui protègent l'environnement ne pourraient fonctionner sans obligations d'auto-signalement. La Cour suprême a déclaré que le fait d'obliger un acteur à signaler lui-même un manquement au titre d'un régime réglementaire de plus grande envergure ne contrevient pas à la protection contre l'auto-incrimination prévue à l'article 7 de la *Charte*[23]. L'on pourrait penser au moment où une entreprise réglementée contrevient à quelque chose d'aussi important qu'une norme d'émissions polluantes ou qu'une interdiction générale de polluer. Or, une telle circonstance ne devrait-elle pas être suivie d'une action rapide d'application de la loi comportant une forme de pénalité dissuasive, à la fois d'un point particulier et général ? L'intérêt public et la protection de l'environnement n'exigent-ils pas une réponse ferme ?

Il existe toutefois des éléments qui donnent à penser qu'une politique trop agressive pourrait se révéler contre-productive et nuire à un environnement réglementaire qui motive les acteurs réglementés à devenir et demeurer plus « vertueux ». Dans le cadre d'une étude qui a analysé des données d'une période de dix ans provenant d'installations industrielles des États-Unis régies par la *Clean Air Act*, il a été observé qu'un programme d'application de la loi reposant sur des menaces d'ordre pénal n'avait, dans bien des cas, pas donné l'effet désiré ; c'est-à-dire qu'une entreprise réglementée respecterait ses promesses de mettre sur pied une fonction vérification interne. Au lieu de cela, les auteurs postulent qu'en beaucoup de circonstances, la menace d'une pénalité a créé entre l'acteur assujetti et l'organisme gouvernemental une relation d'antagonisme qui mine les rapports antérieurs fondés sur la collaboration, affecte le moral du personnel de première ligne et de la direction, et enlève la motivation de ces derniers à détecter les violations et à y remédier sur une base volontaire. L'étude a révélé que le facteur de motivation crucial des acteurs assujettis qui voulaient devenir et demeurer vertueux était une surveillance étroite de l'organisme

23. *R* c *Fitzpatrick* [1995] 4 RCS 154.

gouvernemental, en d'autres mots, un régime d'inspection solide. Une surveillance étroite indique à l'entreprise assujettie que son travail d'auto-vérification est surveillé avec attention. Elle informe aussi les autres entreprises que les enquêtes dans les fonctions d'auto-vérification constituent un investissement judicieux, puisque les concurrents sont également surveillés. Comme les auteurs de l'étude, Short et Toffel, le mentionnent :

> [TRADUCTION] [n]ous démontrons qu'il existe d'importantes différences entre les effets des sanctions et la surveillance du comportement des organisations qui ne sont pas pleinement prises en compte dans la théorie de la dissuasion ni la littérature organisationnelle sur le contrôle social et la coopération. Si les menaces réglementaires de coercition ont semblé amortir les motivations intrinsèques à s'autoréglementer, la surveillance a eu l'effet opposé. Les dispositifs de divulgation des secteurs industriels fortement surveillés avaient plus de chances de respecter leur engagement de s'autoréglementer que les industries appartenant à des secteurs moins surveillés. De plus, une surveillance directe d'installations particulières a même favorisé la mise en œuvre efficace de l'autoréglementation[24].

Depuis son introduction, de nombreux auteurs se sont penchés sur le fondement de la réglementation adaptée. C'est le cas du professeur Malcolm Sparrow, dans son ouvrage *Regulatory Craft*[25]. Il préconise une approche pragmatique de la politique de conformité et d'application de la loi et suggère de réformer trois éléments fondamentaux :

(1) *une priorité clairement mise sur les résultats* : la priorité d'un régime de conformité d'un organisme gouvernemental devrait porter sur des résultats définis et pas seulement sur les extrants de processus – c'est-à-dire compter le nombre d'inspections menées ou mesures d'applications exécutées, et noter l'augmentation ou la diminution de ces nombres d'une année à l'autre. Il faut plutôt se concentrer sur l'élaboration de mesures de rendement significatives pour déterminer si les résultats choisis sont atteints ;

(2) *l'adoption d'une approche de résolution de problème* : l'identification des risques importants ou des modèles de non-conformité pour aider à expliquer la meilleure façon d'affecter les ressources limitées d'un organisme gouvernemental pour atteindre les résultats escomptés. Sparrow insiste qu'il devrait y avoir pour chaque problème des

24. Jodi Short et Michael Toffel, « Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic : The Critical Role of the Legal Environment », Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No 11-14, (2010) 44 *Admin Sci Q* 361, 388.

25. Malcolm K Sparrow, *The Regulatory Craft : Controlling Risks, Solving Problems and Managing Compliance*, Washington, DC : Brookings Institution Press, 2000.

solutions sur mesure qui respectent l'équilibre dans la politique d'application de la loi – c'est-à-dire qui [TRADUCTION] « rehausse le pouvoir d'application de la loi de l'organisme tout en ayant recours à des mesures économiques et en phase avec le contexte des stratégies cohérentes d'application de la loi » ;

(3) *un investissement dans des partenariats de collaboration* : s'engager dans un dialogue ouvert avec toutes les parties prenantes afin d'identifier un objectif commun grâce à l'établissement d'un programme de collaboration dans l'établissement des priorités ; ce qui signifie que le processus d'identification des problèmes doit être mené par l'organisme gouvernemental d'une manière ouverte et transparente[26].

La portée du présent chapitre ne va pas jusqu'à étudier en profondeur l'approche de Sparrow, étant donné qu'il est le premier à reconnaître qu'il est extrêmement difficile de mettre en œuvre son approche de résolution de problème sur la réglementation. La section suivante reviendra sur les deux questions principales qui animent le régime de conformité et d'application de chaque organisme gouvernemental, en mettant l'accent sur le programme du MECC, notamment sur la façon dont il décide quelles personnes feront l'objet d'une inspection et la façon dont l'agent provincial formule sa réponse lorsqu'il détecte une violation pendant une inspection. La section se terminera par des observations au sujet du programme du MECC basées sur ce que la réglementation adaptée et la pyramide de la réglementation ont suggéré de mettre en place par une autorité de réglementation efficace.

LES LEÇONS QUE LE PROGRAMME DE CONFORMITÉ DU MECC PEUT DÉGAGER DE LA RÉGLEMENTATION ADAPTÉE

Le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique (MECC) de l'Ontario réglemente un large éventail de secteurs, des réseaux d'eau potable aux sites d'enfouissement des déchets, aux réseaux d'assainissement municipaux, commerciaux et industriels, à l'application de pesticides et aux sources ponctuelles d'émissions atmosphériques. Les principales lois en vertu desquelles le MECC mène des activités de conformité et d'application de la loi sont les suivantes :

- la *Loi sur la protection de l'environnement*
- la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*
- la *Loi sur les pesticides*

26. *Ibid.*, voir en particulier le chapitre 7 « Elements of Reform ».

– la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*
– la *Loi de 2009 sur la réduction des toxiques*
– la *Loi de 2002 sur la gestion des éléments nutritifs* (le MECC est responsable des dispositions de cette loi qui traitent de la conformité et de l'application de la loi).

Au cours d'une année normale, le ministère effectue de 3 000 à 4 000 inspections proactives (ou planifiées) dans divers secteurs de programmes qui relèvent de sa compétence, et approximativement 350 inspections réactives (à la suite d'un incident). Au cours de l'exercice financier 2014-2015, un total de 4 033 inspections ont été menées. La Division des opérations (DO), responsable de la conformité et de l'application de la loi au sein du ministère, attribue chaque secteur de programme à une région de DO ou à une direction, comme dans le tableau ci-dessous.

RÉGION DE LA DIVISION DES OPÉRATIONS	PROGRAMME DE RÉGLEMENTATION
Centre	Déchets dangereux Déchets non dangereux Friches contaminées Terres associées à des préoccupations environnementales
Centre-Ouest	Air
Sud-Ouest	Agriculture Permis de prélèvement d'eau Eau de surface et souterraine
Est	Pesticides Puits d'eau Agrégats
Nord	Eaux usées communales Eaux usées industrielles Exploitation minière
Direction de la mise en conformité des secteurs	Émission des véhicules Énergie renouvelable REAS et vérifications relatives aux substances toxiques

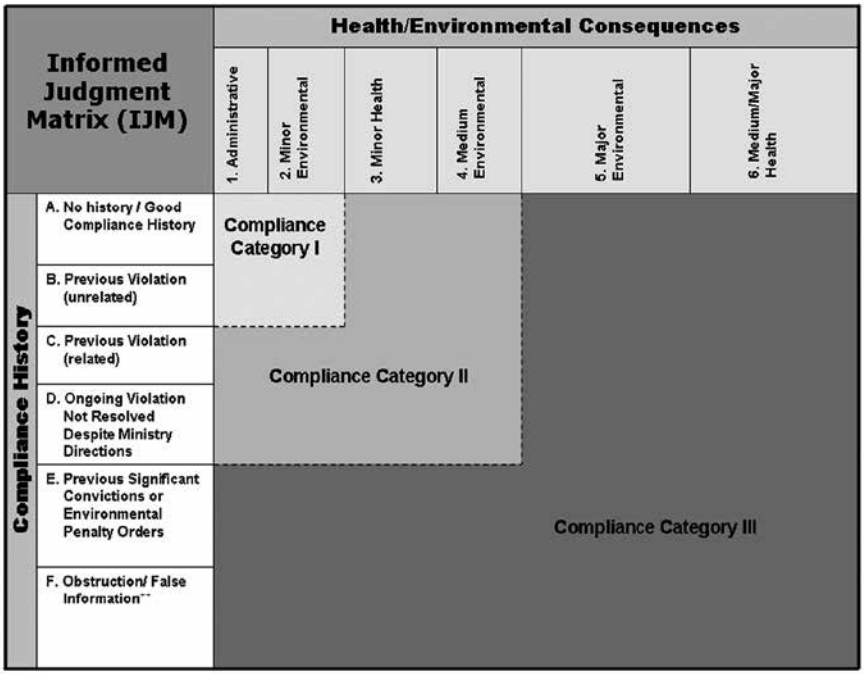
Au moyen d'une approche basée sur les risques, le responsable de programme détermine les entreprises réglementées qui devraient faire l'objet d'inspections planifiées. Les entreprises sont sélectionnées et classées selon une analyse des impacts potentiels pour la santé humaine et l'environnement, en plus de leurs antécédents de conformité. Le processus de planification de protection des sources que la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable* a

introduit donne un bon exemple de la façon dont le risque est incorporé dans le processus de planification pour les inspections proactives. Les plans de protection de source sont requis pour trouver les régions où un type particulier d'activité, comme l'exploitation d'un site d'enfouissement des déchets, est considéré comme un risque considérable pour une source municipale d'eau potable. La DO utilisera cette information pour donner la priorité aux entreprises dont les activités se déroulent dans des régions associées à des menaces importantes. Au moment de planifier des inspections proactives pour une année donnée, il y a, pour les responsables de programmes, un équilibre délicat entre les priorités locales déterminées et celles du programme (qui sont établies de façon centralisée par le ministère).

La *Politique de conformité* du ministère[27] régit la façon dont le ministère réagit lorsqu'il découvre l'existence d'un manquement lors d'une inspection, que cette dernière soit proactive ou réactive. Le chapitre dans cet ouvrage de mon collègue, Fred Maef, *Anatomie du régime de conformité à la loi : mesures initiales*, décrit les éléments de cette politique. La discussion se concentrera ici sur la « Matrice de jugement éclairé » (MJE) et les facteurs propres à chaque cas au titre de la *Politique de conformité*, car ce sont eux qui déterminent comment un agent provincial doit formuler sa réponse à un incident[28] et s'il convient d'établir une approche de réduction « volontaire » ou « obligatoire » dans les circonstances. La « réduction volontaire » consiste à utiliser les outils au bas de la pyramide de la réglementation, y compris la « persuasion » ou la « lettre d'avertissement ». En d'autres mots, permettre un dialogue avec l'acteur assujetti avant qu'un incident ne soit considéré comme exigeant une réaction de « réduction obligatoire ». La « réduction obligatoire » consiste à recourir aux pouvoirs prévus par la loi pour imposer la conformité. Ces outils comprennent les arrêtés, un procès-verbal en vertu de la partie I de la *Loi sur les infractions provinciales*[29], la modification d'une approbation pour le site (le cas échéant) ou la transmission du dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois en vue de porter de possibles accusations et d'entamer une poursuite pénale au titre de la partie III de la *Loi sur les infractions provinciales*. Elle comprend

27. *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation,* mai 2007.
28. La Politique de conformité ne définit pas seulement un « incident » comme une infraction, mais aussi comme un incident qui ne constitue pas une infraction mais il existe un risque que l'activité entraîne un effet nuisible. En effet, les pouvoirs d'intervention du ministère peuvent être exercés non seulement lorsqu'une infraction est découverte, mais également de manière préventive par le biais des arrêtés préventifs, et cela, sans avoir à attendre que l'interdiction générale de polluer ne soit violée : par exemple, voir les articles 18 et 157.1 de la LPE.
29. LRO 1990, c P.33.

également l'émission d'un arrêté de pénalité environnementale (« PE »), c'est-à-dire une sorte de pénalité administrative pouvant être utilisée dans un seul des neuf secteurs de l'industrie énumérés dans les règlements sur les pénalités environnementales, et seulement en lien avec des infractions prévues dans ces règlements (surtout les infractions liées aux rejets illégaux de ces installations dans le sol ou dans l'eau)[30].



LES FACTEURS PROPRES À CHAQUE CAS (EXEMPLES)

- S'agit-il d'une question d'intérêt public ?
- L'entité réglementée est-elle quelqu'un avec qui nous pouvons travailler pour obtenir un résultat positif ?
- L'entité réglementée a-t-elle divulgué volontairement l'incident ? La personne responsable a-t-elle collaboré ?

30. Voir l'article 182.1 de la LPE et l'article 106.1 de la LREO ainsi que les règlements découlant de ces dispositions (O Reg 222/07 et O Reg 223/07).

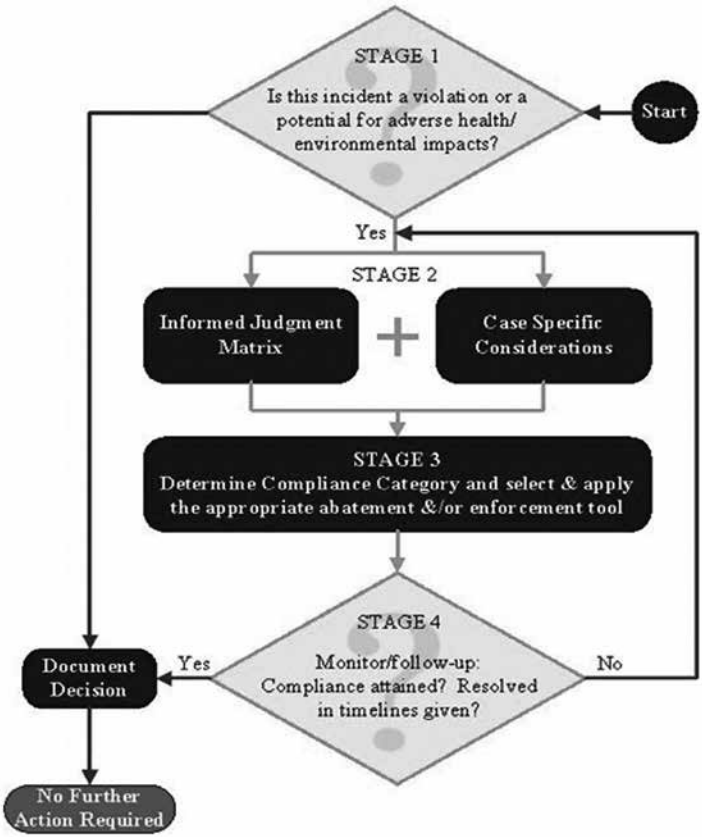
- Avec quelle rapidité l'entité réglementée a-t-elle réagi ?
- Leurs actions ont-elles permis de résoudre efficacement l'incident et de prévenir sa récurrence ?
- Étant donné la complexité de l'entité réglementée, est-ce que de l'éducation et la sensibilisation seraient plus efficaces pour aider la personne à comprendre, à gérer et à respecter la législation du ministère ?
- L'incident était-t-il le résultat d'une négligence grave et (ou) d'actes délibérés d'une personne responsable ?

Lorsqu'il détecte un incident, l'agent provincial doit établir, au moyen de la MJE, la catégorie (I, II ou III) à laquelle appartient l'incident. Pour ce faire, il évalue (sur l'axe Y de la MJE) les antécédents de conformité de l'acteur assujetti et (sur l'axe X de la MJE) les impacts environnementaux et sanitaires de l'incident. Il est ensuite possible d'appliquer des facteurs propres à chaque cas afin d'établir si l'incident devrait passer à une catégorie plus basse ou plus élevée. Une fois qu'un incident est classé dans une catégorie, la politique énonce les réponses suivantes pour chaque catégorie :

1re catégorie : La conformité volontaire – y compris l'éducation et la sensibilisation, bien que des mesures de réduction obligatoire, comme des arrêtés ou la transmission de dossiers à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi peuvent être envisagées.

2e catégorie : Une application obligatoire et plus rigoureuse des outils, comme des arrêtés, est recommandée ; la transmission du dossier à Direction des enquêtes et de l'application de la loi devrait être envisagée.

3e catégorie : Les outils obligatoires sont fortement recommandés ; le dossier d'incident doit être transmis à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi.



Le diagramme ci-dessus présente l'arbre de décision qu'un agent provincial doit suivre pour détecter un incident lors d'une inspection. Après avoir choisi la réaction appropriée (la réduction volontaire ou obligatoire), l'agent provincial doit faire un suivi pour déterminer si l'incident a été résolu. L'agent provincial doit documenter ses décisions à toutes les étapes. Lorsqu'une approche de réduction volontaire est adoptée et que l'entreprise réglementée convient d'un plan de réduction volontaire pour résoudre l'incident, la politique prévoit que des progrès insatisfaisants ne doivent pas être tolérés au-delà de six mois (180 jours). Lorsque les efforts de réduction volontaire ne suffisent pas à résoudre un incident, l'intervention doit être portée à un niveau supérieur, celui de la réduction obligatoire.

Il importe de mentionner le régime de conformité et d'application de la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*, car contrairement aux autres lois

dont l'application relève du MECC, un règlement[31] pris en vertu de cette loi prescrit la fréquence minimale des inspections des réseaux municipaux d'eau potable, des laboratoires et les cas où une intervention de réduction obligatoire doit être prise afin de traiter certains types de contraventions prévues par cette loi. La loi établit également la fonction d'inspecteur en chef de l'eau potable, qui doit publier un rapport annuel décrivant les résultats d'inspections des réseaux municipaux d'eau potable et des laboratoires, ainsi que le niveau de conformité constaté dans ces installations. Toutes ces caractéristiques ont été intégrées à la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable* pour satisfaire aux recommandations du *Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton*[32]. Dans ce rapport, le juge O'Connor a formulé de nombreuses recommandations détaillées concernant la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*, y compris des recommandations à propos de la conformité et de l'application de cette loi, puis sur des questions qui devraient être prescrites par la loi – questions qui, en vertu des lois du ressort du MECC, relèvent entièrement de la discrétion du MECC.

Voici quelques observations au sujet du programme du MECC en matière de conformité et d'application de la loi, inspirées de la documentation sur la réglementation adaptée qui a été étudiée à la deuxième partie :

1. *Établir des résultats clairs pour chaque secteur de programme afin de guider la planification des inspections et les mesures de conformité et d'application de la loi :* Par un processus annuel intégré de planification, le responsable de programme dresse une liste d'objectifs pour chaque secteur de programme, il détermine les priorités pour l'année à venir et les résultats à atteindre. Après avoir établi ces orientations stratégiques, le responsable de programme travaille avec chaque région pour identifier les acteurs réglementés qui devraient faire l'objet d'inspections proactives. L'élaboration de cette orientation stratégique qui guide le processus intégré de planification pour une région de programme, comme l'établissement des objectifs et des priorités pour une période donnée, y gagnerait de plusieurs façons si elle était menée avec plus d'ouverture et de transparence, en faisant participer les acteurs réglementés et d'autres intervenants. Tout d'abord, le fait d'offrir cette possibilité de dialogue aiderait à obtenir l'adhésion des acteurs réglementés par rapport aux priorités du ministère et aidera à mobiliser de tels partenariats. En outre, en se prêtant plus ouvertement à un exercice de planification intégrée, les acteurs assujettis à l'échelle de tout le secteur seraient plus à même de comprendre où ils devraient concentrer leurs efforts d'autovérification. Ils comprendraient mieux également le raisonnement du ministère

31. Voir *Compliance and Enforcement*, O Reg 242/05.
32. L'Honorable Dennis R. O'Connor, *Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton*, deuxième partie (Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2002).

derrière les décisions fondamentales visant les « personnes à inspecter » et les « façons de réagir ». Finalement, le fait de mener cet exercice avec plus d'ouverture et de transparence aidera à redonner confiance au public envers le MECC en tant qu'autorité de réglementation efficace.

2. *Rapports périodiques pour chaque secteur de programme sur les résultats en matière de conformité et d'application de la loi :* La réglementation adaptée met en garde contre l'idée de trop mettre l'accent sur le suivi des résultats de l'organisme gouvernemental pour mesurer son rendement, par exemple, le suivi de l'augmentation ou de la diminution du nombre de poursuites d'une année à l'autre. Au minimum, chaque programme devrait rendre compte au public à intervalles réguliers du nombre d'inspections proactives et réactives menées au cours de la période couverte par le rapport, de la proportion des réductions volontaires par rapport aux réductions obligatoires utilisées pour résoudre un incident, du nombre d'incidents résolus avec succès sans avoir à élever le niveau de réaction et la nature des mesures de réduction employée (avertissements, plans de réduction volontaire, arrêtés, poursuites). Le ministère publie actuellement des « Rapports régionaux de conformité environnementale » qui décrivent les incidents où les normes de rejet dans l'air ou dans l'eau ont été dépassées et les mesures de suivi prises en réaction à ces incidents[33]. Toutefois, en allant au-delà du pur exercice comptable, un rapport efficace mesurerait le rendement d'un organisme gouvernemental en fonction d'un ensemble de critères, et évaluerait si les résultats établis sont atteints. La production de rapports au public est aussi importante, en ce qu'elle permet à un organisme gouvernemental de mettre en évidence les outils dont il s'est servi dans le secteur de programme au cours de la période du rapport pour atteindre les résultats, y compris tous les programmes d'inspection ciblée, les programmes d'aide à la conformité et les programmes conçus pour inciter les entreprises réglementées du secteur à adopter des fonctions d'autovérification. Fait encore plus important, avec une production de rapports périodiques destinés au public pour chaque secteur de programme, le ministère pourrait démontrer qu'il est capable de passer à des mesures d'application de la loi plus élevées dans la pyramide de la réglementation lorsque c'est nécessaire, notamment en soulignant les cas où les approbations ont été suspendues ou révoquées.

3. *Motiver les acteurs réglementés* à adopter des *activités d'autovérification.* Pour la plupart des types d'approbation délivrée par le MECC, comme les approbations relatives aux sites d'enfouissement, le détenteur de l'approbation doit préparer un rapport annuel qui inclut une obligation de signaler tout incident de non-conformité et la façon dont il a été résolu. De façon similaire,

33. Voir, Gouvernement de l'Ontario, *Rapports régionaux de conformité environnementale*, [en ligne] https://data.ontario.ca/fr/dataset/environmental-compliance-reports.

la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable* oblige les dirigeants des réseaux municipaux d'eau potable à rédiger des rapports annuels faisant état de toute violation, de leur durée et des actions prises pour y remédier[34]. Récemment, un règlement habilité par la LPE a exigé de faire appel à un tiers pour qu'il atteste de l'exactitude d'un rapport sur la conformité[35]. Un autre règlement découlant de la LPE, qui exige que des installations industrielles particulières élaborent des plans de prévention de déversements et d'intervention d'urgence, oblige un dirigeant ou un administrateur de l'entreprise réglementée à déclarer par écrit, dans le rapport annuel, que les plans sont conformes au règlement. Les entreprises réglementées qui sont obligées par la loi de documenter les manquements et la façon dont ils sont résolus sont-elles plus enclines à adopter et à conserver des mesures efficaces d'autovérification ? Les installations qui sont obligées de surveiller leur propre conformité affichent-elles de plus hauts taux de conformité en raison de leurs obligations légales ? Finalement, dans quelle mesure les obligations de faire rapport en matière de conformité font-elles l'objet de vérification par les autorités de réglementation ? Ces questions méritent qu'on s'y attarde, car la tendance a été de contraindre légalement ces mesures d'autovérification et il serait bon de savoir jusqu'à quel point ces exigences entraînent des taux de conformité plus élevés.

En plus d'imposer l'autovérification en vertu de la loi, le ministère a élaboré des approches plus souples pour motiver l'adoption de mesures d'autovérification. Au titre du programme de pénalité environnementale, un contrevenant voit sa pénalité réduite automatiquement s'il peut démontrer qu'au moment de l'infraction, il avait mis en place un système de gestion de l'environnement conforme aux exigences du règlement. Au mois de juillet 2004, le ministère a adopté un programme environnemental à l'intention des dirigeants[36], –un programme qui promettait à une entreprise assujettie certains avantages, comme des garanties dans les délais de traitement de demandes d'approbation si l'entreprise assujettie convenait d'adhérer à certaines conditions du programme, comme celle d'avoir mis en place un système de gestion environnementale. Finalement, dans le cadre du processus intégré de planification, un secteur de programme peut concevoir un projet de promotion de la conformité pour encourager les entreprises réglementées à adopter des mesures d'autovérification. La façon dont ces projets de promotion de la conformité sont communiqués aux entreprises assujetties peut

34. Voir, l'Annexe 22 (Rapports sommaires à l'intention des municipalités) du *Règlement de l'Ontario sur les réseaux d'eau potable*, Règl de l'Ont 170/03 découlant de la *Loi sur la salubrité de l'eau potable*.
35. Voir, l'article 9 du *Règlement de l'Ontario sur la collecte des produits pharmaceutiques et des objets pointus – Responsabilités des producteurs*, Règl de l'Ont 298/12.
36. Ministère de l'Environnement, Direction de l'innovation environnementale, *A Framework for Ontario's Environmental Program* (juillet 2004).

considérablement influencer leur réussite[37]. Du point de vue de la réglementation adaptée, les programmes qui reconnaissent l'importance des mesures d'autovérification et qui motivent les entreprises réglementées à les adopter sont cruciaux. Étant donné que les autorités de réglementation ne peuvent pas se trouver partout en tout temps pour détecter les infractions, l'approche de l'organisme gouvernemental en matière de conformité et d'application de la loi doit envoyer les signaux appropriés que les entreprises vertueuses dans un secteur seront reconnues et récompensées.

4. Pour un meilleur usage des pénalités administratives pour compléter la pyramide de la réglementation du MECC: Les pénalités administratives sont simplement le pouvoir d'un organisme gouvernemental d'imposer une pénalité financière à un contrevenant sans devoir recourir au processus judiciaire, au moyen, par exemple, d'une poursuite ou d'une action au civil. Les pénalités administratives existent depuis longtemps dans un large éventail de contextes de réglementation (y compris la protection de l'environnement) aux États-Unis et dans d'autres pays, mais elles n'ont pas été largement adoptées au Canada jusqu'à récemment, à l'exception des contextes réglementaires particuliers, comme les impôts et l'aéronautique. Cela signifiait que la seule façon dont le MECC pouvait imposer une pénalité financière pour une infraction est d'entamer une poursuite pénale. Il existe bien des inconvénients à trop se fier aux poursuites pénales. Tout d'abord, les enquêtes et les poursuites exigent beaucoup de ressources. Conséquemment, elles ne sont pas de mise pour sanctionner les infractions de nature mineure. En outre, les conséquences financières résultant d'une poursuite pénale sont imposées longtemps après que l'infraction a été détectée, parfois jusqu'à deux ans après la détection. En pratique, le ministère n'a souvent pas d'autre choix que de répondre par une autre mesure d'application aux infractions qui ne conviennent pas aux poursuites pénales, en faisant émettre par un agent provincial, un arrêté basé sur l'infraction[38]. Il s'agit souvent d'un simple arrêté exigeant que l'entreprise réglementée se conforme à l'exigence légale qu'elle était censée respecter en premier lieu. En d'autres mots, un pouvoir d'émettre des arrêtés sans un pouvoir de sanction administrative entrave grandement l'influence de l'organisme gouvernemental dans les négociations de conformité avec une entreprise réglementée.

---

37. Les organismes gouvernementaux ont trouvé que la manière dont un organisme cherche à communiquer avec une entreprise réglementée pour l'inciter à identifier et à rectifier des infractions peut avoir une influence considérable sur le fait qu'elle respectera ou non son engagement – on réfère parfois à cette approche sous le nom [TRADUCTION] « Communications pour la conformité » : voir, par exemple, Scott Killingsworth, « Modeling the Message : Communicating Compliance Through Organizational Values and Culture », (2012) 25 *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, p. 960-987.

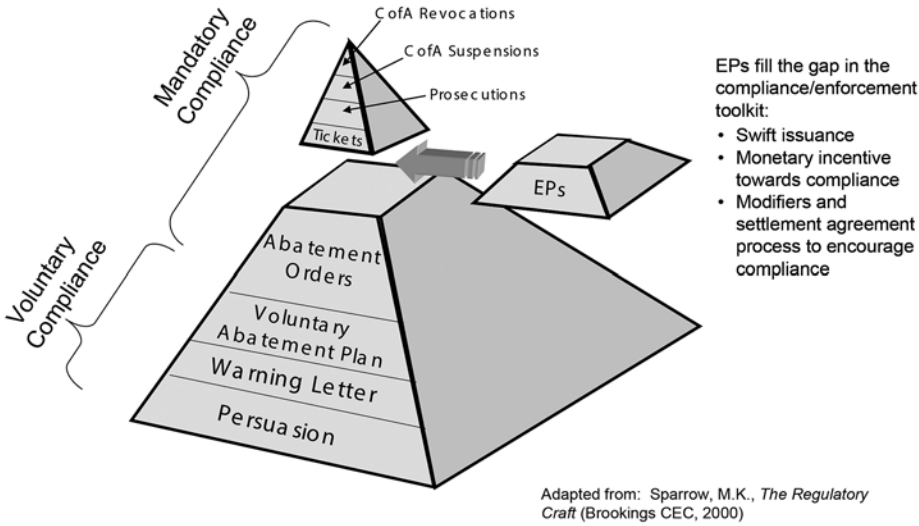
38. Pour un exemple d'arrêté basé sur une contravention émis par un agent provincial, voir l'article 157 de la LPE.

Prenons, par exemple, une inspection proactive de routine chez une entreprise réglementée qui révèle une longue liste d'infractions. Il est possible que la plupart de ces infractions soient considérées de nature mineure ou administrative, comme le défaut de signaler, de documenter ou de surveiller – des infractions pour lesquelles une poursuite pénale n'est pas de mise, du point de vue des ressources d'un organisme gouvernemental. Lorsque l'entreprise réglementée reçoit le rapport d'inspection avec la liste des infractions, en dehors de la transmission du dossier à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi, le seul outil de réduction obligatoire dont l'agent provincial dispose pour imposer la conformité est un arrêté basé sur l'infraction. Avec un régime de pénalités administratives bien adapté, les conséquences pécuniaires de la non-conformité pour l'entreprise réglementée seraient beaucoup plus manifestes et urgentes. Contrairement aux amendes qui sont fixées par les tribunaux en fonction des faits particuliers de l'affaire, les pénalités administratives sont fixées de façon beaucoup plus prévisible et transparente. Elles peuvent aussi être adaptées pour récompenser certains comportements, par exemple, en prévoyant des réductions pour les entreprises qui se sont dotées de systèmes de gestion environnementale ou en prévoyant des réductions importantes, voire en annulant des pénalités si les infractions sont corrigées dans un délai précis. Par ailleurs, contrairement aux poursuites pénales, la plupart des régimes de pénalités administratives reposent sur la responsabilité absolue : les mesures qu'un contrevenant a prises pour empêcher une infraction comptent dans la détermination du montant de la peine, mais ne peuvent constituer un moyen de défense. Le fait de se fier uniquement aux infractions de responsabilité stricte pour pénaliser les contrevenants pourrait motiver les entreprises réglementées à ne pas être aussi ouvertes aux enquêteurs sur les mesures qu'elles ont prises pour prévenir une infraction, parce que cela pourrait affaiblir indûment leur défense de diligence raisonnable dans toute poursuite éventuelle.

Après avoir introduit dans la législation des pénalités administratives en 1998, le ministère a tenu des consultations sur des projets de règlement sur les pénalités administratives pour un large éventail d'infractions, mais pas pour des questions graves telles que les déversements illicites[39]. Toutefois, le gouvernement de l'époque n'a jamais donné suite à la proposition. En effet, il avait fait l'objet de pression intense de la part de la communauté réglementée, qui s'opposait à l'idée de donner au ministère le pouvoir de pénaliser les contrevenants. Elle croyait que cette proposition allait créer une relation conflictuelle entre le personnel du MECC et les entreprises réglementées, alors que la communauté réglementée estimait que cette relation en avait toujours été une

39. Les projets de règlements découlaient de la *Loi sur la protection de l'environnement*, de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et de la *Loi sur les pesticides*.

de coopération. Toutefois, en 2005, en réponse à une série de déversements survenus dans la rivière St. Clair par des installations industrielles de la région de Sarnia, le gouvernement a adopté une loi pour remplacer les dispositions de pénalités administratives de 1998 par un nouveau type de pénalité administrative appelé « pénalités environnementales » (PE). Contrairement aux anciennes dispositions, qui visaient les infractions mineures, ces nouvelles pénalités administratives ont été conçues précisément pour traiter les infractions graves comme les déversements illicites. Par exemple, les nouvelles dispositions permettent les poursuites pénales contre une personne pour une infraction, même dans les cas où cette personne a déjà payé des pénalités administratives. De plus, le montant maximal des pénalités environnementales a été décuplé. Cependant, les pénalités environnementales ne s'appliquent qu'à certains types particuliers d'installations industrielles, et uniquement pour des infractions liées à des rejets illégaux dans le sol et dans l'eau. Le MECC a besoin d'un outil général de pénalités administratives pour répondre aux infractions, un outil qui lui permettra de réserver les poursuites pénales pour les infractions les plus graves. Le ministère a utilisé le diagramme ci-dessous au moment d'instaurer les pénalités environnementales pour expliquer la lacune dans la pyramide de la réglementation que les pénalités environnementales étaient censées combler. L'écart continue d'exister dans les nombreux secteurs de programme où il n'y a pas de pénalités environnementales.



Adapted from : Sparrow, M.K., *The Regulatory Craft* (Brookings CEC, 2000)

How Environmental Penalties (EPs) Fill the Gap in the ministry's Compliance Toolkit

Maîtriser l'art d'être un organisme de réglementation efficace est un exercice d'équilibre difficile. Le simple fait de décider quelles entreprises réglementées inspecter et comment réagir à une infraction implique des choix difficiles sur la façon d'affecter les ressources limitées d'un organisme gouvernemental. Ce dernier doit souvent se frayer un chemin entre différentes sources de pressions opposées et parfois contradictoires, en tentant de trouver l'équilibre entre le besoin d'être sensible aux préoccupations locales tout en gérant efficacement les priorités établies par sa direction. Le message primordial de la réglementation adaptée est simple : le pragmatisme – le besoin de cerner les problèmes et trouver les solutions en établissant méthodiquement des objectifs et en concevant des moyens de mesurer le rendement en vue d'atteindre les résultats. Cela signifie de s'engager et d'investir dans la collecte et l'analyse de données sur les décisions et les actions d'un organisme gouvernemental afin de découvrir, par un moyen systémique, ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas. Il faut aussi planifier et faire un rapport sur les activités de conformité et d'application de la loi d'une manière aussi ouverte et transparente que possible afin d'obtenir la confiance de l'entreprise réglementée en question, des autres entreprises du secteur et du public en général.

Chapitre 52

Les inspections réglementaires : point de vue d'un praticien privé

Katia Opalka

« Les individus ou les entreprises qui ont des questions concernant l'élaboration de la réglementation ou les méthodes pour se conformer aux lois administrées par Environnement et Changement climatique Canada devraient consulter un spécialiste du droit qui a de l'expérience en matière de législation environnementale. »

Page Web intitulée « Application des lois environnementales »

Environnement et Changement climatique Canada

Le 2 novembre 2020

Si, dans les années 70, le Canada avait suivi l'exemple des États-Unis et adopté des lois environnementales fédérales rendant obligatoires l'adoption de normes et la mise en œuvre de mesures de contrôle de la pollution, renforcées par des dispositions législatives permettant aux ONG et à d'autres de poursuivre le gouvernement en cas de défaut d'application de la loi, les tribunaux pourraient maintenant aider le pays à atteindre des objectifs environnementaux à long terme en faisant échec à l'opportunisme politique[1].

1. Voir, par exemple, *Massachusetts* c *Environmental Protection Agency*, 549 US 497 (2007) et Kernaghan Webb, « Gorillas in the Closets ? Federal-Provincial Fisheries Act Pollution Control Enforcement », dans P Fafard et K Harrison, *Managing the Environmental Union* (Montréal et Kingston : Presses universitaires McGill-Queen's, 2000) 163-207.

Par ailleurs, si le Canada s'était doté d'une politique environnementale fédérale centrée sur la mise en place et la surveillance de normes fédérales et leur mise en œuvre à l'échelle des provinces et des territoires, ce qu'il n'a pas fait, les tribunaux pourraient, comme c'est le cas aux États-Unis, offrir un rempart solide contre les dépassements des normes réglementaires fédérales en se penchant sur la constitutionnalité des règles de protection de l'environnement adoptées par le gouvernement fédéral, par exemple, en vertu de son pouvoir de réglementer le commerce interprovincial ou la navigation[2].

De plus, si le gouvernement du Canada était enclin à faire appel aux tribunaux dans le but de protéger la diversité biologique en sol canadien, la jurisprudence contemporaine en la matière serait abondante, comme c'est le cas aux États-Unis[3], et elle décrirait l'étendue du pouvoir fédéral de conservation de l'environnement sur les terres non fédérales. En fait, les décideurs au Canada savent depuis longtemps que c'est par la planification de l'aménagement du territoire qu'on réalise les objectifs de conservation[4]. C'est ce que disent en gros la *Politique de gestion de l'habitat du poisson* (1986)[5] et la *Politique fédérale relative aux eaux* (1987)[6]. Malheureusement, le Canada a renoncé à la planification intégrée de l'aménagement du territoire à la fin des années 1990[7], et comme dans d'autres parties de la Constitution[8], en l'absence de litige, rien n'oblige les parties à revenir à la table des négociations. Aucun de ces échecs

---

2. Voir Ann Althouse, « Enforcing Federalism After *United States v Lopez* » (1996) 38 *Ariz L Rev* 793, et Eugene A Forsey, « Les pouvoirs du gouvernement fédéral et des provinces » dans *Les Canadiens et leur système de gouvernement*, [en ligne] http://www.lop.parl.gc.ca/About/Parliament/senatoreugeneforsey/book/chapter_3-f.html.
3. Voir United States Environmental Protection Agency, « About Waters of the United States », [en ligne] https://www.epa.gov/nwpr/about-waters-united-states ; United States Environmental Protection Agency, « Clean Water Rule Litigation Statement », [en ligne] https://archive.epa.gov/epa/cleanwaterrule/clean-water-rule-litigation-statement.html. Voir aussi RT, « US House votes to block clean water rule as Flint scandal grows » (15 janvier 2016), [en ligne] https://www.rt.com/usa/329117-congress-clean-water-flint/.https://www.rt.com/usa/329117-congress-clean-water-flint/> ().
4. Voir, par exemple, Gouvernement de l'Alberta, *A Policy for Resource Management of the Eastern Slopes, Revised 1984* (January 1, 1984), [en ligne] http://esrd.alberta.ca/lands-forests/landuse-planning/documents/PolicyResourceManagementEasternSlopes.pdf ; comparer avec la version originale de 1977 de la même politique, qui se trouve [en ligne] http://www.keepersoftheathabasca.ca/keystonecaribou-documents.pdf.http://www.keepersofthewater.ca/keystonecaribou-documents.pdf> (date de consultation : le 22 janvier 2016). Voir également Alberta Agriculture and Forestry, *Importance of Mountain Headwaters to Alberta* (INARCH Inaugural Workshop, octobre 2015), [en ligne] http://www.usask.ca/inarch/InauguralWorkshopOct2015/S1_Diiwu.pdf.
5. Canada, Pêches et Océans Canada, *Politique de gestion de l'habitat du poisson* (1986), [en ligne] https://archives.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/gazoduc-becancour/documents/DB10.pdf.
6. Cette politique a été retirée du site Web du gouvernement fédéral. Nous présumons qu'il faudrait déposer une demande d'accès à l'information pour en obtenir copie.
7. Agriculture et Agroalimentaire Canada ; *Cadre écologique national pour le Canada*, [en ligne] http://sis.agr.gc.ca/siscan/nsdb/ecostrat/index.html. Cela dit, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* de 2012, adoptée accessoirement à un budget, parle d'« études régionales » : *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* (LC 2012, c 19, art 52), art 73-77.
8. Voir *Delgamuukw* c *Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, par 186.

politiques ne peut être abordé à l'échelle d'un projet sans risquer que le gouvernement ne se voit condamné à indemniser des investisseurs lésés[9].

Vous vous demandez peut-être ce que cela a à voir avec les inspections réglementaires et avec les tribunaux. Justement, il existe rarement au Canada, un lien, entre les inspections environnementales réglementaires et les tribunaux. Cela s'explique notamment par le fait qu'au Canada, les gouvernements ne recourent habituellement pas aux tribunaux pour faire respecter les lois environnementales[10].

INSPECTIONS

Abordons maintenant la question des inspections[11]. Une entreprise peut être prise au dépourvu par une inspection réglementaire liée à l'environnement. Il est possible que les propriétaires d'entreprise ignorent que leurs activités sont assujetties à des contrôles environnementaux, peut-être parce qu'ils croient à tort que l'entreprise bénéficie de droits acquis. Ce sera parfois un voisin qui aura appelé les autorités afin de signaler un rejet dans l'environnement en provenance d'une usine, rejet dont le personnel ou la direction ignore tout. Il peut également s'agir d'un contrôle ponctuel. Ce contrôle peut toutefois être d'usage, ou être déclenché par une demande d'installation d'un nouvel équipement de limitation de la pollution, par une hausse des niveaux de production ou par le transfert des biens de l'entreprise à un nouveau propriétaire.

Dans tous les cas, l'inspection est une mesure par laquelle l'État rappelle à un propriétaire d'immeuble ou à l'exploitant d'une entreprise que la propriété et l'occupation d'un terrain ne sont pas seulement assujetties, aux règles du droit commun, comme celle qui oblige l'auteur d'un inconvénient à ne pas dépasser la limite des inconvénients que les voisins sont tenus de supporter, et, d'autre part, aux règles législatives, comme celles qui interdisent de rejeter des contaminants dans l'environnement sans autorisation préalable. L'arrivée d'un inspecteur peut également servir à rappeler que les autorisations

---

9. Paul Withers, de la chaîne CBC News de la Nouvelle-Écosse, « Feds appealing NAFTA tribunal decision of Nova Scotia quarry project », [en ligne] http://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/feds-appealing-nafta-tribunal-decision-of-nova-scotia-quarry-project-1.3196817.

10. Voir Andy Blatchford, « Environment Canada investigates many, but convicts few », *The Globe and Mail* (6 Fabuary 2011), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/technology/science/environment-canada-investigates-many-but-convicts-few/article565185/. Voir également Katia Opalka et Johanna Myszka, « Sustainability and the Courts : A Snapshot of Canada in 2009 » (2009) 10 J *Sust Dev Law & Pol* 59.

11. Voir Scott Jacobs et Cesar Cordova, « Good Practices for Regulatory Inspections : Guidelines for Reformers » (préparé pour le Groupe de la Banque mondiale, décembre 2005), [en ligne] https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/business-regulation/better-regulation-for-growth/inspection-reform.cfm.

gouvernementales ne constituent pas toujours une protection contre la responsabilité, quoi que l'on pense[12].

Quelle que soit la raison de la présence de l'inspecteur dans le hall d'entrée, une inspection fait penser à un examen médical : elle est intrusive, désagréable et peut sembler injuste. On préfère plutôt l'éviter. On se demande si tout le monde doit s'y soumettre. On peut ressentir de la colère et du ressentiment, surtout si l'inspecteur semble plus jeune que nos petits-enfants et qu'il ne semble pas comprendre un seul mot de ce qu'on lui dit. On se demande probablement si nos voisins et nos concurrents ont droit au même traitement, surtout si l'on est étranger ou originaire d'une autre province. Le fait est que ces sentiments sont valides, et le gouvernement le sait.

Premièrement, il n'existe en droit commun aucun devoir de faire appliquer la loi, mais si le gouvernement choisit de la faire appliquer, il doit alors suivre des règles de procédure afin d'éviter d'engager sa responsabilité civile[13]. La prévisibilité et l'équité sont deux considérations importantes à cet égard.

Deuxièmement, bien que la *common law* et les lois du Canada ne rendent pas obligatoire l'application de la loi, le Canada a néanmoins l'obligation de faire respecter ses lois environnementales en vertu d'un accord parallèle à l'*Accord de libre-échange nord-américain*.

Étant donné que d'autres chapitres se penchent sur la *common law*, la Charte canadienne et le *Code criminel*, et puisque c'est important, j'ai choisi de me concentrer sur le libre-échange.

MESURES ENVIRONNEMENTALES CONDITIONNÉES PAR LES ACCORDS COMMERCIAUX

Le Canada et ses provinces ne se disputent pas seulement des compétences au sujet de la protection de l'environnement[14]. Entre autres choses, ils se disputent la compétence de mettre en œuvre des traités internationaux. Par exemple, lorsque le Canada négocie un accord commercial avec un ou plusieurs pays, les provinces estimeront ne pas y être liées quant aux questions relevant de leur compétence, à moins qu'elles y consentent[15]. Si le traité comporte des

12. Voir *Ciment du Saint-Laurent inc* c *Barrette*, [2008] 3 RCS 392, par 95 ; Mark A Geistfeld, « Tort Law in the Age of Statutes » (2014) *New York University School of Law*, Research Papers No. 14-06, [en ligne] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=2401170.
13. Voir *Kamloops* c *Nielsen*, [1984] 2 RCS 2, 13 ; *Laurentide Motels Ltd* c *Beauport (Ville)*, [1989] 1 RCS 705.
14. Voir *R* c *Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213.
15. Voir, par exemple, Sue Bailey, « Newfoundland and Labrador says it won't participate in ongoing trade talks », *Globe and Mail* (19 January 2015), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/news/politics/newfoundland-and-labrador-says-it-wont-participate-in-trade-agreements/article22519888/.

engagements relatifs à la protection et à la conservation de l'environnement, on voit comment la question peut se compliquer[16]. Devant un problème environnemental suffisamment grave pour justifier la conclusion d'un traité mondial, régional ou bilatéral, plusieurs penseraient que le gouvernement fédéral a le pouvoir d'obliger les provinces à s'y conformer ou bien à ne pas faire entrave au processus[17]. Pourtant, seuls les tribunaux peuvent le dire avec certitude, et même parmi les juges, les avis sont très partagés[18].

Il y a une distinction à faire entre un accord commercial et un accord environnemental : le premier vise à réduire les obstacles à la libre circulation des biens, des services et même des capitaux, tandis que le second a pour objectif général de ralentir ou de renverser la perte de la diversité biologique ou de limiter la pollution. L'un est un feu vert, l'autre est un feu rouge – de la bouche des Beatles, « Vous dites arrête et je dis aller ». Il n'est donc pas surprenant qu'au sein des milieux d'affaires, bien des lois environnementales soient accueillies avec mépris et perçues comme du protectionnisme à peine déguisé[19]. Il s'ensuit qu'à la lecture des dispositions des accords commerciaux sur la résolution des différends, l'on apprend que lorsqu'un investisseur étranger conteste une mesure environnementale adoptée par une partie à un tel accord, le tribunal saisi de la question entendra des arguments selon lesquels la mesure ne porte pas réellement sur la protection de l'environnement et qu'elle ne touche pas de la même façon les entreprises locales et étrangères. Troisièmement, si la mesure vise réellement la protection de l'environnement et qu'elle s'applique de façon égale à tous, le tribunal examinera tout de même si cette mesure a pour effet d'exproprier l'investisseur étranger sans indemnité, en contravention des garanties données par le gouvernement de ce pays, auxquelles l'investisseur s'est

---

16. Laura Barnett, *Le processus de conclusion des traités au Canada*, Canada, Publications de recherche de la Bibliothèque du Parlement (Étude générale 2008-45-F, Révisée le 8 mai 2018), à 4.3 *Collaboration avec les provinces*, [en ligne] https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2008-45-f.pdf.
17. Voir les dispositions de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* sur la pollution atmosphérique et des eaux à l'échelle internationale, qui permettent au gouvernement fédéral de réglementer si une province ne maîtrise pas une source de pollution causant de la pollution en dehors du Canada ou faisant en sorte que le Canada viole un engagement au titre d'un accord international. Voir également Programme des Nations Unies pour l'environnement, « PCB Overview », [en ligne] http://chm.pops.int/Implementation/PCBs/Overview/tabid/273/Default.aspx ; Ici Radio-Canada, « L'incendie des BPC de Saint-Basile-Le-Grand, 25 ans plus tard » (23 août 2013), [en ligne] http://ici.radio-canada.ca/regions/Montreal/2013/08/23/001-25-ans-catastrophe-saint-basile-le-grand.shtml ; Marie-Ève Maheu, « Entreposage illégal de BPC à Pointe-Claire : Québec veut récupérer 4 millions », Ici Radio-Canada (5 mars 2015), [en ligne] http://ici.radio-canada.ca.
18. Voir, par exemple, *R* c *Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401.
19. Voir Daniel C Esty et Maria H Ivanova, « Globalization and Environmental Protection : a Global Governance Perspective » (préparé pour l'événement *Global Environmental Governance: the Post-Johannesburg Agenda*, Yale Center for Environmental Law and Policy, New Haven, CT, 2i July 2004), [en ligne] http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.596.4578&rep=rep1&type=pdf.

fié en décidant d'investir. Tous les plaideurs devraient être au fait de cela. Le droit commercial est une mine d'or.

Habituellement, ce sont les accords commerciaux qui traitent des accords environnementaux. Peu après le début, on lit que rien dans l'accord commercial ne restreint les obligations des parties au titre des accords environnementaux suivants : […]. Plus loin dans le texte, les accords commerciaux précisent souvent qu'en adoptant des lois environnementales, les pays doivent le faire de façon à restreindre le moins possible le commerce. Ensuite, lorsqu'ils mettent en œuvre ces lois, ils doivent traiter les entreprises locales et étrangères sur le même pied. Ils ne doivent pas renoncer à appliquer les lois environnementales en vue d'attirer ou de retenir des investissements, et lorsqu'une mesure environnementale constitue une forme d'expropriation, une indemnité doit être versée. Dans la mesure où une préoccupation soudaine et énorme pour l'environnement coïncide souvent avec la prise de conscience que la population réprouve un projet qui devait pourtant attirer des votes[20], on peut dire que les accords commerciaux contribuent à maintenir l'honnêteté des décideurs en faisant payer des dommages-intérêts aux investisseurs lésés par les gouvernements.

RÉCESSIONS, LIBRE-ÉCHANGE ET APPLICATION DE LA LOI AUX ÉTABLISSEMENTS FÉDÉRAUX

L'expérience du Canada en matière de négociation d'accords de libre-échange tourne autour de l'accord entre le Canada et les États-Unis, suivi par l'ALÉNA[21]. La période pertinente est celle de la récession du début des années 1980 jusqu'à celle des années 1990[22]. Sans surprise, ce fut également la période pendant laquelle le Canada a déployé le plus d'efforts pour veiller à la protection de l'environnement. En effet :

> [TRADUCTION] [À] l'ère de l'après-guerre froide, le libre-échange et le développement durable étaient censés accomplir, pour nous tous, ce que le capitalisme usuel et le communisme n'avaient pas réussi à faire : améliorer la condition

20. Jane Taber, « New-Brunswick, Alberta join forces to push Energy East pipeline », *The Globe and Mail* (30 October 2015), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/news/politics/new-brunswick-alberta-join-forces-to-push-energy-east-pipeline/article27054317/ ; Keith Brooks, « Time for Kathleen Wynne to take a stand against Energy East » *The Star* (Toronto) (24 January 2016), [en ligne] http://www.thestar.com/opinion/commentary/2016/01/24/time-for-kathleen-wynne-to-take-a-stand-against-energy-east.html.
21. John Ibbitson, « After Twenty-Five Years, Free Trade Deal with U.S. has Helped Canada Grow Up » *The Globe and Mail* (29 September 2012), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/economy/after-25-years-free-trade-deal-with-us-has-helped-canada-grow-up/article4576313/?page=all.
22. Armine Yalnizyan, Centre canadien de politiques alternatives, « Exposed : Revealing Truths About Canada's Recession », (29 Aprill 2009), [en ligne] https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/exposed-revealing-truths-about-canadas-recession.

humaine, propulsée par l'intérêt personnel et conditionnée par les contraintes écologiques[23].

Alors en plus de s'être doté, en 1988, des politiques susmentionnées sur la protection de l'habitat du poisson et la conservation des ressources en eau, le Canada a adopté la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, un fourre-tout législatif pour gérer les responsabilités environnementales du gouvernement fédéral. Le Canada a ensuite créé le Conseil canadien des ministres de l'environnement (CCME) pour harmoniser les mesures adoptées par les divers paliers de gouvernement quant à l'ensemble des enjeux environnementaux[24]. En 1992, le Canada fut le premier signataire à ratifier la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique[25]. En 1993, le Canada s'est joint à l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (ANACDE)[26] et en 1994, les provinces du Canada ont conclu l'*Accord sur le commerce intérieur*[27] donnant notamment aux individus et aux provinces le droit de contester l'assouplissement des contrôles environnementaux de la part d'une province dans les cas où cela est fait pour attirer ou retenir des investissements[28].

Dans l'ANACDE, qui a été signé pour apaiser un Congrès américain très méfiant, les pays de l'Amérique du Nord se sont promis d'appliquer efficacement leurs lois environnementales par l'intermédiaire d'action gouvernementale appropriée. Ils ont aussi inclus, entre autres choses, la notion d'inspection dans la définition des mesures gouvernementales appropriées d'application de la loi (article 5 de l'ANACDE, reproduit à l'annexe 1 de ce chapitre). Je crois que les obligations énoncées dans l'ANACDE expliquent une grande partie de ce qui s'est passé au Canada sur le plan politique et juridique concernant l'environnement depuis le milieu des années 1990. J'énumérerai ci-dessous les renseignements sur lesquels je m'appuie.

---

23. Katia Opalka, « Sustainable Development, NAFTA and Water » in Kinvin Wroth et Hoi Kong, éds, *Sustainable Development and NAFTA* (Cambridge, UK : Presses de l'Université Cambridge, 2015), chapter 9, 204, [en ligne] http://universitypublishingonline.org/cambridge/aaa/chapter.jsf?bid=CBO9781316157763&cid=CBO9781316157763A019&p=15&pageTab=ce.
24. Voir, Conseil canadien des ministres de l'environnement, *Guide de l'Accord pancanadien sur l'harmonisation environnementale*, [en ligne] http://www.ccme.ca/files/Resources/fr_harmonization/guide_to_accord_f.pdf. Voir également, Association canadienne du droit de l'environnement, « Accord fédéral-provincial sur l'harmonisation » (Bureau du vérificateur général du Canada, pétition nº 10, 22 janvier 1998), [en ligne] http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/pet_010_f_28706.html.
25. *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*, 29 décembre 1993, 1760 UNTS 79.
26. Voir Sierra Legal Defence Fund, « Engagement et appui du Canada à l'égard de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement » (Bureau du vérificateur général du Canada, pétition nº 166, 4 avril 2006).
27. *Accord sur le commerce intérieur*, [en ligne] https://www.ait-aci.ca/agreement-on-internal-trade/.
28. *Ibid.*, chapitre 17.

En 2002, Pêches et Océans Canada et Environnement et Changements climatiques Canada ont publié une politique de conformité et d'application des dispositions relatives à la protection de l'habitat du poisson et à la prévention de la pollution de la *Loi* fédérale *sur les pêches*. Cette politique énonce clairement ce qui suit :

> La *Loi sur les pêches* s'avère un des principaux outils à la disposition du gouvernement fédéral pour garantir des pêches durables aux Canadiens. La *Loi* contient le fondement juridique de la protection et de la conservation du poisson et de l'habitat du poisson. Les dispositions de la *Loi sur les pêches* pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution incluent les articles 20 à 22, 26 à 28, 30, 32 et 34 à 42 et visent à protéger le poisson et l'habitat du poisson des dommages causés par l'altération physique ou la pollution (on trouvera un résumé de ces articles à l'annexe A). Ces dispositions constituent une composante importante du programme global de protection de l'environnement du gouvernement fédéral.
>
> Cependant, il ne suffit pas d'avoir des lois et des règlements ; il faut les administrer et les appliquer de façon juste, prévisible et cohérente. Les personnes responsables de l'application des lois et celles tenues de s'y conformer doivent comprendre de quelle façon le gouvernement compte garantir la conformité aux prescriptions de la loi. C'est pourquoi on a élaboré la présente *Politique de conformité et d'application de la loi* en fonction des dispositions de la *Loi sur les pêches* pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution.
>
> […]
>
> La *Politique* énonce les principes d'ensemble de l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches* pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution. Cette politique nationale explique le rôle des agents de réglementation dans la promotion, le contrôle et l'application de la loi. Elle s'applique à toutes les personnes qui exercent un pouvoir de réglementation, depuis les ministres jusqu'au personnel chargé d'appliquer la loi.
>
> La *Politique* indique les mesures qui seront prises pour faire respecter les dispositions de la *Loi sur les pêches* pour la protection de l'habitat du poisson et la prévention de la pollution. Elle énonce les principes d'une application de la loi juste, prévisible et cohérente de la loi et décrit les interventions du personnel chargé d'appliquer la *Loi* en cas de présumée contravention. Enfin, elle indique à tous ceux qui partagent la responsabilité de protéger le poisson et son habitat – y compris les gouvernements, l'industrie, le mouvement syndical et le public – ce qu'on attend d'eux[29].

On peut constater la pertinence de cette politique quant aux inspections réglementaires. Elle dit à la communauté réglementée que les inspections feront

29. Environnement et Changements climatiques Canada, *Politique de conformité et d'application de la Loi sur les pêches relatives à l'habitat et à la pollution*, p. 1.

partie d'un plan global, que les assujettis à la réglementation sauront à quoi s'attendre et que les mesures d'exécution du gouvernement seront justes, prévisibles et cohérentes.

La *Loi sur les pêches* a été vidée de sa substance en 2012[30] dans une loi budgétaire et le statut actuel de la politique d'application de la loi n'est donc pas clair. Cela ne veut toutefois pas dire que nous ne pouvons pas glaner quelques renseignements du document lui-même et des déclarations faites sur la politique il y a près de trente ans, par exemple, dans cet extrait d'un discours du responsable de l'application de la loi à Environnement Canada, lors d'un congrès international tenu en 1992 :

> [TRADUCTION] [e]n plus de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, Environnement Canada applique les dispositions sur la prévention de la pollution contenues dans la *Loi sur les pêches*. Il s'agit là probablement de la première loi environnementale de l'histoire du Canada. Entrée en vigueur en 1868, elle a pour objet la protection du poisson et de son habitat, puis l'utilisation du poisson par l'Homme. L'une des plus importantes dispositions à cette fin est celle qui interdit le rejet, dans les eaux contenant du poisson, de toute substance qui lui est nuisible. À l'instar de la LCPE, la *Loi sur les pêches* stipule, à son article 2, que le gouvernement fédéral est assujetti à la loi ainsi qu'à tous ses règlements.
>
> L'idée d'assujettir le gouvernement fédéral du Canada à la législation fédérale n'est donc pas nouvelle en droit canadien. Ce qui est nouveau, c'est qu'en 1988, le ministre de l'Environnement a annoncé que son ministère avait l'intention de traiter le secteur public, c'est-à-dire le gouvernement, de la même façon que le secteur privé en ce qui concerne le droit environnemental. Le ministre croyait que le gouvernement fédéral devait adopter un comportement exemplaire en matière environnementale, et il a exprimé des engagements précis à cet égard au nom du gouvernement du Canada.
>
> Par conséquent, en juillet 1988, Environnement Canada a publié sa politique d'application et de conformité relative à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, selon laquelle toutes les entités visées par la réglementation devaient être traitées sur le même pied d'égalité, qu'elles soient gouvernementales ou issues du secteur privé. La politique de conformité aux dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à la protection de l'habitat du poisson et à la prévention de la pollution, dont la publication devrait avoir lieu bientôt, va dans le même sens[31].

---

30. Voir Elizabeth May, « Bill C-38, The Environmental Destruction Act », *The Tyee* (10 mai 2012), [en ligne] http://thetyee.ca/Opinion/2012/05/10/Bill-C38/. Voir également Gloria Galloway, « Controversial Changes to Fisheries Act Guided by Industry Demands », *The Globe and Mail* (5 août 2013), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/news/politics/fisheries-act-change-guided-by-industry/article13606358/.
31. Voir Paul Cuillerier, directeur du Bureau de l'application de la loi, Protection de l'environnement, Environnement Canada, « Enforcement of Canadian Laws of Environmental Protection to Federal Facilities » (1992), [en ligne] International Network for Environmental Compliance and Enforcement

Réfléchissez un instant à ce que vous venez de lire. Maintenant, prenez le temps d'inscrire « federal facilities enforcement » (application de la loi aux établissements fédéraux) dans Google.

Notre gouvernement ne s'est jamais démarqué en matière d'accès à l'information[32], alors vous pouvez comprendre pourquoi les sites Web du gouvernement canadien sont relativement vides de toute information concernant l'environnement, y compris en matière d'application de la loi[33]. Heureusement, ce n'est pas le cas aux États-Unis.

L'EPA et le FWS (Service pour les pêcheries et les espèces sauvages) des États-Unis appliquent la loi à l'encontre du gouvernement fédéral américain, notamment parce qu'un décret présidentiel les y enjoint[34].

Selon l'ANACDE, les inspections constituent une mesure d'application de la loi. Pour plus de détails sur la façon dont les gouvernements planifient et mettent en œuvre les programmes d'inspection, recherchez « U.S. EPA inspections » (inspections de l'EPA aux États-Unis) dans Google. Nous savons de l'ANACDE que l'application de la loi est essentielle et qu'elle doit être juste. Si la loi n'est pas appliquée au gouvernement alors qu'elle l'est à l'endroit de l'industrie, alors son application n'est pas juste. Une des façons de bloquer l'application de la loi est de ne pas exercer le pouvoir de réglementation. Rappelons, par exemple, que le gouvernement fédéral n'a pas promulgué de règlement au titre de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* pour obliger les établissements fédéraux à évaluer et décontaminer leurs sites, y compris ceux qui pourraient contaminer des eaux où vivent des poissons, et cela, même si, en 2002, le Bureau du vérificateur général du Canada a publié un rapport contenant sa recommandation et la réponse d'Environnement Canada :

> 2.71 **Recommandation**. Environnement Canada devrait établir une exigence claire et impérative pour que les organisations fédérales assainissent ou gèrent leurs sites contaminés.

(INECE) https://www.inece.org/assets/Publications/57aa1ed107163_ThemeEnforcementOfCanadianLawsOfEnvironmental_Full.pdf.

32. Voir Commissaire à l'information du Canada, *Viser juste pour la transparence, Recommandations pour moderniser la Loi sur l'accès à l'information* (mars 2015), Chapitre 6 : Information ouverte, [en ligne] https://www.oic-ci.gc.ca/fr/ressources/rapports-publications/2015-viser-juste-pour-la-transparence. Voir également Gloria Galloway, « Information Commissioner Takes Tories to Court Over Long-Gun Data », *The Globe and Mail* (23 June 2015), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/news/politics/judge-orders-ottawa-to-hand-over-gun-registry-data/article25072076/.
33. Environnement et Changement climatique Canada, « Application de la loi en environnement », [en ligne] https://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=C3039403-1.
34. Voir, par exemple États-Unis d'Amérique, Government Services Administration, « Executive Order 13186 – Responsibilities of Federal Agencies to Protect Migratory Birds » (10 January 2001), [en ligne] http://www.gsa.gov/portal/content/101570.

> **Réponse d'Environnement Canada**. Le Ministère n'accepte pas la recommandation pour l'instant. Environnement Canada ne se propose pas d'élaborer un instrument obligatoire aux termes de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE). Environnement Canada juge que les politiques du Conseil du trésor sont exécutoires. Les ministères réalisent des progrès et font des investissements importants. Le Ministère continuera de surveiller les progrès en ce qui a trait à l'application de la politique du Conseil du trésor et examinera l'élaboration d'instruments aux termes de la LCPE[35].

Si la loi n'oblige pas les établissements fédéraux à décontaminer leurs sites, il semblerait injuste de forcer l'industrie à le faire.

Retour rapide vers les élections présidentielles américaines de 2008. Les candidats démocrates ont déclaré à la presse qu'ils envisageaient de réviser l'ALÉNA, notamment pour y intégrer les dispositions de l'ANACDE afin de les rendre exécutoires[36]. Puis, en 2009, le gouvernement fédéral du Canada a modifié radicalement ses lois environnementales afin de renforcer les dispositions d'application de la loi et d'y ajouter plus d'outils à cette fin, comme l'instauration d'un système de pénalités administratives[37]. Le Québec a emboîté le pas en 2011[38].

Voilà qui est instructif. Premièrement, l'avènement de ces changements systématiques aux lois canadiennes sur l'environnement, à cette époque précise, vient appuyer mes propos antérieurs au sujet des récessions qui sont bénéfiques pour le droit de l'environnement au Canada. L'année 2008 a été désastreuse pour l'économie américaine. Il n'était donc pas surprenant que l'ALÉNA ait été attaqué au cours des primaires et que l'application de la législation environnementale par les partenaires des États-Unis au titre de l'ALÉNA soit scrutée à la loupe. J'ai entendu dire que les modifications à la législation canadienne entrées en vigueur en 2009 étaient en préparation depuis longtemps. Ceci voulant dire

---

35. Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la commissaire à l'environnement et au développement durable à la Chambre des communes*, Chapitre 2 : L'héritage des sites fédéraux contaminés, 2002.
36. Voir Doug Palmer, « Clinton, Obama threat to end NAFTA alarms business », *Reuters* (27 Fabuary 2008), [en ligne] http://www.reuters.com/article/us-usa-politics-nafta-idUSN2744905320080227 ; Alex Spillius, « Barack Obama wants to reopen NAFTA », *The Telegraph* (18 Fabuary 2009), [en ligne] http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/barackobama/4685362/Barack-Obama-wants-to-reopen-NAFTA.html ; Alexander Panetta, « Obama's NAFTA promise resurfaces ; Harper spokesperson denies renegotiations », *La Presse canadienne* (18 Fabuary 2014), [en ligne] *Huffington Post* http://www.huffingtonpost.ca/2014/02/18/barack-obama-nafta-tpp_n_4810868.html.
37. Voir Penny Becklumb, *Résumé législatif du projet de loi C-16 : Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales*, Canada, Publications de recherche de la bibliothèque du Parlement (1er avril 2009), [en ligne] https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/402LS636E?.
38. Au Québec, Voir : *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, LQ 2011, c 20, [en ligne] http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2011C20F.PDF.

qu'elles n'étaient en aucun cas liées aux déclarations des candidats aux élections présidentielles américaines de 2008 au sujet de la révision de l'ALÉNA. Je n'ai aucun doute qu'à l'époque, le Canada travaillait sur ces modifications depuis un bon moment. Je dis simplement que la pression venant du Sud pourrait avoir contribué à leur achèvement.

CONCLUSION

Afin d'appliquer la loi équitablement, il faut être capable de détecter les manquements et de mettre en place un éventail de mesures pour les gérer convenablement. Il est inutile d'inspecter des installations si les poursuites pénales constituent le seul outil dont on dispose pour traiter les violations[39]. Dans la grande majorité des cas, un moyen plus affiné est nécessaire. En revanche, les sanctions administratives, attribuées comme des constats d'infraction de stationnement, sont souvent plus à propos[40]. De plus, l'imposition répétée de pénalités administratives aux récidivistes permet de constituer un dossier à l'intention du ministère de la justice, dans lequel on peut recommander d'entamer des poursuites pénales.

On penserait alors que l'ALÉNA, en nous obligeant à renforcer nos lois environnementales, a été bénéfique pour l'environnement au Canada. Or, la réalité n'est pas si simple. N'oubliez pas que les provinces réprouvent l'ingérence du gouvernement fédéral quant aux questions environnementales. En outre, n'oubliez pas que les obligations au titre de l'ANACDE ne consistent qu'à mettre en application les lois en vigueur. Abrogez les lois, et l'obligation s'en trouve allégée[41]. Au cours de la période de 2010 à 2012, le gouvernement fédéral a radicalement tronqué les lois environnementales fédérales, réduisant la portée de leur application sur le territoire et réorientant leur objet sur la gestion des ressources naturelles[42]. Ce faisant, le premier ministre défiait les provinces pour voir jusqu'où elles étaient réellement prêtes à aller. En termes généraux,

---

39. Dick Martin, Secrétaire, Congrès du travail du Canada, Témoignage au Comité permanent de l'environnement et du développement durable de la Chambre des communes du Parlement du Canada (19 février 1998), [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=36&Ses=1&DocId=1038418&Language=F.
40. Voir, par exemple, United States, Environmental Protection Agency, « Policy on Civil Penalties – EPA General Enforcement Policy – GM 21 » (16 Fabuary 1984), [en ligne] http://www.epa.gov/sites/production/files/documents/epapolicy-civilpenalties021684.pdf.
41. Voir l'article 3 et l'annexe 41 de l'ANACDE ; Gouvernement du Québec, Décret 930-96, CONCERNANT l'Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement entre le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada, Publications du Québec (22 juillet 1996), [en ligne] http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=26030.PDF.
42. Elizabeth May, « Bill C-38 – The Environmental Destruction Act », *The Tyee* (10 May 2012), [en ligne] http://thetyee.ca/Opinion/2012/05/10/Bill-C38/.

chaque province peut maintenant protéger son environnement dans la mesure où elle l'entend, quelle qu'elle soit[43]. Le premier ministre a même sous-entendu que désormais, il déduirait de la somme des paiements de transfert à une province, le montant de toute pénalité que le gouvernement fédéral aurait à payer en raison de l'inobservation par cette province des accords internationaux conclus par le Canada[44].

L'approche décrite ci-dessus est financièrement avantageuse pour le gouvernement fédéral à deux niveaux. Premièrement, le bilan du gouvernement fédéral n'est pas assombri par les actions d'une province, car même s'il demeure redevable vis-à-vis les cosignataires du traité, il peut compenser cette pénalité dans les paiements de transfert à la province fautive. En second lieu, l'absence relative d'exigences législatives fédérales en environnement signifie que le problème de la non-application de la loi aux établissements fédéraux est résolu : la loi n'est pas appliquée de façon non équitable, parce que la plupart du temps, elle ne s'applique tout simplement pas. Le gouvernement fédéral évite ainsi d'engager sa responsabilité civile. Par conséquent, cela écarte l'obligation problématique de comptabiliser des obligations environnementales extrêmement coûteuses dans les états financiers du gouvernement du Canada, ce qui est requis par les principes comptables auxquels le Canada souscrit[45].

En résumé : les inspections gouvernementales sont essentielles à l'application de la législation environnementale. Mais pour résister à un examen judiciaire, elles doivent s'inscrire dans un système cohérent et défendable. Nous pouvons remercier notre plus grand partenaire commercial de nous avoir poussés à mettre en place un pareil système. Quant au fait que nous avons réagi en démantelant les lois environnementales fédérales, nous sommes les seuls responsables[46].

---

43. Assemblée nationale du Québec, Point de presse de M. David Heurtel, ministre du développement durable, de l'environnement et de la lutte contre les changements climatiques (25 septembre 2014), [en ligne] http://www.assnat.qc.ca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/Conference-PointPresse-17903.html.
44. Voir Bertrand Marotte et John Ibbitson, « Provinces on hook in future trade disputes », *The Globe and Mail* (26 August 2010), [en ligne] http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/provinces-on-hook-in-future-trade-disputes-harper/article1378647/. Voir également Scott Sinclair, Centre canadien de politiques alternatives, « 130 million NAFTA payout sets troubling precedent », (22 March 2011), [en ligne] https://www.policyalternatives.ca/publications/commentary/130-million-nafta-payout-sets-troubling-precedent.
45. Voir Paul M Kazenski, Casualty Actuarial Society, « Recognition, Measurement and Disclosure of Environmental Liabilities » (1994), [en ligne] https://www.casact.org/pubs/forum/94sforum/94sf367.pdf. Voir également Normes d'information financière et de certification Canada, « Passif au titre des sites contaminés », [en ligne] http://www.frascanada.ca/standards-for-public-sector-entities/projects/completed/item55574.aspx.
46. Voir Eugene Lee et Anthony Perl, *The Integrity Gap : Canada's Environmental Policy and Institutions* (Vancouver : UBC Press, 2003). Voir également West Coast Environmental Law Association, « In Wake of Systemic Dismantling of Canada's Environmental Laws, Political Parties Vie for

ANNEXE A : *ACCORD NORD-AMÉRICAIN DE COOPÉRATION DANS LE DOMAINE DE L'ENVIRONNEMENT (extraits)*

Partie II – Obligations

Article 2 : Obligations générales

1. Chacune des Parties devra, en ce qui concerne son territoire :
   (a) produire périodiquement et rendre publiquement accessibles des rapports sur l'état de l'environnement ;
   (b) élaborer et examiner des mesures de préparation aux urgences environnementales ;
   (c) promouvoir l'enseignement sur les questions environnementales, y compris sur la législation de l'environnement ;
   (d) encourager la recherche scientifique et le développement technologique dans le domaine de l'environnement ;
   (e) effectuer, s'il y a lieu, des études d'impact sur l'environnement ; et
   (f) promouvoir l'utilisation d'instruments économiques pour la réalisation efficace des buts environnementaux.
2. Chacune des Parties envisagera de mettre en œuvre dans sa législation intérieure toute recommandation faite par le Conseil en vertu de l'alinéa 10(5)b).
3. Chacune des Parties envisagera d'interdire l'exportation, vers les territoires des autres Parties, de tout pesticide ou toute substance toxique dont l'utilisation est interdite sur son territoire. Une Partie qui adopte une mesure interdisant ou limitant rigoureusement l'utilisation d'un pesticide ou d'une substance toxique sur son territoire devra notifier la mesure aux autres Parties, directement ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale compétente.

Article 3 : Niveaux de protection

Considérant que les Parties ont le droit d'établir leurs propres niveaux de protection de l'environnement national ainsi que leurs propres politiques et priorités en matière d'environnement et de développement, et qu'elles ont le droit d'adopter ou de modifier en conséquence leurs lois et réglementations environnementales, chacune des Parties fera en sorte que ses lois et réglementa-

---

Environmental High Ground» (Communiqué de presse, 14 octobre 2015), [en ligne] http://www.marketwired.com/press-release/media-release-in-wake-systemic-dismantling-canadas-environmental-laws-political-parties-2063782.htm.

tions garantissent des niveaux élevés de protection environnementale et s'efforcera de continuer à améliorer lesdites lois et réglementations.

Article 4 : Publication

1. Chacune des Parties fera en sorte que ses lois, réglementations, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par le présent accord soient publiées dans les moindres délais ou rendues accessibles d'une autre manière, pour permettre aux autres Parties et aux personnes intéressées d'en prendre connaissance.
2. Dans la mesure du possible, chacune des Parties :
   (a) publiera à l'avance toute mesure du genre qu'elle se propose d'adopter ; et
   (b) ménagera aux autres Parties et aux personnes intéressées une possibilité raisonnable de la commenter.

Article 5 : Mesures gouvernementales d'application

1. Afin de parvenir à des niveaux élevés de protection environnementale et d'observation de ses lois et réglementations environnementales, chacune des Parties assurera l'application efficace de ses lois et réglementations environnementales par la mise en œuvre, sous réserve de l'article 37, de mesures gouvernementales appropriées telles que :
   (a) la désignation et la formation d'inspecteurs ;
   (b) la surveillance de l'observation et l'enquête sur des infractions présumées, y compris au moyen d'inspections sur place ;
   (c) l'obtention d'engagements volontaires et d'accords d'observation ;
   (d) la diffusion d'informations touchant la non-observation ;
   (e) la publication de bulletins ou autres énoncés périodiques sur les procédures d'application ;
   (f) la promotion des vérifications environnementales ;
   (g) l'obligation de tenir des dossiers et de produire des rapports ;
   (h) la mise en place ou l'offre de services de médiation et d'arbitrage ;
   (i) les licences, permis ou autorisations ;
   (j) l'engagement, en temps opportun, de procédures judiciaires, quasi-judiciaires ou administratives en vue de l'imposition de sanctions ou de l'obtention de réparations appropriées pour toute infraction à ses lois et réglementations environnementales ;
   (k) les pouvoirs de perquisition, de saisie ou de détention ; ou
   (l) les ordonnances administratives, y compris les ordonnances de nature préventive, curative ou exceptionnelle.

2. Chacune des Parties devra prévoir dans sa législation intérieure des procédures visant l'application par voie judiciaire, quasi judiciaire ou administrative de ses lois et réglementations environnementales.
3. Les sanctions et les réparations prévues pour assurer l'application des lois et réglementations environnementales d'une Partie devront, selon qu'il y a lieu :
   (a) tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction, des avantages économiques qui en résultent pour son auteur, de la situation économique de ce dernier et de tous autres facteurs pertinents ; et
   (b) comprendre des accords d'observation, des amendes, des peines d'emprisonnement, des injonctions, des fermetures d'installations et le paiement des frais engagés pour contenir ou éliminer la pollution.

Article 6 : Accès des parties privées aux recours

1. Chacune des Parties fera en sorte que les personnes intéressées puissent demander à ses autorités compétentes de faire enquête sur des allégations d'infractions à ses lois et réglementations environnementales, et elle tiendra dûment compte de telles demandes, conformément à sa législation.
2. Chacune des Parties fera en sorte que les personnes ayant, selon sa législation intérieure, un intérêt juridiquement reconnu à l'égard d'une question donnée puissent avoir adéquatement accès à des procédures administratives, quasi-judiciaires ou judiciaires en vue de faire appliquer les lois et réglementations environnementales de cette Partie.
3. Les recours accessibles aux parties comprendront, en conformité avec la législation intérieure de la Partie, les droits suivants :
   (a) le droit de poursuivre en dommages-intérêts une autre personne relevant de la juridiction de la Partie ;
   (b) le droit d'obtenir des réparations ou des sanctions, telles que des sanctions pécuniaires, des fermetures d'urgence ou des ordonnances, visant à limiter les conséquences d'infractions à ses lois et réglementations environnementales ;
   (c) le droit de demander aux autorités compétentes de prendre les mesures voulues pour assurer l'application des lois et réglementations environnementales de la Partie afin de protéger l'environnement ou d'éviter qu'il y soit porté atteinte ; ou
   (d) le droit d'obtenir une injonction lorsqu'une personne a subi ou pourrait subir des pertes, des dommages ou des blessures par suite d'un comportement contraire aux lois et réglementations environnementales de la Partie ou d'un comportement préjudiciable d'une autre personne relevant de la juridiction de cette Partie.

Article 7 : Garanties procédurales

1. Chacune des Parties fera en sorte que ses procédures administratives, quasi-judiciaires et judiciaires visées aux paragraphes 5(2) et 6(2) soient justes, ouvertes et équitables, et, à cette fin, elle prévoira que ces procédures :
   (a) devront être conformes au principe de l'application régulière de la loi ;
   (b) devront être ouvertes au public, sauf lorsque l'administration de la justice exige le huis clos ;
   (c) devront permettre aux parties à la procédure de faire valoir leurs points de vue et de présenter des informations ou des éléments de preuve ; et
   (d) ne devront pas être inutilement compliquées, et ne devront entraîner ni frais ou délais déraisonnables ni retards injustifiés.
2. Chacune des Parties fera en sorte que la décision finale sur le fond de l'affaire dans de telles procédures :
   (a) soit consignée par écrit et de préférence motivée ;
   (b) soit rendue accessible aux parties à la procédure, et, conformément à sa législation, au public, sans retard injustifié ; et
   (c) soit fondée sur les informations ou les éléments de preuve que les parties auront eu la possibilité de présenter.
3. Chacune des Parties prévoira, selon qu'il y a lieu, que les parties à la procédure auront le droit, en conformité avec la législation intérieure, de demander l'examen et, dans les cas qui le justifient, la réformation des décisions finales rendues à l'issue de telles procédures.
4. Chacune des Parties fera en sorte que les instances chargées de conduire ou d'examiner de telles procédures soient impartiales et indépendantes et qu'elles n'aient aucun intérêt substantiel dans l'issue de la procédure.

Chapitre 53

L'anatomie du régime d'observation de la loi : mesures initiales – point de vue d'un organisme de réglementation

Fred Maefs[1]

PRINCIPALES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario est principalement responsable de l'application de cinq lois provinciales :

- *Loi sur la protection de l'environnement*[2] ;
- *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*[3] ;
- *Loi sur la gestion des éléments nutritifs*[4] ;
- *Loi sur les pesticides*[5] ;
- *Loi sur la salubrité de l'eau potable*[6].

1. Avocat de la Couronne, ministère du Procureur général de l'Ontario, Direction des services juridiques du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique – Les opinions exprimées dans ce chapitre sont les miennes. Elles ne représentent pas celles de la province de l'Ontario, du ministère du Procureur général ni du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique.
2. *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c E.19, telle qu'amendée.
3. *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, LRO 1990, c 0.40.
4. *Loi sur la gestion des éléments nutritifs*, LO 2002, c 4.
5. *Loi sur les pesticides*, LRO 1990, c P.11.
6. *Loi sur la salubrité de l'eau potable*, LO 2002, c 32.

Le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique confie l'application de ces lois à deux catégories d'agents provinciaux : les inspecteurs et les enquêteurs. Ces deux catégories d'agents provinciaux jouent des rôles très différents, et par conséquent ils sont investis de pouvoirs distincts.

Conformément à la *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation* du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique :

> 6. Infractions : détection et réponse
>
> Les infractions à la législation ou des incidents susceptibles de nuire à la santé humaine ou à l'environnement naturel sont détecter par le personnel du Ministère par diverses voies :
> – signalement d'incidents de pollution (*p. ex.*, plaintes de particulier)
> – signalement de déversements ;
> – avis de la communauté réglementée ;
> – inspections déclenchées par un événement ;
> – inspections planifiées en fonction des risques ;
> – inspections obligatoires ;
> – problèmes de contamination de l'eau ;
> – rapports déposés par les instances ;
> – vérifications et enquêtes du ministère ;
> – demande en vertu de la *Charte des droits environnementaux* de 1993 ;
> – information fournie par d'autres organismes[7].

Deux principales avenues peuvent être prises pour réagir à un incident comportant une infraction. La première est celle de la réduction de la pollution, où des mesures sont prises afin d'assurer la conformité ou de prévenir, réduire ou éliminer le risque de conséquences néfastes sur la santé humaine ou l'environnement naturel. La deuxième est celle de l'application de la loi, qui consiste à poursuivre le ou la responsable d'une infraction. Il est possible de suivre ces deux avenues parallèlement en cas d'incident. Par exemple, dans le cas d'un déversement grave ayant des conséquences néfastes sur l'environnement naturel, le ministère peut publier un document de contrôle afin que la personne responsable soit légalement obligée de minimiser les impacts. Le ministère peut également ouvrir une enquête en vue de déterminer si la personne doit être poursuivie.

---

7. Ontario, Ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique, *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la loi*, mai 2007, [en ligne] https://www.ontario.ca/fr/page/politique-de-conformite-utilisation-des-outils-de-depollution-et-dapplication-de-la-reglementation.

Dans le cas d'un incident où il n'y a pas eu d'infraction, mais qui est susceptible d'avoir des conséquences néfastes sur la santé humaine ou sur l'environnement naturel, les outils de réduction de la pollution comme la demande d'un plan de réduction de la pollution ou la délivrance d'une ordonnance visant la prise de mesures préventives peuvent être utilisés[8].

INSPECTION ET ENQUÊTE

Comme l'indique la décision *R* c *Soviak* :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une affaire passe d'une procédure administrative de réglementation ou de vérification à une enquête criminelle ou quasi criminelle, les règles changent, et les procédures en vue de recueillir des éléments de preuve peuvent changer elles aussi[9].

Inspections

Les agents provinciaux effectuant des inspections sont investis de pouvoirs d'une grande portée. Dans l'exercice de ces pouvoirs, il leur appartient de juger du respect des règles et de la réglementation applicables en matière d'environnement. Il ne s'agit pas principalement de recueillir des éléments de preuve. En cas de non-conformité, l'agent provincial, ou l'inspecteur, peut prendre diverses mesures, comme délivrer une ordonnance administrative visant à assurer le respect de la législation. Les pouvoirs en matière d'inspection sont d'une portée si grande qu'ils sont appelés « super pouvoirs » ; ils confèrent à un agent menant une inspection le pouvoir de la mener en l'absence de consentement, ou sans autorisation judiciaire préalable. Par exemple, l'inspecteur peut entrer sur une propriété, saisir des objets, prélever des échantillons, poser des questions aux employés et rechercher d'autres renseignements[10]. Les pouvoirs liés à l'inspection équivalent généralement à ceux d'un inspecteur effectuant une inspection matérielle, y compris effectuer des demandes raisonnables de renseignements, de vive voix ou par écrit. Selon la nature de l'inspection, des protocoles particuliers peuvent s'appliquer, tels que ceux prévus par la *Loi sur la salubrité de l'eau potable*.

En 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les pouvoirs liés à l'inspection ne permettaient pas aux agents de demander des renseignements par téléphone[11]. Ces pouvoirs ont été modifiés en 2010 afin de permettre les demandes de renseignements téléphoniques[12]. La législation environnementale

8. *Ibid.*, section 6.
9. *R* c *Soviak*, [1997] OJ No 1215 (Div prov), par 134.
10. Pour des exemples, voir l'article 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*.
11. *R* c *Crompton Co/Cie* (2005), 78 OR 3rd 135 (CA Ont).
12. Paragraphe 157.01(2) de la *Loi sur la protection de l'environnement*.

dispose qu'il est interdit de gêner ou d'entraver un agent provincial dans l'exercice de ses fonctions, qu'il est interdit de fournir sciemment des renseignements faux ou trompeurs, et qu'il est interdit de refuser de fournir à un agent provincial les renseignements demandés[13].

La *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation* du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique, publiée en mai 2007, énonce les étapes à suivre en cas d'éventuelle infraction à la législation environnementale[14]. À la première étape, il faut déterminer si l'incident constitue une infraction et s'il est susceptible d'avoir des conséquences néfastes sur la santé ou sur l'environnement. Dans l'affirmative, l'enquête passe à la deuxième étape. À cette étape, l'inspecteur doit tenir compte de tous les renseignements pertinents, dont les possibles conséquences de l'incident sur la santé et sur l'environnement, l'historique de conformité de la personne ou de l'établissement impliqué, et les facteurs propres à l'incident en question. L'inspecteur appliquera une « matrice de jugement éclairé » afin de déterminer les étapes à suivre. Cela sera inclus dans l'évaluation des facteurs propres à l'incident et de sa gravité. À la troisième étape, l'inspecteur déterminera quelle catégorie de conformité appliquer, et il choisira et mettra en œuvre les outils de réduction de la pollution et d'application de la réglementation les plus efficaces. À la quatrième étape, l'inspecteur surveillera la situation afin de déterminer s'il y a maintenant respect de la législation, et, dans l'affirmative, si la situation a été résolue dans les délais prescrits par l'agent. Une décision devra ensuite être prise pour déterminer si d'autres mesures sont requises ou non. Au moment d'établir les interventions de réduction de la pollution à mener, l'inspecteur déterminera s'il a lieu ou non de déferrer le dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique pour enquête.

La politique énumère des types particuliers d'outils de dépollution et d'application de la réglementation.

Éducation et sensibilisation

L'inspecteur peut envisager de rencontrer les parties concernées afin d'analyser les conséquences de l'incident en question et peut s'efforcer d'empêcher que la situation se reproduise grâce à des activités d'éducation et de sensibilisation.

---

13. Article 184 de la *Loi sur la protection de l'environnement*.
14. *Politique de conformité*, *supra*, note 7, section 8.

Délivrance ou modification d'un document d'autorisation

Si la partie concernée a reçu une autorisation préalable du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique sous la forme d'un document délivré conformément à la législation environnementale, l'inspecteur peut déterminer si ladite autorisation doit être modifiée, ou s'il est nécessaire de délivrer un autre type d'autorisation dans les circonstances.

Avis d'infraction

L'inspecteur, ou un autre employé compétent du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique, peut aviser la partie concernée, par écrit ou de vive voix, qu'une infraction est associée à l'incident. L'avis d'infraction n'est pas considéré comme une infraction et est utilisé en cas d'infractions mineures.

Plan de réduction de la pollution

L'inspecteur peut aviser la partie concernée, par écrit ou de vive voix, qu'il lui incombe d'élaborer un plan de réduction de la pollution dans un délai prescrit afin de remédier à l'infraction ou de mettre en place des mesures préventives.

Documents de contrôle (ordonnance)

L'inspecteur peut délivrer une ordonnance officielle imposant à une partie l'obligation de prendre une mesure corrective ou de mettre en œuvre des procédures. L'ordonnance prévoira les délais à respecter pour les divers éléments. La partie concernée peut demander à ce que l'ordonnance fasse l'objet d'une révision par un directeur, qui est habituellement celui du bureau régional. Il est aussi possible d'interjeter appel de la décision du directeur devant le Tribunal de l'environnement de l'Ontario.

Arrêté de pénalité environnementale

Aussi bien la *Loi sur la protection de l'environnement* que la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* permettent la délivrance d'un arrêté de pénalité environnementale devant certains types d'infractions dans des établissements déterminés.

Suspension, révocation ou refus d'un document habilitant

S'il est déterminé qu'il y a eu infraction au document d'autorisation ou que le document n'aurait pas dû être délivré, le directeur peut le suspendre, le

révoquer ou le refuser. Il est possible d'interjeter appel d'une telle décision devant le Tribunal de l'environnement de l'Ontario.

Approbation du programme

La partie concernée peut élaborer un plan des activités de réduction de la pollution qui seront entreprises pour réagir à la situation dont il est question. L'approbation du programme sera fonction de la pertinence des activités et du consentement du ministre.

Conformité

Partie I de la *Loi sur les infractions provinciales* (Ontario)

Si l'infraction présumée est relativement mineure, l'inspecteur peut délivrer un avis d'infraction, aussi appelé contravention ou assignation. L'avis d'infraction ou l'assignation doit être délivré dans les 30 jours suivant la présumée infraction. L'amende maximale qui peut être infligée est de 500 $. La délivrance d'un avis d'infraction donne lieu à des poursuites à la Cour des infractions provinciales de l'Ontario. La partie concernée peut choisir de plaider coupable et de payer l'amende prévue, de plaider coupable et de fournir une explication, ou de demander la tenue d'un procès. Une assignation en vertu de la partie I, quant à elle, ne prévoit pas d'amende fixe, et dispose qu'un procès entre la partie concernée et le ministère doit avoir lieu à la Cour des infractions provinciales de l'Ontario.

Partie III de la *Loi sur les infractions provinciales* (Ontario) – Dépôt d'accusations formelles

Lorsque l'affaire est renvoyée à la Direction des enquêtes et de l'application des lois, une enquête a lieu. S'il est déterminé qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, l'enquêteur peut déposer des accusations en vertu de la partie III de la *Loi sur les infractions provinciales*. Le dépôt des accusations donnera lieu à une poursuite relevant du procureur de la Couronne au nom du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique devant un juge de paix de la Cour des infractions provinciales de l'Ontario.

Rapports publics

Le ministère informera le public des activités menées pour faire respecter les normes en matière d'environnement afin d'assurer les membres de la communauté locale que les lois en matière d'environnement sont respectées. Les renseignements sur ces activités sont accessibles dans le site Internet du ministère au : https://www.ene.gov.on.ca.

Enquêtes

Un agent provincial désigné comme enquêteur pourra, quant à lui, mener des recherches pour recueillir des éléments de preuve d'une infraction. Les parties faisant l'objet d'une enquête peuvent faire valoir leurs droits conformément à la *Charte des droits et libertés*. Les pouvoirs de l'enquêteur ont une moins grande portée. Par exemple, la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario se limite à disposer qu'un « agent provincial peut enquêter sur les infractions à la présente loi et poursuivre en justice les personnes qu'il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, coupables d'une infraction à la présente loi[15] ».

L'objet d'une enquête consiste à déterminer s'il existe une possibilité de responsabilité pénale. Une enquête consiste principalement à recueillir des éléments de preuve afin de déterminer s'il existe des « motifs raisonnables et probables », et, le cas échéant, à déposer des accusations conformément à la mesure législative appropriée en matière d'environnement. Un enquêteur ne peut pas avoir recours aux super pouvoirs de l'inspecteur ; il devra obtenir l'autorisation judiciaire préalable – comme un mandat de perquisition – pour pénétrer dans un lieu, ou pour exiger des documents, à moins d'avoir un consentement, ou si des circonstances urgentes le justifient.

De manière générale, l'enquêteur peut accéder à tout élément de preuve recueilli au cours d'une inspection avant le début de l'enquête. Après le début de l'enquête, seuls des renseignements disculpatoires ou qui peuvent être obtenus sans avoir recours aux super-pouvoirs des inspecteurs peuvent être recueillis.

Direction des enquêtes et de l'application – Renvoi et admission

La Direction des enquêtes et de l'application des lois du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique a mis en place une procédure type pour évaluer l'importance des incidents soumis par les services de réduction de la pollution pour enquête.

Avant le renvoi

Les agents provinciaux qui ont mené l'inspection et qui ont relevé une possible infraction peuvent renvoyer le dossier pour enquête. La décision de déférer ou non le dossier reposera sur les exigences législatives et sur le processus susmentionné de la *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation*. L'agent peut aussi envisager de faire appel à la

15. Paragraphe 5(5) de la *Loi sur la protection de l'environnement*.

Direction des enquêtes et de l'application des lois pendant que l'inspection est en cours si des mesures doivent être prises immédiatement.

Renvoi

Des renseignements comme les observations qui ont été consignées au cours de l'enquête, un index des documents pertinents ou des autorisations, et les antécédents en matière de conformité de la partie concernée au cours des trois dernières années doivent être inclus au moment de déférer le dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois.

Une fois les renseignements vérifiés par un superviseur supérieur de la Direction des enquêtes et de l'application des lois, le dossier est classé selon l'échelle de catégorie A (très haute priorité et complexité) à E (enquête n'entraînant pas de poursuite). La priorité de l'enquête et les ressources nécessaires seront établies selon la catégorie accordée au dossier.

ÉVOLUTION DE LA DISTINCTION ENTRE LES INSPECTIONS ET LES ENQUÊTES

Les tribunaux ont toujours essayé d'établir une différence entre les infractions « réglementaires » et « criminelles ». Le seuil d'application a été établi en 1978 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R* c *Sault Ste Marie*[16], qui énonce trois catégories d'infraction, dont deux sont de nature « réglementaire ».

La distinction est devenue moins évidente avec :

- l'augmentation des amendes réglementaires ;
- l'augmentation du nombre d'entités réglementées ;
- la législation ayant des conséquences plus importantes sur les droits des entités réglementées.

La décision *R* c *Inco ltd*

Dans la décision *R* c *Inco Ltd*[17], la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une inspection devient une enquête lorsqu'un inspecteur, conformément à un régime réglementaire, a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. Il peut être difficile pour un inspecteur, qui n'a pas la formation d'un enquêteur, d'établir l'existence de « motifs raisonnables et probables ».

16. *R* c *Sault Ste Marie*, [1978] 2 RCS 1299, 1325-1326.
17. *R* c *Inco Ltd* (2001), 54 OR 3rd 495 (CA Ont), par 33.

L'État actuel du droit : *R* c *Jarvis* et *R* c *Ling*

Dans les arrêts connexes *R* c *Jarvis*[18] et *R* c *Ling*[19], la Cour suprême du Canada a conclu que ce qui est pertinent est la détermination de l'« objet prédominant » pour lequel l'agent provincial a pénétré les lieux et/ou a demandé des renseignements.

Les deux affaires reposaient sur des enquêtes de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC). Tout comme le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique, l'ADRC compte deux directions distinctes : la Direction générale de la vérification et l'Unité des enquêtes spéciales. Les affaires découlaient d'enquêtes préliminaires, sur les activités de contribuables, menées par la Direction générale de la vérification. Au fil des enquêtes, les vérificateurs ont constaté que les contribuables pouvaient être impliqués dans des activités frauduleuses. La question qui se posait alors consistait à déterminer si la vérification était devenue une enquête au cours de laquelle des éléments de preuve ayant des conséquences pénales avaient été recueillis. La Cour suprême du Canada a indiqué que la question de savoir si la vérification s'était muée en enquête serait une décision fondée sur les faits dans chaque cas.

Dans l'arrêt *R* c *Jarvis*, la Cour a indiqué ce qui suit :

> À notre avis, lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les fonctionnaires de l'ADRC doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires [TRADUCTION] « franchissent le Rubicon » lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État. Il n'existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen[20].

Dans l'arrêt *Jarvis*, sept facteurs aidant à déterminer l'objet prédominant d'une enquête ont été énoncés comme suit :

1. Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle ?
2. L'ensemble de la conduite des autorités donnait-il à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle ?

---

18. *R* c *Jarvis*, [2002] 3 RCS 757 [*Jarvis*].
19. *R* c *Ling*, [2002] 3 RCS 814.
20. *Jarvis*, *supra*, note 18, par 88.

3. Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs ?
4. La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs ?
5. Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve ?
6. La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea* ?
7. Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle ?[21]

Comme il a été indiqué dans la décision *R* c *Lowe* :

> [TRADUCTION] Il peut être difficile d'établir le moment où l'inspection se termine et celui où l'enquête commence ; en fait, dans certains cas, les deux peuvent être effectuées en même temps, tant et aussi longtemps que l'objectif de l'inspection vise à déterminer l'objet prédominant de l'enquête ou le degré de conformité seulement, et non pas à recueillir des éléments de preuve supplémentaires afin de prouver qu'un crime a été observé, il s'agit d'une inspection[22].

Le critère de l'« objet prédominant » s'applique-t-il aux organismes de réglementation provinciaux ?

Les arrêts *Jarvis* et *Ling* découlent de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, la Cour suprême a précisément fait remarquer que les sept facteurs devaient s'appliquer aux autres ministères provinciaux ou fédéraux, même s'ils ont des structures organisationnelles différentes.

La Cour a noté que d'autres ministères provinciaux ou fédéraux ont d'autres structures organisationnelles, cela peut signifier en retour que les facteurs mentionnés ci-dessus, ainsi que d'autres, devront s'appliquer dans de pareilles circonstances.

Tant le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique que l'ADRC ont des directions distinctes qui mènent les activités de vérification et d'inspection, et celles d'enquête.

---

21. *Ibid.*, par 94.
22. *R* c *Lowe* [2007] NJ No 456, 280 Nfld & PEIR 331, par 23 (C. prov.).

CONCLUSION

Dans l'éventualité du non-respect de la législation environnementale, le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique peut réagir de plusieurs façons à la lumière des circonstances particulières de l'affaire. La priorité sera d'établir les détails de l'incident, de mettre en œuvre la réaction appropriée, de travailler de concert avec les parties concernées afin de remédier à la situation et de prévenir qu'elle se reproduise, et d'envisager la prise de mesures coercitives. La grande portée des pouvoirs dont dispose le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique lui permet de réagir aux événements indésirables en étant sans cesse soucieux de protéger l'environnement.

Chapitre 54

Recueillir des preuves essentielles destinées aux enquêtes et aux poursuites en matière d'environnement : approches juridiques stratégiques et enjeux connexes

Jack D. Coop

Les enquêtes et les poursuites environnementales peuvent décourager le plus aguerri des praticiens en droit environnemental. Une même affaire peut renfermer une grande variété de situations de fait, d'infractions, de preuves d'expert et de règles de droit qui s'accompagnent de défis. À chaque étape du processus, la gestion, la vérification, la collecte, l'évaluation et la présentation efficaces de la preuve sont essentielles à une issue favorable. Ce chapitre offre un aperçu des « pratiques exemplaires » recommandées au praticien pour bon nombre de ces activités liées à la preuve.

Dans la partie II, nous commençons par dresser le cadre juridique des infractions environnementales, puis nous traitons des questions de preuve liées à l'approche graduelle des mesures d'application de la loi qu'on retrouve dans la plupart des systèmes veillant au bien-être public. Dans la partie III, nous nous penchons sur les principaux éléments de preuve dont le client a besoin pour « mettre un frein aux poursuites judiciaires avant qu'elles ne commencent », autrement dit, ce que les clients peuvent faire pour éviter, dès le départ, de commettre des infractions environnementales en faisant preuve de diligence raisonnable. Dans la partie IV, nous verrons en détail les approches juridiques stratégiques à adopter pour traiter des nombreuses questions de preuve soulevées par une enquête environnementale. Dans la partie V, nous délaissons le stade de

l'enquête pour passer à la phase précédant l'instruction et celle du procès, qui suivent le dépôt des accusations. Nous examinons alors les questions juridiques stratégiques soulevées, toujours dans une optique liée à la preuve, au moment de l'enquête préliminaire du procureur de la Couronne ou bien en préparation en vue du procès.

Nous espérons qu'au moment où vous atteindrez la conclusion de ce chapitre, à la partie VI, nous aurons suscité en vous une réflexion, vous poserez davantage de questions et vous vous sentirez mieux préparés pour votre prochain dossier.

INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES : QUELLES SONT LES IMPLICATIONS EN MATIÈRE DE PREUVE ?

La gradation dans les mesures d'application de la loi et ses implications en matière de preuve

Tous les organismes de réglementation environnementaux adoptent une approche progressive ou par étapes pour faire appliquer la loi[1]. Nous allons maintenant la décrire concrètement.

Première étape : la réduction volontaire. Les organismes de réglementation commenceront presque toujours par tenter d'obtenir la conformité par la « réduction volontaire ». L'instance de réglementation (des agents de réduction, des inspecteurs) tente, par des « suggestions », de persuader les entreprises de bien vouloir se conformer aux interdictions prévues par la loi, aux limites réglementaires et aux exigences en matière d'approbation. Cette approche a le mérite d'éviter des coûts à la fois à l'assujetti et à l'organisme responsable de l'application du règlement.

Deuxième étape : les approbations. À la deuxième étape, la législation exige parfois que les assujettis obtiennent des approbations ou des permis pour un large éventail d'activités (des émissions atmosphériques, un rejet dans les eaux, le traitement de déchets). Ces approbations et ces permis comportent souvent des conditions et des modalités détaillées liant leur destinataire.

Troisième étape : les ordonnances administratives. En tant que troisième étape, les décideurs discrétionnaires (des directeurs ou le ministre) peuvent exercer les larges pouvoirs que leur confère la loi et émettre des ordonnances pour obliger un assujetti à se conformer. Habituellement, ces

1. Voir, par exemple, la politique du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario : *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation* (mai 2007), [en ligne] https://www.ontario.ca/fr/page/politique-de-conformite-utilisation-des-outils-de-depollution-et-dapplication-de-la-reglementation.

ordonnances peuvent faire l'objet d'un appel devant un tribunal spécialisé ou une cour de justice. Si aucun appel n'est interjeté, les ordonnances demeurent exécutoires et imposent une responsabilité absolue.

Quatrième étape : les sanctions environnementales. À la quatrième étape, les décideurs discrétionnaires peuvent imposer des « sanctions environnementales » ou des « sanctions administratives pécuniaires » aux parties qui ne se conforment pas à la loi. Ces sanctions imposent des amendes de responsabilité absolue pour des infractions aux lois environnementales. En appel, le fardeau de preuve est souvent renversé (et l'appelant doit prouver qu'aucune infraction n'a été commise).

Cinquième étape : une enquête et une poursuite quasi criminelles. Comme cinquième et dernière étape, là où la réduction volontaire, les approbations, les ordonnances et les sanctions environnementales n'ont pas suscité le comportement requis chez l'assujetti, l'organisme de réglementation peut recourir à une enquête accompagnée d'une poursuite. L'enquête vise avant tout à recueillir des preuves pour avoir suffisamment de motifs raisonnables et probables pour déposer des accusations et créer un « dossier de la Couronne » que le procureur de la Couronne pourrait utiliser afin de démontrer hors de tout doute raisonnable la véracité de ces accusations. Ces infractions sont généralement dites de « responsabilité stricte », pour lesquelles la Couronne n'a qu'à prouver l'*actus reus* d'une infraction hors de tout doute raisonnable, c'est-à-dire qu'on a enfreint une interdiction prévue dans la loi (p. ex., causer un « effet nuisible »), une limite réglementaire, une ordonnance ou une approbation. Dans une telle poursuite, l'accusé peut nier l'infraction en démontrant la « diligence raisonnable », c'est-à-dire la non-négligence, selon la prépondérance des probabilités. Si l'accusé est reconnu coupable, le tribunal peut lui imposer des sanctions considérables, comme des amendes de plusieurs millions de dollars, une peine d'emprisonnement ou la restitution des profits.

Dans le présent chapitre, nous nous concentrerons sur les stratégies privilégiées entourant la collecte de preuve lorsque le client en est à cette cinquième et dernière étape, autrement dit, celle de l'enquête et des poursuites. Il faut cependant garder en tête qu'une bonne stratégie juridique requiert une approche cohérente à tous les stades de l'application de la réglementation (de la première à la cinquième étape, inclusivement).

Le fait de se trouver à la cinquième étape signifie que le client se trouve déjà dans une situation où l'organisme de réglementation a conclu que les quatre premières étapes étaient inadéquates en raison de la gravité ou de la persistance du manquement de la part du client. L'organisme de réglementation perçoit le client comme un contrevenant dangereux qui ne se conformera qu'à la suite de mesures drastiques.

Il sera ensuite ardu de persuader le ministre de revenir aux quatre premières étapes. Vous pourriez néanmoins y arriver :

- en démontrant et en documentant le système de gestion environnementale (SGE) et la diligence raisonnable de votre client ;
- en établissant, preuves à l'appui, la bonne foi de votre client auprès du ministère ;
- en répondant soigneusement et diligemment aux inspections et aux enquêtes, en fournissant la preuve exigée tout en contrôlant sa circulation ;
- en démontrant, preuves à l'appui, que votre client a remédié au problème de façon à ce qu'il ne se reproduise plus.

Il importe de mentionner que les gestes ci-dessus peuvent également être posés à titre proactif – avant toute poursuite, et ainsi éviter a) un manquement, b) une enquête et c) une poursuite.

Les lois sur le bien-être public et leurs implications en matière de preuve

Voici comment la Cour suprême du Canada a défini la défense de diligence raisonnable dans l'affaire *Sault Ste. Marie* :

> La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de fait inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocents, ou *si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'*événement en question[2]. [nos italiques]

Pour nos besoins, cette définition signifie que :

1. la Couronne tient pour acquis qu'un accusé a fait preuve de négligence (et non de diligence raisonnable) et qu'il n'a pas pris toutes les mesures raisonnables, c.-à-d. que le dossier de la Couronne contient des preuves à cet effet ;
2. l'enquêteur cherchera des preuves de la négligence de l'accusé afin de les inclure dans le dossier de la Couronne ;
3. vous devez évaluer de façon indépendante s'il existe des preuves qui démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a fait montre de diligence raisonnable et non de négligence ; en appliquant le critère de *Sault Ste. Marie*, avec la longue liste d'affaires dans lesquelles le critère de base de la défense a été esquissé[3], vous devez

---

2. *R* c *Sault Ste Marie* (1978), 40 CCC (2d) 353 (CSC), p. 373-374.
3. Voir, par exemple, les affaires *R* c *Wholesale Travel Group Inc* (1991), 67 CCC (3d) 193 (CSC) ; *Lévis (Ville)* c *Tétreault*, [2006] 1 RCS 420 ; *R* c *Commander Business Furniture Inc* (1992), 9 CELR (NS) 185 (C Ont (Div prov)), conf par 22 WCB (2d) 526 (Div gén) ; et *R* c *Courtaulds Fibres Canada* (1992), 9 CELR (NS) 304 (C Ont (Div prov)).

établir si votre client a pris toutes les mesures raisonnables pour éviter l'*actus reus* en question ;

4. un accusé doit démontrer qu'il a mis en œuvre des systèmes qui prouvent qu'il se montrera désormais raisonnablement diligent.

STRATÉGIE JURIDIQUE POUR METTRE FIN À LA POURSUITE AVANT QU'ELLE NE COMMENCE

Une étape des plus importantes – un client doit adopter une conduite de diligence raisonnable et en faire la preuve

La meilleure stratégie pour éviter une enquête et une poursuite consiste à aider votre client à devenir raisonnablement diligent et ainsi éviter de commettre une infraction. Je le fais souvent en fournissant à mes clients la liste de facteurs ci-dessous, que le tribunal prendra en considération pour évaluer la diligence raisonnable. Ces facteurs sont tirés de la décision dans l'affaire *Commander Business* :

1. [TRADUCTION] la nature et la gravité de l'effet nuisible ;
2. le caractère prévisible de l'effet, y compris les sensibilités anormales ;
3. les solutions de rechange possibles ;
4. la conformité aux lois ou à la réglementation ;
5. les normes de l'industrie ;
6. la nature du voisinage ;
7. les efforts déployés pour résoudre le problème ;
8. la durée de l'événement et la rapidité de la réaction ;
9. les questions échappant au contrôle de l'accusé, y compris les limitations technologiques ;
10. le niveau d'habileté attendu de l'accusé ;
11. les éléments de complication dans l'affaire ;
12. les systèmes préventifs ;
13. les considérations économiques ;
14. les actions des fonctionnaires[4].

La difficulté réside dans le fait qu'il existe littéralement des centaines de jugements qui traitent de la façon d'interpréter et d'appliquer ces facteurs. Le fait de s'entretenir de ces facteurs avec un client ne lui procurera tout au plus qu'une idée générale de ce qu'il doit faire.

---

4. *Commander Business Furniture*, *ibid*, par 87.

La diligence raisonnable par un système de gestion environnementale

Le conseil le plus constructif que l'on peut donner à un client est probablement celui de concentrer la discussion sur le douzième facteur : les systèmes préventifs. Le client se concentre ainsi sur la question de savoir s'il peut prévenir tous les futurs cas de non-conformité, c.-à-d. les infractions, en créant un SGE adéquat, qui serait vigoureusement et pleinement mis en œuvre. Selon mon expérience, c'est avec ce conseil que les clients en obtiennent le plus pour leur argent, puisque la jurisprudence indique clairement que l'essentiel derrière la diligence raisonnable réside dans la preuve qu'un « système » existe afin d'éviter la commission d'infractions.

Par exemple, dans l'affaire *Bata*, le tribunal a fait observer qu'un accusé qui désire établir la diligence raisonnable doit :

> [TRADUCTION] […] établir qu'il a pris toutes les mesures raisonnables afin d'établir un **système adéquat** visant à prévenir la commission d'une infraction en prenant des mesures raisonnables pour s'assurer du bon fonctionnement de ce système[5].

Selon *Bata*, un SGE adéquat doit comprendre :

> [TRADUCTION] une politique d'entreprise raisonnable et réaliste ;
> – une mobilisation adéquate de ressources ;
> – aucune omission dans l'identification des répercussions environnementales sur lesquelles l'organisation a le contrôle ;
> – la mise à jour des exigences juridiques.

N'hésitez donc pas à demander à votre client s'il est en mesure de démontrer qu'il a mis en place un SGE qui répond à ces exigences de base.

Dans le même ordre d'idées, le tribunal a fait remarquer ce qui suit dans *Courtaulds Fibres* :

> [TRADUCTION] [l]es mesures raisonnables et la diligence raisonnable ne signifient pas des efforts surhumains. Ils désignent une norme de sensibilisation élevée ainsi que des gestes décisifs, prompts et continus. Le fait d'exiger davantage rapprocherait, selon moi, une infraction de responsabilité stricte dangereusement près d'une infraction de responsabilité absolue[6].

Le tribunal, dans l'affaire *Syncrude*, l'a exprimé en ces termes :

> [TRADUCTION] [p]our s'acquitter du fardeau de la preuve, Syncrude n'a pas à montrer qu'elle a pris toutes les mesures possibles ou imaginables pour éviter d'engager sa responsabilité. Elle n'avait pas à atteindre une norme de perfection ou ni à démontrer des efforts surhumains. C'est l'existence d'un « système adéquat » et

5. *R* c *Bata Industries Ltd* (1992), 7 CELR (NS) 245 (C Ont (Div prov)), par 41 [*Bata Industries*].
6. *Courtaulds Fibres Canada, supra* note 3, par 39.

de « mesures raisonnables pour s'assurer du bon fonctionnement du système » qu'il faut prouver[7].

De façon plus générale, les éléments clés de la diligence raisonnable exigeront que la preuve démontre :

- qu'un système adéquat a été mis en œuvre comme il se doit ;
- que les normes raisonnables de l'industrie ont été respectées ;
- qu'il n'y avait aucune autre issue possible ;
- que les infractions n'étaient pas raisonnablement prévisibles ;
- que les activités en question ont été menées par des employés compétents dans le cadre de leur emploi.

Occasionnellement, les clients demanderont si la mise en œuvre de la norme ISO 14001 est la solution. La norme ISO 14001 est souvent vue comme la crème des SGE. Toutefois, dans l'affaire *Zelstoff*[8], le prévenu a été déclaré coupable d'avoir déversé des effluents dans le fleuve Columbia, même s'il avait instauré des procédures ISO afin de prévenir cette situation. Pourquoi ? Parce que le prévenu n'avait pas suivi ces procédures ISO. Cela met en évidence que peu importe à quel point le SGE d'un client est sophistiqué, il ne peut être pris à la légère ; autrement dit, un SGE doit être diligemment suivi pour qu'on puisse s'en servir dans une défense.

Pour conclure, le seul fait de s'être doté d'un SGE n'équivaut pas à de la diligence raisonnable. Pour démontrer la diligence raisonnable, le client doit mettre en œuvre le SGE avec rigueur. Cela inclut de s'assurer de respecter et de documenter le SGE, de donner une formation sur une base régulière, d'effectuer des vérifications ponctuelles, de maintenir des livres et d'agir promptement afin de rectifier les défauts.

Il ne faut pas oublier non plus qu'un SGE est une arme à deux tranchants. Le fait de documenter un SGE peut aussi fournir à l'organisme de réglementation des éléments prouvant la non-conformité, une baisse de la performance environnementale et le bien-fondé des plaintes ou des réclamations de tiers.

La diligence raisonnable des administrateurs et des dirigeants

Lorsque des accusations sont déposées contre des sociétés, il est devenu très fréquent au cours des dernières années de voir des accusations similaires être portées contre les administrateurs et les dirigeants de ces sociétés. Dans le passé, elles reposaient sur les dispositions de complicité. Elles concernaient aussi la

---

7. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229, par 99.
8. *R* c *Zellstoff Celgar Limited Partnership*, 2012 BCPC 38.

situation des sociétés fermées, où par définition, les actions de la société sont également celles de la personne qui en est « l'âme dirigeante ».

Plus récemment, même les administrateurs et les dirigeants de grandes sociétés ouvertes ont fait l'objet d'accusations. Cela peut avoir trait au fait que les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs et des dirigeants sont devenues plutôt omniprésentes dans l'ensemble de la législation environnementale.

Par exemple, dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* :

> En cas de perpétration d'une infraction à la présente loi par une personne morale, ceux de ses dirigeants, administrateurs ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé, sont considérés comme des coauteurs de l'infraction et encourent la peine prévue pour une personne physique, que la personne morale ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable[9].

De même, en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, les administrateurs et les dirigeants d'une société sont présumés avoir commis l'infraction d'une société, à moins qu'ils n'établissent qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration[10].

En vertu de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et de la *Loi sur la protection de l'environnement*, les administrateurs et les dirigeants ont le devoir de prendre toutes les mesures raisonnables afin d'empêcher une société de rejeter un contaminant[11]. Il existe aussi un fardeau de preuve inversé qui donne aux administrateurs et aux dirigeants l'obligation de démontrer qu'ils ont respecté ce devoir[12]. De plus, les administrateurs et les dirigeants peuvent être trouvés coupables d'une infraction, que la société soit ou non poursuivie ou reconnue coupable[13].

En général, les administrateurs et les dirigeants peuvent éviter d'être poursuivis uniquement en établissant que chacun d'eux, à titre personnel, a fait preuve de diligence raisonnable. Cela signifie qu'ils doivent être capables de répondre par un « oui » à chacune des questions ci-dessous (tirées de l'affaire *Bata*[14]).

---

9. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33, art 280 [LCPE].
10. *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c Q-2, art 115.40.
11. *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, LRO 1990, c O.40, par 116(1) [LREO] ; *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c E.19, art 194 [LPE].
12. LREO, par 116(2.1) et LPE, par 194(2.1).
13. LREO, par 116(3) et LPE, par 194(3).
14. *Bata Industries*, *supra* note 5.

- [TRADUCTION] Le conseil d'administration a-t-il établi un « système » de prévention de la pollution (un SGE) pour la société ?
- Ce SGE assure-t-il une supervision appropriée, une inspection, l'amélioration des méthodes d'affaires, la conformité aux normes de l'industrie et le respect des lois environnementales ?
- Les administrateurs ont-ils exhorté les personnes qui relèvent d'eux à mettre en œuvre le SGE ?
- Les administrateurs se sont-ils assurés que les dirigeants rendent compte périodiquement au conseil d'administration du fonctionnement du système et ont-ils donné la directive aux dirigeants de signaler tout manquement substantiel au conseil d'administration en temps opportun ?
- Les administrateurs ont-ils passé en revue les rapports de conformité environnementale fournis par les dirigeants ou les consultants ? Ont-ils accordé une fiabilité raisonnable à ces rapports ?
- Les administrateurs ont-ils fourni des preuves selon lesquelles les dirigeants remédient rapidement aux problèmes environnementaux qui leur sont signalés par les organismes gouvernementaux ou par d'autres parties, y compris les actionnaires ?
- Les administrateurs sont-ils conscients des normes de leur secteur industriel et de celles d'autres secteurs qui sont confrontés avec des polluants et des risques similaires pour l'environnement ?
- Les administrateurs ont-ils immédiatement et personnellement réagi après avoir remarqué une défaillance du système ?

Le plus important, pour l'avocat d'un administrateur ou d'un dirigeant accusé, c'est de demander à son client les preuves dont il dispose à l'appui de chacune des réponses affirmatives, pour convaincre un enquêteur, un avocat de la Couronne ou le tribunal.

STRATÉGIE JURIDIQUE POUR RÉAGIR EFFICACEMENT À UNE ENQUÊTE – COMMENT GÉRER LA PREUVE ?

Qu'est-ce qu'une enquête ?

Les poursuites naissent des suites d'une enquête menée par un enquêteur du ministère (Direction des enquêtes et de l'application de la loi). Le client doit comprendre que le rôle d'un enquêteur ne consiste pas à aider le client à atténuer son manquement. La présence d'un enquêteur signifie que le client en est déjà

à la « cinquième étape ». L'enquêteur a donc pour principal dessein d'amasser des preuves en vue de déposer des accusations et de poursuivre[15].

L'enquêteur cherche des preuves comme des déclarations de témoins, des documents que le client a en sa possession, des échantillons concrets recueillis, les observations personnelles de l'enquêteur ainsi que les photographies qu'il a prises. Cette preuve est déposée dans le « dossier de la poursuite » qui est remis au poursuivant du ministère (l'avocat de la Couronne), et c'est ce sur quoi la Couronne fera reposer ses accusations. Si le client ne fournit pas la preuve « volontairement », l'enquêteur ne peut se rabattre sur des pouvoirs d'inspections conférés par la loi ; il doit obtenir et exécuter un mandat de perquisition afin de forcer la divulgation de la preuve[16].

La principale difficulté à laquelle la plupart des clients sont confrontés est que les « inspections » en vue d'atténuer le manquement (qui peuvent correctement reposer sur les pouvoirs d'inspection découlant de la loi) sont occasionnellement susceptibles de se transformer en enquêtes qui mènent au dépôt d'accusations quasi criminelles. Cela se produit lorsque, pendant une inspection, l'inspecteur obtient des preuves qui lui donnent des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. L'inspecteur commence alors à recueillir des preuves en vue de la poursuite, et devient de facto un agent d'enquête quasi criminelle[17]. Cela signifie concrètement que les clients ne peuvent pas baisser leur garde, même si le fonctionnaire arrive initialement sur les lieux à titre « d'inspecteur ».

Quels sont les pouvoirs d'un enquêteur ?

Le fait que l'enquêteur puisse accéder à tous les renseignements incriminants recueillis par un inspecteur et qu'il puisse en faire usage avant même le commencement d'une enquête quasi criminelle, vient compliquer les choses[18]. Cette situation rappelle que les clients devraient savoir qu'ils ne peuvent baisser leur garde seulement parce qu'ils sont en situation d'« inspection ».

Lorsqu'une enquête est en cours, l'inspection peut continuer en parallèle, mais l'inspecteur ne peut plus partager les fruits de son inspection avec le « côté enquête ».

De plus, en contexte d'enquête, les droits de l'accusé au titre des articles 7 (liberté) et 8 (vie privée) de la Charte sont engagés. En conséquence, l'enquêteur ne peut forcer la divulgation de la preuve par l'intermédiaire des

15. *R* c *Jarvis* (2002), 169 CCC (3d) 1 (CSC) [*Jarvis*] et *R* c *Ling* (2002), 169 CCC (3d) 46 (CSC).
16. *Ibid.*
17. *Jarvis*, *supra* note 15, par 94.
18. *Ibid.*

pouvoirs « d'inspection » que la loi confère à un inspecteur, même en exigeant de l'information ou des documents auprès de tiers[19]. Pour ce faire, l'enquêteur a besoin soit d'un consentement, soit d'un mandat de perquisition.

Ainsi, un enquêteur ne peut utiliser les pouvoirs d'inspection suivants durant une enquête :

- pénétrer dans des locaux ;
- procéder à des travaux d'excavation (avec l'obligation de remettre les biens dans leur état précédent) ;
- forcer la mise en marche de la machinerie ;
- examiner, enregistrer ou copier des documents ou des données, sous toute forme et par quelque méthode que ce soit ;
- photographier et filmer les conditions d'exploitation ;
- retirer des documents ou des données des lieux ;
- se renseigner auprès de toute personne, oralement ou par écrit (ce qui comprend les entrevues)[20].

Toutefois, un mandat de perquisition lui permet néanmoins de poser bon nombre de ces gestes.

De plus, un enquêteur peut détenir le pouvoir de saisir (sans mandat ou ordonnance) tout élément laissé « bien en vue » s'il croit raisonnablement qu'il s'agit d'une preuve d'infraction[21]. Il faut prévenir les clients de ne pas laisser à la vue des documents confidentiels ou incriminants.

Un inspecteur et un enquêteur peuvent tous deux détenir le pouvoir d'émettre une ordonnance d'interdiction d'entrer afin d'empêcher la destruction d'une preuve d'infraction ou de rejet causant un effet nuisible[22]. Il faut prévenir les clients afin qu'ils prennent des mesures de préservation de la preuve, de telle sorte qu'une telle ordonnance ne soit pas nécessaire.

---

19. *Ibid.*
20. Voir, par exemple, l'art 156 de la LPE.
21. Bien que dans l'affaire *Safety Kleen Canada Inc* c *Canada* (1991), 7 CRR (2d) 299, par 307 (C Ont (Div gén)), le tribunal a énoncé qu'il n'existe pas de principe relatif aux objets « bien en vue » pour des infractions provinciales lorsqu'une perquisition est menée en vertu d'un mandat, cette décision peut être mise en doute par l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R* c *Macooh*, [1993] 2 RCS 802. Voir également *R* c *Busat* (2006), 274 Sask R 1 (QB). Enfin, les lois peuvent accorder expressément à un inspecteur le pouvoir de saisir un élément de preuve bien en vue : art 160 de la LPE.
22. Voir, par exemple, l'art 156.4 de la LPE et le par 57(6) de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario, LRO 1990, c O.1 [LSST].

Questions pour l'enquêteur

Alors, quand un représentant de l'organisme de réglementation frappe à la porte sans mandat de perquisition, la première tâche du client consiste à déterminer si ce représentant vient à lui en qualité d'inspecteur investi par la loi de pouvoirs d'inspection, ou en qualité d'enquêteur. Un bon point de départ consiste à poser les questions ci-dessous à cet agent :

a) Cette personne a-t-elle des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ?

b) Procède-t-elle à une enquête ou à une inspection ?

c) Le client a-t-il l'obligation de répondre aux questions et de fournir des preuves, ou sa collaboration est-elle sollicitée sur une base volontaire ?

Le représentant donnera probablement l'une des trois réponses suivantes :

– cette personne pourrait admettre qu'elle détient des motifs raisonnables et probables, qu'elle mène une enquête, qu'elle n'exerce aucun pouvoir découlant de la loi et qu'elle dépend entièrement de la collaboration volontaire ;

– elle pourrait dire qu'elle n'a aucun motif raisonnable et probable (ou qu'elle n'en est pas certaine à ce moment), qu'elle procède à une inspection, qu'elle agit en vertu de pouvoirs d'inspection qui lui sont conférés par la loi et qu'il faut obligatoirement s'y conformer.

Si la première réponse est donnée, le client peut demander davantage de temps à l'enquêteur afin d'obtenir un avis juridique avant de décider de collaborer ou non au processus. S'il s'agit en revanche de la deuxième réponse, le client a généralement le devoir légal de répondre aux questions et de ne pas faire entrave à l'inspection[23].

Qu'est-ce qu'une entrave ?

Généralement, une entrave faite à un agent provincial (p. ex., un inspecteur ou un agent de réduction de la pollution) dans l'exercice de ses fonctions constitue une infraction à la loi[24].

La LPE de l'Ontario prévoit notamment que nul ne peut :

– « gêner ou entraver » l'agent dans l'exercice de ses fonctions ;

– fournir « des renseignements faux ou trompeurs dans une déclaration, un document ou des données » ;

23. Voir, par exemple, l'art 184 de la LPE.
24. Art 184 LPE et par 62(1) LSST.

– « refuser de fournir » à un agent provincial les renseignements requis pour l'application de la loi ou de ses règlements[25].

Le mot « entrave » signifie de rendre plus difficile pour l'agent provincial d'exercer ses fonctions prévues à la loi[26]. L'entrave n'a pas besoin d'être une action concrète : il peut simplement s'agir d'omettre de faire quelque chose que l'agent a demandé[27]. Les clients doivent savoir qu'ils sont tenus de coopérer et de fournir les renseignements raisonnablement requis par un inspecteur, et non un enquêteur sans mandat.

Plus précisément, en ce qui concerne les demandes d'entrevue, les clients doivent savoir que ne constitue pas une entrave le fait de :

– refuser de donner une entrevue sur une base volontaire au cours d'une enquête ;
– demander qu'un avocat assiste à l'entrevue (l'inspecteur peut toutefois exclure l'avocat de la société pendant l'entrevue d'un employé) ;
– demander à ce qu'une personne désignée par la direction (p. ex., un coordonnateur en matière d'accident) assiste à l'entrevue.

De plus, la plupart des lois environnementales prévoient qu'un agent ne peut exclure l'avocat de la personne interviewée. Les individus ont droit à ce que leur propre avocat assiste à leur entrevue pendant une inspection[28].

Les clients doivent également savoir qu'il ne peut y avoir d'entretien confidentiel ou « à titre officieux » avec un inspecteur ou un enquêteur. Aucun renseignement ne peut être fourni sous toutes réserves.

Quant aux demandes de renseignements ou de documents faites avec ou sans mandat, ne constitue pas une entrave le fait de :

– fournir uniquement les documents requis ;
– ne répondre qu'aux questions posées.

Comment traiter les renseignements confidentiels ?

Ce n'est pas de l'entrave non plus de protéger les renseignements privilégiés et confidentiels. Les clients doivent savoir que les documents « privilégiés et confidentiels » sont présumés inclure :

– ceux qui portent la mention « privilégié et confidentiel » ;

---

25. LPE, *ibid.*
26. *R* c *Tortolano* (1975), 28 CCC (3d) 562 ; *R* c *Yussuf*, 2014 ONCJ 143 ; *R* c *Clare* (2014), 115 WCB (2d) 383 (CJ Ont), confirmé par 2015 ONCJ 341 (CJ Ont).
27. *R* c *O'Hara* (1993), 10 CELR (NS) 112 (C prov N-É).
28. Par 156(4) de la LPE.

– les communications entre une société et ses avocats en vue d'obtenir des conseils juridiques ou concernant un litige éventuel ou en instance. Il importe de noter que les avocats comprennent les conseillers juridiques internes et externes de l'entreprise ;
– les rapports de consultants rédigés à l'intention des avocats à la demande du client.

Si l'inspecteur exige que le client produise des communications privilégiées et confidentielles, celui-ci doit savoir qu'il devrait :

– les lui remettre dans une enveloppe scellée portant la mention « Privilégié et confidentiel » ;
– conserver les originaux ou au moins des copies des documents fournis ;
– être au courant qu'un tribunal décidera ensuite (sur requête) si l'organisme de réglementation peut les examiner[29].

Comment traiter un mandat de perquisition ou une ordonnance d'inspection ?

En Ontario, un mandat de perquisition pour enquête et saisie doit être obtenu d'un juge de paix en vertu de l'article 158 de la *Loi sur les infractions provinciales*[30]. Pour obtenir un tel mandat, l'enquêteur doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. De plus, un mandat de perquisition peut être utilisé uniquement à l'emplacement expressément autorisé, il expire 15 jours après sa date de délivrance et il doit être exécuté entre 6 h et 21 h. Avant de contester un mandat en lien avec l'un ou l'autre de ces critères, les clients feraient bien de solliciter des conseils juridiques.

En vertu de l'article 163.1 de la LPE, un enquêteur peut obtenir une ordonnance d'un juge de paix autorisant le recours à un dispositif de surveillance ou autre, si l'enquêteur a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise.

Toutefois, un enquêteur n'a pas besoin de mandat de perquisition ou d'ordonnance d'inspection dans des cas d'urgence, c'est-à-dire lorsqu'il est peu pratique d'obtenir un mandat de perquisition. Pour effectuer ce genre de perquisition et de saisie, la loi prévoit un critère : l'enquêteur doit avoir des motifs raisonnables et probables que l'un des deux types d'infraction est commis :

– le rejet d'un contaminant causant un effet nuisible ou

29. *Loi sur les infractions provinciales*, LRO 1990, c P.33, art 160.
30. *Ibid.*, art 158.

– une infraction liée à des déchets dangereux ou à des déchets industriels liquides transportés[31].

En exécutant le mandat ou l'ordonnance, l'agent peut « avoir recours à la force raisonnablement nécessaire[32] » et peut demander l'assistance de la police[33].

Éviter de perturber l'exécution d'un mandat de perquisition

Les enquêteurs sont souvent heureux de recevoir des documents sur une base volontaire, ce qui leur évite la perte de temps et les coûts liés à l'obtention et à l'exécution d'un mandat de perquisition. Les clients devraient travailler avec leur avocat en droit de l'environnement afin de :

– communiquer avec l'enquêteur ;
– énumérer précisément les documents dans une liste ;
– fournir uniquement les documents énumérés ;
– éviter de fournir des documents inutilement incriminants.

Au bout du compte, vos clients pourraient arriver à éviter les inconvénients associés à l'exécution d'un mandat de perquisition, y compris la saisie en gros de tous les fichiers, la saisie de renseignements confidentiels et la saisie d'ordinateurs dont le client a besoin afin de poursuivre ses activités.

La valeur d'un protocole d'enquête et d'une liste de vérification

Les clients peuvent s'éviter d'interrompre leurs activités, de s'incriminer eux-mêmes et de perdre des preuves importantes en adoptant et en mettant en œuvre sans tarder une « liste de vérification » et un « protocole » d'enquête. S'ils sont obtenus de votre avocat et mis en œuvre bien avant toute inspection ou enquête, un tel protocole ou une telle liste de vérification peuvent être d'un précieux secours sur la façon dont les employés et la direction devraient réagir à une enquête.

Un protocole et une liste de vérification typiques comprennent normalement :

– ce que les employés de la réception ou de la sécurité devraient faire à l'arrivée d'un enquêteur ;
– l'identité de la personne chargée de coordonner la réaction de la société (escorter l'enquêteur sur les lieux, répondre aux questions, obtenir des documents) ;

31. Art 161 de la LPE.
32. Art 163 de la LPE.
33. Art 166 de la LPE.

– les renseignements qui devraient être obtenus de l'enquêteur, par exemple : son nom, son matricule, la raison de sa visite (vérification de routine ou motifs raisonnables et probables), la personne que l'enquêteur désire rencontrer, le fait que l'enquêteur soit porteur ou non d'un mandat de perquisition (en obtenir une copie, le cas échéant) ainsi que les renseignements justificatifs.

Le protocole et la liste de vérification devraient également préciser le rôle de la direction avant, durant et après la visite, y compris des conseils entourant :

– la façon et le moment de faire intervenir l'avocat de la société ;
– la façon d'évaluer le mandat de perquisition et d'établir s'il y a conformité ;
– la façon d'observer et de guider les recherches de l'enquêteur sans l'entraver ;
– la façon de constituer un dossier documentaire complet de la perquisition (les admissions de l'enquêteur, des notes, des copies d'échantillons et des photographies) en vue de l'utiliser dans votre défense[34] ;
– la façon de maîtriser la divulgation de documents et désamorcer une perquisition potentiellement perturbatrice en remettant volontairement des documents à l'organisme de réglementation.

En ce qui concerne les entrevues, le protocole et la liste de vérification préciseront :

– la façon de remettre à plus tard des entrevues potentiellement incriminantes jusqu'à ce que les employés soient adéquatement représentés par un conseiller juridique indépendant et qu'ils aient choisi en toute connaissance de cause d'être questionnés ;
– la façon dont les employés et les membres de la direction devraient répondre aux questions ;
– la façon de traiter et de protéger les documents divulgués ;
– la façon de mener une entrevue de départ avec l'enquêteur ;
– ce à quoi vous devriez et ne devriez pas vous engager envers l'enquêteur.

34. Il est vital de faire recueillir les preuves par échantillon par des consultants compétents, qui prennent des « échantillons judiciaires » sous scellé. Ce procédé sert à démontrer au procès l'existence d'une chaîne intacte de possession et de continuité, établissant que les résultats d'analyse de laboratoire remis en vertu des dispositions légales pertinentes sont bel et bien liés à la matière recueillie dans l'échantillon. Voir, par exemple, *R* c *Metalore Resources Ltd*, 2012 ONCJ 518 (C Ont) ; *R* c *Unitec Disposals Inc* (1994), 14 CELR (NS) 78 (C Ont (Div prov)).

Les entrevues d'employés

Les entrevues d'employés peuvent faire en sorte de gravement engager la responsabilité d'une société, de ses administrateurs et de ses dirigeants, surtout si l'employé n'est pas préparé et n'est pas accompagné par un avocat. Il est possible qu'un tribunal voie les déclarations d'employés comme des admissions de la société, et ces déclarations peuvent être admises en preuve même si les employés ne sont pas appelés à témoigner au procès[35].

Il existe en outre un risque réel qu'un employé effrayé soit plus enclin à jeter le blâme sur la direction ou sur des collègues. Ce n'est pas ce que souhaiterait la société.

Il est possible que la peur de l'employé soit fondée si on le suspecte d'avoir commis une infraction et également s'il pourrait être accusé à titre personnel. Même si l'employé n'est pas un suspect, il ou elle peut le devenir à l'issue de l'entrevue.

En conséquence, un employé a le droit de garder le silence, et l'enquêteur devrait l'en informer. Malheureusement, il arrive que les enquêteurs ne donnent pas d'emblée cet avertissement ; cette responsabilité pourrait tomber sur vos épaules ou sur celles de la société qui est votre cliente.

Puisque toutes les entrevues au cours d'une enquête doivent être menées sur une base volontaire, les employés devraient avoir le droit, d'une part, de consulter un avocat avant d'accepter de subir une entrevue et, d'autre part, que leur propre avocat y assiste.

Si un employé ne fait pas partie de la direction de la société, je recommande souvent que la société facilite (c'est-à-dire qu'elle défraie) les services d'un avocat indépendant à l'intention de l'employé. Cette démarche évite plusieurs des problèmes évoqués ci-dessus en atténuant les craintes des employés, en faisant en sorte que l'employé reçoive des conseils juridiques indépendants, et en empêchant les employés de se porter automatiquement volontaires pour donner des entrevues. Elle permet également d'éviter le problème du conflit d'intérêts qui peut survenir lorsqu'un avocat d'entreprise représente à la fois l'entreprise et son employé et que cet employé témoigne ultimement contre la société[36].

---

35. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, [2010] AJ No 421 (C prov Alberta).
36. Souvenez-vous, il est généralement à déconseiller que l'avocat de l'entreprise représente les employés au cours d'une entrevue d'enquête. Si l'employé est appelé plus tard à témoigner pour la Couronne contre la société, l'avocat pourrait être inhabile à agir pour l'entreprise, c'est-à-dire à travailler contre votre ancien client. Voir *R* c *Laidlaw Environmental Services (Sarnia) Ltd* (1996), 19 CELR (NS) 42, conf par 23 CELR (NS) 1 (C Ont (Div Gén)) [*Laidlaw Environmental Services*].

Cet avocat juridique indépendant peut agir pour tous les employés, s'ils conviennent d'un mandat conjoint. Il peut également communiquer étroitement avec l'avocat de la société, puis suivre les conseils de ce dernier, s'il partage son avis. Il fournira cependant des conseils aux employés en toute confidentialité.

Dans les cas où un employé fait partie de la direction de la société et que leurs intérêts respectifs vont dans le même sens, l'avocat de la société peut habituellement représenter à la fois la société et l'employé, et assister à l'entrevue de l'employé au nom de la société.

STRATÉGIE JURIDIQUE POUR RÉAGIR EFFICACEMENT À UNE POURSUITE – COMMENT GÉRER LA PREUVE ?

Si vous êtes retenu après le dépôt des accusations, une défense efficace dans une poursuite environnementale intégrera généralement un certain nombre de « pratiques exemplaires » entourant la collecte et la divulgation de la preuve. Ces pratiques exemplaires ont pour objet non seulement d'arriver à la résolution favorable de la question (le retrait d'une partie ou de la totalité des accusations, un plaidoyer ou une amende convenue), mais aussi d'assurer une représentation efficace au procès.

Voici quelques-unes de ces « pratiques exemplaires ».

Les témoins

Si une enquête est en cours après le dépôt des accusations, continuez de contrôler le nombre de témoins mis à la disposition de l'enquêteur, et préparez-les. N'assistez pas personnellement aux interrogatoires des témoins par la Couronne si vous prévoyez agir comme procureur au procès. Ne mettez jamais les employés à la disposition de l'enquêteur pendant les heures de travail de l'entreprise ou à titre de représentant de l'entreprise. N'organisez pas les entrevues d'employés. Précisez toujours que l'employé en entrevue ne parle pas au nom de la société[37].

Les employés

Comme on l'a vu plus haut, assurez-vous que les employés soient d'accord et qu'ils se sentent protégés par le fait d'être représentés par un avocat indépendant[38]. Faites le tour de la situation avec eux et leur conseiller juridique,

37. Pour un exemple d'un avocat de la défense qui contrevient à la plupart de ces pratiques exemplaires, voir *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 123.
38. *Laidlaw Environmental Services*, *supra* note 36.

en leur expliquant qu'ils ont le droit de refuser d'être questionnés lorsque l'enquêteur n'a aucun pouvoir légal de les y forcer. Questionnez vous-mêmes les employés en présence de leur avocat.

La communication par la Couronne

Exigez toujours que la Couronne communique l'ensemble de son dossier. N'incluez pas seulement une demande générale, mais demandez particulièrement les éléments contenant les points faibles du dossier de la Couronne ainsi que la preuve qui, selon vous, pourrait disculper votre client. La communication par la Couronne est non seulement essentielle à la bonne préparation d'un dossier et requise sur le plan constitutionnel[39], mais elle peut également forcer le procureur de la Couronne à examiner des éléments de preuve qu'il ou elle n'a peut-être pas remarqués durant la vérification des accusations, ce qui peut mener au retrait de certaines accusations ou à un plaidoyer favorable.

Les délais de prescription

Il est parfois possible de faire tomber toutes les accusations avec une défense de prescription. Si l'une ou l'autre des accusations porte sur une infraction dont la date se situe hors du délai de prescription fixé à la Couronne pour le dépôt d'accusations[40], exigez la communication de la documentation que vous savez ou croyez être entre les mains de la Couronne et qui pourrait prouver que le ministère était au courant de l'infraction depuis si longtemps qu'elle est maintenant prescrite.

La communication par le client

Comme avocat de la défense, vous devez recevoir tous les documents pertinents de votre propre client et les analyser soigneusement afin de préparer préliminairement la base juridique du procès. Il est impossible d'établir si votre client peut invoquer la défense de diligence raisonnable sans entreprendre cette importante étape.

La communication incomplète par le client

Si, dans la documentation que votre client vous a communiquée, il manque de toute évidence des éléments de preuve cruciaux qu'il devait avoir en

---

39. L'article 7 de la *Charte* confère à un accusé le droit constitutionnel à une défense pleine et entière. Voir *R* c *Stinchcombe*, [1991] 3 RCS 326.
40. Le délai de prescription prévu à la plupart des lois environnementales de l'Ontario est de deux ans à compter de la date de l'infraction ou à compter du moment où elle vient à la connaissance des agents provinciaux, selon la plus tardive de ces dates. Voir les articles 195 de la LPE et 94 de la LREO.

sa possession (ce qui est fréquent), vous devez lui demander de vous les trouver. Vous ne voulez pas être pris de court par une preuve inattendue pendant les discussions avec la Couronne, ou encore pendant l'interrogatoire du client, en plein tribunal.

Les codéfendeurs

Dans la plupart des poursuites, vous souhaiterez vous concerter avec les codéfendeurs et leur avocat. Invoquez le privilège d'intérêt commun. Convenez de ne pas donner d'entrevues ou de fournir à l'enquêteur ou à la Couronne des preuves supplémentaires dans lesquelles les codéfendeurs se blâment les uns les autres. Entendez-vous sur les failles dans le dossier de la Couronne. Convenez d'une stratégie de front commun contre la Couronne.

L'accord d'immunité avec la Couronne

Parfois, il ne sera pas pertinent de se concerter avec les coaccusés. Il existe des cas où votre client a réellement été victime d'un comportement illégal d'un coaccusé, en dépit du fait qu'il ait pris toutes les précautions raisonnables pour éviter de commettre une infraction. En pareil cas, ce qui est rare, il faut le reconnaître, il pourrait être préférable de conclure un accord d'immunité avec l'avocat de la Couronne. Dans un tel accord, votre client s'engage à fournir de la preuve à la Couronne en échange d'une immunité partielle ou totale contre les poursuites[41].

L'analyse du dossier de la Couronne

Une étape cruciale de la défense contre des accusations environnementales consiste à revoir la preuve communiquée par la Couronne afin d'établir :

a) si la Couronne peut prouver l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable (et s'il existe un risque raisonnable de condamnation) ;

b) si votre client peut établir une défense de diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités ;

c) si la Couronne a été induite en erreur par des codéfendeurs, ce à quoi il faut remédier ;

d) s'il manque à la Couronne une preuve qui se trouve en possession de votre client et qui pourrait le disculper ou bien pousser la Couronne

41. Voir, par exemple, Service des poursuites pénales du Canada, *Guide du Service des poursuites pénales du* Canada, section 3.3 Les ententes portant garantie d'immunité [en ligne] http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p3/ch03.html.

à laisser tomber une accusation ou à réduire le montant d'une amende réclamée.

L'obtention de nouvelles preuves au besoin

Lorsque des éléments de preuve essentiels manquent à votre client et à la Couronne, un bon avocat de la défense se demandera s'il est important d'aller trouver ou de générer de nouveaux éléments de preuve :

a) en donnant au client la tâche de faire des recherches et de recueillir de la nouvelle preuve documentaire ;

b) en cherchant et en questionnant directement vous-même de nouveaux témoins ;

c) en retenant des experts au procès afin d'obtenir une nouvelle preuve sous forme d'opinion et ainsi mettre à l'épreuve ou contester la preuve d'expert de la Couronne.

Éduquer le client sur la diligence raisonnable

Nous avons déjà abordé les éléments de la diligence raisonnable dans ce chapitre. Selon mon expérience, et selon le niveau de connaissance de votre client, il est souvent nécessaire, avant même de pouvoir recueillir de nouvelles preuves aux étapes E, F et G ci-dessus, d'éduquer votre client sur ce qu'est la « diligence raisonnable ». Si cette étape de sensibilisation importante n'a pas lieu, plusieurs clients ne pourront pas déterminer s'ils possèdent une telle preuve, ils ne pourront pas vous la fournir et ils ne sauront pas qu'ils ont besoin de prendre des mesures concrètes afin de générer une nouvelle preuve sur le sujet.

La diligence « après le fait »

S'il s'avère que votre client n'a aucune preuve soutenable de diligence raisonnable (parce que, par exemple, il a omis de prendre des mesures raisonnables afin d'éviter de commettre l'infraction, alors qu'il aurait pu le faire), il est extrêmement important, pour défendre efficacement un client dans un dossier, d'établir si votre client a remédié au problème en recourant à des mesures raisonnables. Votre question clé pour le client sera : « Quelles mesures avez-vous prises depuis l'infraction pour empêcher que des infractions similaires se reproduisent ? »

Si les mesures prises ne sont pas adéquates, vous devriez conseiller à votre client d'agir immédiatement. Il se peut que vous deviez fournir à votre client des ressources d'expert à cette fin. Si votre client n'a pas obtenu de rapport de

conformité environnementale depuis un certain temps, accompagné de mesures recommandées pour remédier au manquement (portant sur l'ensemble des mesures, qu'elles soient immédiates ou qu'elles touchent les systèmes, les manuels de politiques, les procédures, la surveillance, les rapports, la formation ou la gestion), c'est le moment de le faire. Je recommande souvent au client de commander un rapport par l'entremise de son conseiller juridique, afin de faire protéger ce rapport par le secret professionnel de l'avocat jusqu'au moment de décider de le divulguer à la Couronne.

Lorsque le client croit qu'une infraction particulière pourrait révéler des problèmes systémiques de plus grande envergure, je vais souvent lui recommander de commander plus d'un rapport : un premier, destiné à la Couronne, qui traite uniquement de l'infraction en question, puis un second, souvent d'une portée plus étendue, sur l'ensemble des manquements à l'échelle des installations du client, qui demeure confidentiel et à l'abri des yeux de la Couronne. Le client se servira de ce dernier type de rapport pour remédier à certains problèmes à l'interne sans les porter à la connaissance de la Couronne.

Dans le cas de rapports de conformité qui se prêtent à une communication à la Couronne, quoiqu'une telle preuve survienne « après le fait » et, par conséquent, ne serve pas une défense de diligence raisonnable, il sera vital de convaincre la Couronne qu'il n'est pas nécessaire d'imposer une amende élevée comme moyen de dissuasion[42].

La perspective raisonnable de condamnation

Effectuez votre propre analyse à savoir si, à la lumière de toute la preuve dont vous disposez, il existe une possibilité raisonnable de condamnation. Pour ce faire, il faut compléter votre analyse du dossier de la Couronne, comme au point I. Ce qu'il faut ici c'est une évaluation honnête et franche des enjeux cruciaux, dont vous pouvez faire part au client et sur quoi il pourra s'appuyer pour vous donner des directives et organiser des conférences de règlement avec la Couronne (ou une préparation au procès). Laissez de côté les défenses irréalistes et improuvables qui ne feront qu'encombrer votre dossier, ajouter des coûts pour votre client, agacer la Couronne et rendre le tribunal perplexe[43].

---

42. L'arrêt phare en détermination de la peine en Ontario est *R* c *Cotton Felts Ltd* (1982), 2 CCC (3d) 287 (CA Ont), qui a établi que l'objectif premier d'une peine était de « dissuader ». Il existe bien sûr plusieurs autres facteurs qu'un tribunal se doit de prendre en considération : voir, par exemple, art 188.1 de la LPE.

43. Voir, par exemple, à *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229. Ce procès, sur la mort de nombreux canards dans un bassin de sables bitumineux en Alberta, a fait les manchettes. Dans cette affaire, la défenderesse a présenté une multitude de défenses, invoquant non seulement la diligence raisonnable, mais aussi l'impossibilité de se conformer, la catastrophe naturelle, l'usage excessif du processus

La communication avec la Couronne

Entretenez des voies de communication avec l'avocat de la Couronne. Rencontrez l'avocat de la Couronne. Découvrez le plaidoyer et la peine que la Couronne souhaite obtenir, et pourquoi. Fournissez des preuves et des arguments supplémentaires à l'avocat de la Couronne au soutien du point de vue de votre client concernant le plaidoyer et la peine. Pour ce faire, vous devez exercer votre jugement afin d'établir s'il est plus efficace et dans l'intérêt de votre client de communiquer des preuves et des arguments supplémentaires en jouant franc jeu, ou bien de « conserver vos munitions » en vue du procès[44].

Le règlement

La plupart des poursuites environnementales se soldent par un règlement, et ce, pour un certain nombre de raisons. Premièrement, c'est parce que le taux de condamnation est élevé. Généralement, les accusations sont déposées seulement après que le dossier de la Couronne ait été soumis au filtrage des accusations par l'avocat de la Couronne, ce qui veut dire le passer soigneusement en revue afin d'en venir à la conclusion qu'il existe une « perspective raisonnable de condamnation » et qu'il est dans l'« intérêt public » de lancer la poursuite[45].

En deuxième lieu, il est souvent plus coûteux de se défendre que de conclure un règlement. Les clients sont d'abord et avant tout des entreprises et, avec votre aide, ils évalueront soigneusement laquelle des options, entre un procès et une amende réduite, est la plus intelligente sur le plan économique. En plus du coût immédiat d'un règlement, le client devra songer à ce que lui coûtera le fait de consentir à une amende, ce qui lui ferait courir le risque d'une hausse de l'amende minimum pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente.

---

d'approbation, l'erreur imputable à l'autorité compétente et le caractère *de minimis* de l'infraction. Le tribunal a rejeté les six moyens de défense, et a rendu un verdict de culpabilité.

44. Dans un litige civil, chaque partie à l'obligation de communiquer à la partie adverse toute la preuve documentaire pertinente « sous son autorité, en sa possession et sous sa garde », ainsi que l'obligation d'en divulguer oralement la totalité au cours des interrogatoires préalables. Par contre, dans une poursuite quasi criminelle, cette obligation incombe seulement à la Couronne. Un accusé n'a aucune obligation de communication ; il est libre de « conserver ses munitions » pour plus tard et de surprendre les témoins de la Couronne au procès avec des preuves non communiquées auparavant. En pratique, toutefois, la tactique de « conserver ses munitions » signifie généralement une chose : la certitude que cette question ira au procès. Cette pratique ne sert donc généralement pas l'intérêt de votre client. Si votre client a des preuves convaincantes de sa diligence raisonnable, remettez-les à la Couronne. La plupart des avocats de la Couronne seront raisonnables et (avec l'avis de l'enquêteur) s'efforceront d'évaluer ces preuves objectivement et de faire ce qui est juste et équitable. Donnez à la Couronne la chance d'exercer sa discrétion de poursuivant en faveur de votre client.

45. Voir, par exemple, Ontario, ministère du Procureur général, *Manuel des politiques de la Couronne*, Filtrage des accusations (21 mars 2005), [en ligne] https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/crim/cpm/2005/ChargeScreening.pdf.

En troisième lieu, la Couronne déposera à l'occasion des accusations en double[46], ou plus fréquemment, elle déposera de multiples chefs de la même accusation pour différentes périodes pendant lesquelles l'infraction a été commise[47]. Les avocats de la Couronne peuvent affirmer agir ainsi par excès de prudence, mais on ne peut ignorer que ces pratiques ont tendance à renforcer la position de la Couronne lors des discussions de règlement. De cette façon, il se peut que la Couronne accepte de retirer certaines accusations si un prévenu plaide coupable à un nombre limité d'« accusations représentatives ». La Couronne pourrait également montrer une certaine souplesse quant au montant de l'amende, particulièrement si l'avocat de la défense peut établir une défense soutenable de diligence raisonnable ou de diligence raisonnable « après le fait ».

L'avocat doit soigneusement documenter par écrit toute entente conclue avec la Couronne. La documentation peut inclure un ou plusieurs des éléments suivants, selon le cas : a) le procès-verbal de règlement, b) les échanges de lettres ou de courriels, c) un exposé conjoint des faits, d) les observations conjointes sur la peine, e) l'accord d'immunité contre une poursuite. Venez-en à un accord sur le plus grand nombre possible d'éléments ; vous soumettrez vos observations au tribunal quant au reste.

Le procès

Lorsqu'il n'est pas possible d'arriver à un règlement, vous devez vous préparer pour le procès. Chaque étape de préparation à un procès comporte son lot de questions et de considérations quant à la preuve.

Par exemple, il est fréquent de préparer un dossier de procès contenant tous les documents juridiques pertinents, dont la dénonciation, les ordonnances judiciaires, les notes juridiques et la jurisprudence. Le dossier de procès doit aussi comprendre la preuve de la Couronne qui a été communiquée à l'accusé, notamment le dossier de la Couronne qui a mené au dépôt des accusations. La preuve de la Couronne comprendra l'ensemble des documents d'enquête, les notes de police, les déclarations de témoins, les rapports d'expert, les éléments matériels de preuve, les documents officiels (p. ex., les

---

46. Par exemple, la Couronne peut déposer des accusations de pollution en vertu des art 14 de la LPE et 30 de la LREO, ou pour avoir omis d'aviser le ministère d'un rejet ou d'un déversement en vertu des art 13 et 92 de la LPE. Ces accusations supplémentaires pourraient ne pas résister à une requête en retrait fondée sur la règle interdisant les condamnations multiples énoncée dans l'arrêt *R* c *Kienapple*, [1975] 1 RCS 729, mais elles peuvent tout de même servir de munitions à la Couronne dans le cadre de négociations.

47. Par exemple, en accusant un prévenu d'exploiter un système de transport de déchets sans l'approbation nécessaire, la Couronne l'inculpera souvent de multiples chefs d'accusation de même pour chaque groupe de jours d'une année donnée pendant laquelle le système illégal aurait été exploité.

approbations, les recherches de dossiers) et la correspondance gouvernementale pertinente.

L'avocat de la défense doit aussi préparer, soit dans le cadre du dossier du procès ou comme « livre de procès » distinct, le produit de son travail en vue du procès. Un livre de procès typique comprend une liste des « choses à faire » par l'avocat de la défense, une déclaration d'ouverture, les éléments de chaque infraction accompagnés de la « base juridique du dossier » de l'avocat de la défense en lien avec chaque élément, une liste des pièces, des notes pour toute requête, des notes sur des preuves clés que la défense entend présenter, une déclaration de conclusion, et ainsi de suite.

Il est également vital pour la préparation du procès que l'avocat de la défense se prépare pour toute requête qui, selon lui ou elle, pourrait probablement être déposée par l'une ou l'autre des parties pendant le procès, que ce soit au début ou après. Cela comprend typiquement les requêtes :

- en ordonnance en vue d'obtenir une meilleure ou une plus grande communication de la preuve par la Couronne ;
- en radiation de dénonciation pour motif de retard[48] ;
- en renvoi devant un autre tribunal ;
- en rejet de dénonciation pour motif d'invalidité ou d'irrégularité ;
- en retrait d'accusations doubles ou multiples ;
- en modification des accusations ;
- en ordonnance de jonction des accusations ;
- en ordonnance de séparation de coaccusés ;
- en exclusion de témoins ;
- en exclusion de preuve ;
- en remise ;
- en imposition de verdict ;
- en ordonnance d'avortement du procès.

Vous devrez appuyer la plupart de ces requêtes[49] par des affidavits ou des témoignages de vive voix que vous aurez préparés bien avant de présenter la requête.

Finalement, une bonne préparation à un procès passe assurément par la préparation de vos propres témoins. Dans le cas de témoins factuels ordinaires, il importera avant tout de rafraîchir la mémoire du témoin quant aux faits pertinents. Habituellement, on prépare une déclaration du témoin ou un

48. Voir *R* c *Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631.
49. Évidemment, ce ne sont pas toutes les requêtes qui nécessitent des preuves de l'accusé ; par exemple, une requête en verdict dirigé repose entièrement sur la preuve soumise par la Couronne dans son dossier.

« témoignage anticipé » avec l'aide du témoin, afin de s'assurer d'une compréhension claire et commune du témoignage voulu. L'avocat devrait parler avec les témoins, revoir les faits de l'affaire et leur faire lire leur déclaration antérieure avant qu'ils ne témoignent.

Dans le cas de témoins experts, on obtient normalement un rapport d'expert du témoin pour la même raison. L'avocat de la défense peut fournir une orientation appropriée dans l'élaboration d'un tel rapport, conformément à l'orientation judiciaire sur l'acceptation[50].

CONCLUSION

Dans cet article, nous avons tenté de faire le tour des stratégies juridiques efficaces aux fins de la gestion, du contrôle, de la collecte, de l'évaluation et de la présentation de la preuve à chaque étape d'une poursuite environnementale – l'enquête, le processus préliminaire et le procès. Nous espérons que notre étude a permis au lecteur de réaliser concrètement qu'il est très important d'élaborer avec soin une stratégie en matière de preuve pour les besoins de telles affaires. Nous espérons également qu'il incitera le lecteur à réexaminer ses propres « pratiques exemplaires », puis à chercher de façon plus approfondie dans l'abondante jurisprudence et les meilleures pratiques qui sont associées au litige réglementaire en général, et en particulier aux poursuites environnementales. Idéalement, vous poserez de nouvelles questions, et vous vous sentirez encore mieux préparé pour votre prochain dossier.

50. *Moore* c *Getahun*, 2015 ONCA 55. Voir également *White Burgess Langille Inman* c *Abbott and Haliburton Co*, [2015] 2 RCS 182.

Chapitre 55

Les enquêtes environmentales – une perspective gouvernementale

Paul McCulloch[1]

En général, les régimes réglementaires de protection de l'environnement au Canada comprennent des dispositions pénales pouvant entraîner des amendes, des paiements à des fonds, l'émission d'ordonnances judiciaires et même des peines d'emprisonnement pour certaines personnes. Ces pénalités ont pour but de faire respecter les exigences réglementaires par une dissuasion générale[2]. Néanmoins, l'organisme gouvernemental assume encore le fardeau de démontrer que l'auteur a bel et bien commis l'acte reproché. Une enquête efficace dans le cadre de laquelle on recueille la preuve nécessaire est donc un élément essentiel de toute action d'application de la loi qui mène à l'imposition d'une sanction. Ce chapitre explique la différence entre une enquête et une inspection dans un contexte réglementaire. Il décrit le processus d'enquête et propose une réflexion sur de récentes affaires ayant établi une distinction entre une inspection et une enquête.

---

1. Paul McCulloch est avocat de la Couronne au ministère du Procureur général de l'Ontario, Direction des services juridiques, Environnement et Changement climatique. Les opinions et les commentaires exprimés dans ce chapitre ne constituent que le point de vue de l'auteur. Ils ne peuvent être associés aux ministères du Procureur général ou de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique.
2. *R* c *Jarvis*, [2002] 3RCS 757, par 55. Voir également *R* c *Wholesale Travel Group Inc*, [1991] 3 RCS 154.

LES INSPECTIONS ET LES ENQUÊTES

Les organismes gouvernementaux disposent d'une variété d'outils pour promouvoir la protection de l'environnement. L'éducation, la sensibilisation, la conformité volontaire, les normes et les exigences imposées par la réglementation, les permis, les approbations, les licences, les avertissements ou les avis de manquement, les ordonnances, les sanctions administratives et, finalement, les poursuites pénales, font tous partie de l'arsenal de l'organisme gouvernemental. Ces divers outils n'ont d'ailleurs pas pour effet de s'exclure les uns les autres. Un organisme peut, d'une part, procéder par application progressive, c'est-à-dire en commençant par la conformité volontaire avant de passer à des moyens plus stricts si la réponse n'est pas satisfaisante. Il peut d'autre part effectuer deux démarches de façon simultanée, comme émettre une ordonnance et, au même moment, commencer une enquête.

L'inspection vise à établir s'il y a conformité ou manquement aux exigences réglementaires en vigueur. Elle peut mener à l'une ou l'autre des réactions suivantes, à savoir la suspension ou la révocation d'un permis, d'une approbation ou d'une licence ainsi que la transmission d'un dossier à des enquêteurs. Le premier contact entre un groupe d'assujettis et un organisme de réglementation a souvent lieu lors d'une inspection.

Les agents environnementaux jouissent généralement d'un large éventail de pouvoirs pour mener à bien leurs inspections. En vertu de ces pouvoirs, ils peuvent pénétrer sans mandat dans toute installation, y compris sur des propriétés privées (excepté les résidences, dans la plupart des cas), pour y faire des observations et les consigner par écrit, pour recueillir des échantillons et de l'information, pour y questionner des gens et pour demander des copies de documents, tant et aussi longtemps qu'ils le font dans le cadre de l'objet de la loi qui les y autorise[3]. Pour les raisons ci-dessous, il a été établi que ces pouvoirs ne violent pas les articles 7 et 8 de la Charte, qui protègent contre l'autoincrimination ainsi que les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives :

- l'expectative de vie privée est relativement peu élevée quant aux activités assujetties à la réglementation[4] ;
- il est possible d'appliquer un critère moins sévère, car un régime réglementaire n'entraîne pas le même type de réprimande et de stigmate de nature morale qui accompagne les infractions du *Code criminel*[5] ;

3. Par exemple, voir l'art 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, RSO 1990, c. E.19, de l'Ontario.
4. *Comité paritaire de l'industrie de la chemise* c *Potash*, [1994] 2 RCS 406, par 8-13 et 60-67.
5. *Thomson Newspapers Ltd* c *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425, par 139 ; *Goodwin c Colombie-Britannique*

– les acteurs qui participent volontairement à l'activité réglementée doivent accepter les conditions et les modalités qui l'accompagnent[6].

Voici une liste non exhaustive de motifs suffisant pour lancer une enquête :

– des inspections de routine (annoncées ou non)
– des programmes d'interception au hasard
– la réponse à des plaintes
– le suivi sur une autodéclaration
– des incidents particuliers comme un déversement ou un dérèglement du processus
– une dénonciation.

Ces motifs ont un dénominateur commun : ils n'ont pas pour objectif initial de décider s'il faut déposer des accusations. L'inspecteur procède plutôt à l'inspection dans le but d'établir si un manquement est lié à l'activité, et dans l'affirmative, de décider de la marche à suivre. Bien que l'agent peut soupçonner, avant son arrivée, qu'il constatera ou non des manquements dans les installations, cela ne suffit pas, en soi, pour passer de soupçons à une enquête[7]. L'agent ne sera pas en position de décider de la marche à suivre avant de compléter au moins la première inspection. De plus, alors qu'une relation d'opposition peut exister entre l'agent et le propriétaire ou l'exploitant des installations (ci-après, « l'installation »), cette relation n'en est pas nécessairement antagoniste. Dans bien des cas, un agent peut travailler constructivement avec son interlocuteur pour le conseiller sur la façon de se conformer.

L'objectif d'une enquête, d'un autre côté, est beaucoup plus précis. L'enquête vise principalement, voire uniquement à recueillir des preuves afin d'établir s'il y a lieu de prendre des mesures d'application de la loi – habituellement par le dépôt d'accusations – qui entraîneront des conséquences pénales. À ce moment, une relation antagoniste s'est installée entre l'enquêteur et l'installation[8].

Aucun critère simple ne définit clairement ce qui distingue l'inspection et l'enquête. Cette détermination requiert une analyse contextuelle qui tient compte d'un nombre de facteurs que la Cour suprême a énoncés dans l'arrêt *R* c *Jarvis*. Dans cette affaire, Revenu Canada (de son nom à l'époque) a effectué un contrôle fiscal visant le défendeur, qui a ensuite fait l'objet d'une enquête

(Superintendent of Motor Vehicles), [2015] 3 RCS 250, par 60. Pour une discussion sur la distinction entre les infractions criminelles et réglementaires, voir *Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*, note 2.

6. *R* c *Fitzpatrick*, [1995] 4 RCS 154.
7. *Jarvis*, *supra*, note 2, par 90.
8. *Ibid.*, par 93.

pour évasion fiscale. La vérification et l'enquête ont été menées par deux divisions distinctes de Revenu Canada. La question consistait à établir, parmi les renseignements recueillis par la division d'inspection, ceux que la division d'enquête était libre d'utiliser. La Cour suprême a énuméré les facteurs paraphrasés ci-dessous[9] :

- Les motifs raisonnables
- Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ?
- Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle ?
- La conduite en général
- L'ensemble de la conduite des autorités donnait-il à croire qu'elles procédaient à une enquête criminelle ?
- Le transfert du dossier à un enquêteur
- L'inspecteur avait-il transféré son dossier et ses documents à l'enquêteur ?
- La conduite de l'inspecteur à titre de mandataire de l'enquêteur
- La conduite de l'inspecteur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs ?
- Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser l'inspecteur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve ?
- La pertinence des renseignements et de la preuve
- La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale ?
- La preuve est-elle pertinente uniquement quant à la responsabilité pénale (p. ex., les motifs, les intentions, la diligence raisonnable) ?
- Autres circonstances
- Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que l'inspection était en réalité devenue une enquête criminelle ?

En Ontario, à l'instar de Revenu Canada, le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique a créé des divisions administratives distinctes pour les inspecteurs régionaux (appelés « agents environnementaux ») et les enquêteurs qui relèvent de directeurs différents. Toutefois, d'autres organismes d'application de la loi, comme le ministère du Travail de l'Ontario, n'utilisent pas cette structure administrative. Dans cette situation, un agent responsable de l'application de la loi doit en quelque sorte

9. *Ibid.*, par 94.

« porter deux chapeaux » et établir le moment où l'inspection est devenue une enquête. Les facteurs énumérés ci-dessus devront être reformulés dans le cas d'un organisme d'application de la loi qui ne sépare pas ses agents selon les rôles distincts d'inspection et d'application de la loi.

La différence entre une inspection et une enquête peut se compliquer lorsqu'il faut effectuer des inspections de suivi sur la conformité et/ou lorsque des infractions ont lieu. Dans ces situations, il peut être justifié pour des agents d'effectuer plus d'inspections, même si une enquête est en cours. Par exemple, il peut arriver à un inspecteur d'effectuer une inspection, d'établir que l'activité n'est pas conforme, d'émettre une ordonnance à l'installation avec des mesures à prendre afin d'être conforme, et qu'au même moment, une enquête commence afin d'établir s'il faut porter des accusations concernant le manquement initial. Des inspections de suivi peuvent être entreprises afin d'établir si l'installation se conforme à l'ordonnance. Pendant ces inspections, il peut arriver de recueillir des renseignements supplémentaires qui sont autant pertinents à l'enquête. Lorsque l'agent peut démontrer, dans au moins un des cas, que l'objet des inspections de suivi est valide (c.-à-d. que l'installation se conforme aux ordonnances), il a été établi qu'il n'y avait pas, de preuve *prima facie*, de violation de la Charte[10].

LE PROCESSUS D'ENQUÊTE

Au commencement d'une enquête, l'enquêteur entre dans une relation plus antagoniste avec les représentants de l'installation. Pour cette raison, contrairement à l'inspection, les tribunaux ont décidé qu'un enquêteur ne peut utiliser les pouvoirs d'inspection réglementaires afin de recueillir des preuves. L'enquête sera plutôt régie par des exigences plus rigoureuses au moment de déterminer s'il y a eu atteinte aux droits protégés par la Charte[11].

Néanmoins, il est toujours possible de mener efficacement une enquête, mais en recourant à des techniques différentes. Beaucoup de preuves recueillies dans le cadre d'une enquête consistent en de l'information générée pendant l'étape d'inspection. L'inspecteur fournira la preuve, accompagnée d'une déclaration et de ses notes, ce qui forme souvent la base du dossier de l'enquêteur. Rien n'interdit à l'enquêteur d'utiliser la preuve obtenue lors de l'exercice adéquat des fonctions d'inspecteur[12]. Un enquêteur peut ensuite suivre d'autres pistes comme il est décrit ci-dessous.

---

10. *R* c *Demolition and Recycling*, [2009] OJ No 5318, par 23-40.
11. *Jarvis*, *supra*, note 2, par 96.
12. *Ibid.*, par 95.

La preuve provenant de personnes autres que les personnes liées à l'installation et qui acceptent de collaborer

Le travail de base d'une enquête consiste notamment à interroger et à obtenir des preuves documentaires, comme des photographies, auprès d'autres personnes que celles de l'installation, qui les fourniront volontairement. Il peut s'agir :

- de victimes ou de plaignants
- de témoins oculaires
- de voisins
- d'employés
- de sous-traitants d'autres organismes gouvernementaux.

Cependant, les gens n'acceptent pas toujours de collaborer. Il est fréquent que les employés ne souhaitent pas parler à un enquêteur par souci de loyauté envers leur employeur ou par crainte de représailles, malgré les protections légales dont ils jouissent[13].

La preuve générée par l'installation avant l'enquête

Les régimes réglementaires de protection de l'environnement exigent généralement des établissements de transmettre des renseignements clés à l'organisme de réglementation, auxquels l'enquêteur peut accéder. Ces renseignements peuvent apporter une preuve importante au dossier de l'enquêteur. Ils peuvent notamment comprendre :

- des demandes de licence, d'approbation ou de permis, comprenant souvent des études de soutien ou des évaluations d'ingénieurs ;
- des rapports, comme des évaluations environnementales, des rapports annuels ou des livres de bord ;
- des données de surveillance à conserver par des instruments réglementaires ou administratifs.

La surveillance

Lorsqu'un enquêteur soupçonne qu'une infraction se poursuit, il peut procéder à la surveillance de l'installation. La filature de camions est un exemple fréquent.

---

13. Voir, par exemple, art 104 à 116 de la *Charte des droits environnementaux, 1993* (SO 1993, c 28) ; art 174 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.

L'identification de l'entité juridique

Lorsque l'installation ne fait pas référence à une personne physique, un enquêteur doit demander des documents commerciaux afin d'identifier l'entité sur laquelle les accusations doivent porter. Il pourrait être nécessaire de recourir à des perquisitions afin de trouver des rapports de profil de société, des registres de noms commerciaux et des documents de partenariat, selon le cas. Il est également utile d'obtenir des dossiers commerciaux comme des factures afin d'identifier précisément l'entité juridique responsable. Cela peut être particulièrement important lorsqu'un certain nombre d'entités affiliées, comme une société mère et des filiales, participent à l'activité. Lorsqu'il y a des sous-traitants dans l'affaire, il sera nécessaire d'obtenir des exemplaires de contrats pour établir les rôles et les responsabilités de chacun.

Le recours à des experts

Bon nombre d'infractions environnementales plus graves traitent de déversements qui causent ou sont susceptibles de causer un dommage. L'enquêteur doit démontrer que le déversement correspond réellement à cette exigence. Il se peut qu'il doive obtenir un avis d'expert.

L'enquêteur doit le faire de façon à ne pas contrevenir à l'obligation principale de l'expert envers le tribunal, qui consiste à fournir une preuve en toute impartialité. L'enquêteur doit clairement énoncer le sujet de l'opinion demandée. Il doit énumérer en détail les renseignements fournis à l'expert et il doit être réceptif à l'opinion de l'expert, que ce dernier soit ou non en faveur avec l'idée de porter des accusations. Il va sans dire que l'enquêteur ne peut influencer indûment l'expert de quelque façon que ce soit. Dans plusieurs cas, l'enquêteur fera appel à des scientifiques et à des ingénieurs de la fonction publique dont les tribunaux reconnaissent déjà la qualité de témoin expert[14]. Un enquêteur peut toutefois retenir des experts externes s'il n'est pas possible d'obtenir cette ressource à l'interne.

Les déclarations volontaires de l'accusé ou faites en son nom

Une installation ou ses employés n'ont pas à donner d'information à un enquêteur, mais rien ne les empêche de le faire volontairement, notamment pour :

– convaincre l'enquêteur qu'aucune infraction n'a été commise ;

---

14. *R* c *Inco*, [2006] OJ No 1809, mais voir également *Ontario (Ministère du Travail)* c *Advanced Construction Techniques Ltd*, [2015] OJ No 6130 pour une affaire où un ingénieur du gouvernement a trop participé à l'enquête pour avoir le statut d'expert indépendant. Pour un exemple plus récent, voir *R* c *Livingston*, 2017 ONCJ 645.

- fournir des preuves démontrant que l'installation a été raisonnablement diligente ;
- éviter un mandat de perquisition ;
- faire preuve de coopération dans l'enquête, ce qui peut constituer une circonstance atténuante au moment de la détermination de la peine, en cas de condamnation.

Les mandats de perquisition et ordonnances d'inspection

Lorsqu'un enquêteur ne peut obtenir les renseignements nécessaires à l'aide de l'une ou l'autre des techniques décrites ci-dessus, ou lorsqu'il a des motifs de croire que des preuves pourraient être falsifiées ou détruites dans un avenir rapproché, la solution habituelle consiste à obtenir un mandat de perquisition. Il incombe à l'enquêteur de démontrer sous serment à un juge qu'il existe des motifs raisonnables justifiant une perquisition dans un établissement afin de découvrir des preuves de perpétration d'une infraction.

Certaines lois environnementales donnent également le pouvoir au tribunal d'émettre une ordonnance de procédure d'enquête, qui donne à un enquêteur le pouvoir de dépasser le cadre de la perquisition et de recourir à d'autres techniques ou procédures d'enquête afin d'obtenir des preuves. En Ontario, les enquêteurs environnementaux ont utilisé ce pouvoir dans le but de visiter des emplacements en compagnie d'un expert afin d'y faire des observations détaillées et d'aider l'expert à formuler une opinion. Toutefois, une ordonnance d'inspection ne peut être utilisée dans le but de contraindre une installation ou ses employés à répondre à des questions sans pouvoir légal explicite[15].

En Ontario, lorsqu'il est justifié de déposer des accusations à la suite d'une enquête environnementale, l'enquêteur consigne les preuves dans un dossier de la Couronne. Le dossier contient également une déclaration de l'enquêteur relatant les démarches entreprises pendant l'enquête afin de fournir le contexte nécessaire et des preuves à l'appui des principes d'enquête de base, comme le caractère volontaire des déclarations et la continuité de la preuve. Le dossier est remis à la direction des poursuites du ministère (une seconde direction des services juridiques au ministère du Procureur général de l'Ontario) dans le but d'obtenir un avis juridique expliquant s'il existe ou non une possibilité raisonnable de condamnation aux termes de la directive sur le processus de filtrage des accusations du ministère.

15. *Branch* c *Ontario (Ministre de l'Environnement)*, [2009] OJ No 45.

LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 8 DE LA *CHARTE* ET LES INSPECTIONS

Les installations argumentent parfois que leurs droits prévus à l'article 8 de la Charte ont été violés en prétendant que la preuve a été obtenue lors d'une inspection qui, en fait, était devenue une enquête. Ces arguments reposent sur le jugement dans l'affaire *Jarvis*, rendu en 2002, sur la proposition qu'une poursuite ne peut utiliser des preuves obtenues grâce à des pouvoirs d'inspection alors que l'objet principal de l'agent est de recueillir des preuves à des fins pénales. De plus récentes décisions ont toutefois indiqué que le tribunal doit tenir compte du contexte lorsqu'il évalue l'objet ou la justification derrière l'inspection.

Dans *R* c *Nolet*[16], la Cour suprême a analysé une perquisition selon le critère de l'objectif réglementaire continu. Dans cette affaire, un agent de la paix a intercepté une remorque de transport pour des motifs réglementaires valides, c'est-à-dire pour effectuer une inspection en vertu de la législation provinciale en matière d'autoroutes. L'agent a observé que la vignette relative à la taxe sur les carburants était échue, que l'immatriculation provinciale n'était pas valide et que le livre de bord du véhicule contenait des entrées contradictoires. Ces infractions ont donné des motifs suffisants pour étendre la fouille à l'habitacle du véhicule, ce qui a mené à la découverte de 100 000 $ en petites coupures, puis à la découverte d'un compartiment secret contenant une quantité considérable de marijuana. Le tribunal a accepté que l'argent et la marijuana soient admis en preuve en considérant que la fouille s'était déroulée sur une base progressive et qu'elle était raisonnable à chaque étape. De plus, le fait que l'agent de la paix souhaitait grandement savoir s'il y avait contrebande n'a pas en soi entaché la constitutionnalité de la fouille. La question la plus importante était de savoir s'il y avait un objectif réglementaire légitime pour chaque stade de la fouille. En arrivant à sa décision dans l'affaire *Nolet*, la Cour suprême a estimé qu'il s'agissait d'une situation différente de l'affaire *Jarvis*, qui s'applique lorsqu'il s'agit de distinguer une « vérification à caractère civil » et une enquête pouvant entraîner des conséquences pénales. Dans l'affaire *Nolet*, l'agent de la paix a toujours été dans une relation contradictoire avec le défendeur, alors que la situation était entièrement différente dans l'affaire *Jarvis*.

Avant même d'invoquer une violation de l'article 8 de la Charte, le fardeau de preuve repose sur les épaules du défendeur, qui doit avant tout démontrer qu'il avait un droit à la vie privée. Le droit à la vie privée était assez clair dans l'affaire *Jarvis*, en raison de l'obtention de relevés bancaires personnels. En ce qui concerne les infractions environnementales, il existe plusieurs

16. *R* c *Nolet*, 2010 CSC 24.

situations où le droit à la vie privée de l'installation est très limité. Par exemple, les lacs, les rivières ou l'air ambiant composent une partie de l'environnement naturel. Même lorsque des échantillons sont prélevés au point de déversement (qui peut se trouver sur la propriété de l'installation), il est possible de faire valoir que l'intérêt à la vie privée de l'installation dans l'utilisation de l'environnement partagé est grandement diminué, surtout dans le cas d'une installation commerciale ou industrielle. Par conséquent, même lorsqu'un inspecteur peut avoir conclu qu'une affaire peut être transmise à un enquêteur, il ou elle pourrait encore être capable de recueillir des preuves dans l'environnement naturel sans porter atteinte à l'un ou l'autre des droits protégés par la Charte.

L'affaire *R* c *Larsen* soutient d'ailleurs cette proposition. Des agents du ministère des Pêches et des Océans ont inspecté sans mandat une propriété commerciale vacante destinée à un nouveau projet. Bien que l'enceinte de la propriété était clôturée, la porte n'était pas verrouillée. Les inspecteurs sont entrés par la porte, puis ils ont constaté qu'on avait apporté des modifications sur le long d'un ruisseau peuplé de poissons au fond de la propriété. En refusant l'autorisation d'en appeler, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est rangée au point de vue du juge du tribunal d'appel selon lequel [TRADUCTION] « les propriétaires de terrains assujettis à un niveau élevé de réglementation – comme les terrains situés dans une zone d'aménagement commercial, ne peuvent s'attendre à ce que leur expectative de vie privée fasse échec aux pouvoirs légaux d'inspection des autorités réglementaires compétentes[17] ».

Ces décisions indiquent que l'analyse qui vise à établir si une inspection réglementaire viole l'article 8 de la Charte reposera grandement sur une question de fait. D'un côté, un inspecteur qui effectue une inspection de routine sans s'attendre à quoi que ce soit jouit de pouvoirs étendus pour mener une inspection sans mandat. De l'autre côté, un enquêteur dont le seul objectif est de décider s'il y a ou non matière à porter des accusations ne peut généralement utiliser des pouvoirs d'inspection réglementaires ou recourir à un inspecteur à titre d'agent pour obtenir la preuve nécessaire. Il y aura toutefois une grande variété de situations entre les deux, et elles devront être évaluées au cas par cas. Les tribunaux semblent tout de même enclins à accorder une bonne marge de manœuvre aux agents qui effectuent des inspections de bonne foi. Inversement, toute preuve de mauvaise foi jouera considérablement contre la Couronne.

17. *R* c *Larsen*, 2012 BCCA 167, par 28.

Chapitre 56

Récapitulation et autres orientations – leçons tirées d'une étude de cas hypothétique

Jennifer Fairfax[1]

APERÇU

Les leçons apprises d'affaires passées en droit de l'environnement dans le contexte d'inspections, d'enquêtes et de poursuites sont probablement illimitées. Le présent chapitre utilise une étude de cas hypothétique[2] pour illustrer quelques-unes des principales leçons apprises ou « pratiques exemplaires » lorsqu'il s'agit de travailler avec les organismes de réglementation pour rendre une activité conforme à la réglementation environnementale dans des circonstances difficiles.

SCÉNARIO HYPOTHÉTIQUE

Une société qui exerce des activités dans le secteur de l'exploitation de l'or possède une mine située à Villéloignée au Canada. La société connaît des difficultés financières et la mine, qui n'est plus exploitée, est en mode de surveillance

1. Jennifer Fairfax est associée du groupe de litige et du groupe du droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire (REAL) du cabinet Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l. (Osler). Jennifer remercie son collègue Patrick Welsh, un sociétaire du groupe de litige et du groupe REAL d'Osler, de son aide dans la révision du présent chapitre, ainsi que de ses conseils précieux.
2. Cette étude de cas est hypothétique, elle combine certains des faits de véritables affaires environnementales, qui se sont conclues par un procès ou étaient l'objet d'une enquête, à savoir le procès *Syncrude* ou l'affaire des canards « huilés » (*oily ducks*), les enquêtes réglementaires du Mount Polley, *R* c *Bloom Lake General Partner Ltd*, 2014 CarswellQue 14668 (décision 2019 QCCQ 7326) et *R* c *Stratabound Minerals Corp*, [2015] NBJ N° 282 (CP NB) [*Stratabound Minerals*], entre autres.

et d'entretien. Durant cette phase, le personnel de la mine est grandement réduit et seules quelques personnes s'occupent de la gestion quotidienne. Même si la mine n'est pas en activité, l'eau ne cesse de s'accumuler dans les bassins de résidus en raison notamment des précipitations qui se mélangent aux résidus. Les limites légales posées à la hauteur des eaux des bassins de résidus sont presque excédées et, avec le dégel du printemps qui approche, les bassins risquent éventuellement de déborder et de déverser leur contenu dans la nature.

Les inspecteurs provinciaux et fédéraux font des inspections et demandent des mises à jour sur l'état des bassins, mais en raison des difficultés financières de la société, les communications avec les organismes de réglementation sont au point mort. Des ordonnances sont émises pour ramener les eaux des bassins de résidus à un niveau sécuritaire. Pour respecter les ordonnances et afin de faire baisser le niveau des eaux, la société tente de les traiter avant de les rejeter dans l'environnement, mais elle découvre après coup que les eaux rejetées n'ont pas passé les essais de toxicité requis en vertu du *Règlement sur les effluents des mines de métaux* (REMM)[3]. En dépit de l'échec répété des essais de toxicité réalisés sur les eaux, la société continue de les rejeter dans l'environnement afin d'abaisser davantage leur niveau.

Lors d'un accès soudain de mauvais temps, 100 000 mètres cubes des eaux des bassins de résidus sont déversés par inadvertance et le personnel de la mine met plusieurs heures à s'en rendre compte. Il est possible qu'une crique poissonneuse située à proximité ait été touchée par le déversement. Une fois constaté, l'incident est signalé aux autorités compétentes. La société met du temps à tenter de réparer le bassin de résidus et de remettre en état le milieu naturel, et ne suit pas les protocoles de son système de gestion de l'environnement (SGE) et de son plan d'intervention d'urgence relatif aux déversements. Un inspecteur visite les lieux et des documents sont volontairement fournis.

À un moment donné, l'inspection se transforme en enquête. L'inspecteur, portant le chapeau d'un enquêteur, demande à interroger les employés, fait des enregistrements audio des interrogatoires et demande que lui soient remis d'autres documents, lesquels sont volontairement communiqués par la société dans un effort de collaborer à l'enquête. Les interrogatoires des employés sont organisés par le représentant et le conseiller juridique de la société, pendant les heures de travail et dans les locaux de la société. Le conseiller juridique de la société est présent tout au long des interrogatoires.

Estimant insuffisante l'information fournie par la société, l'enquêteur se présente au site de la mine sans avoir été annoncé et sans avertissement,

---

3. Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222 [REMM] pris en application de la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14 [*Loi sur les pêches*].

accompagné de policiers et muni d'un mandat de perquisition, et ceux-ci saisissent des documents précis ainsi que tous les documents bien en vue, y compris des documents possiblement couverts par le secret professionnel de l'avocat. L'enquêteur insiste pour que la fouille continue aussi longtemps que nécessaire, soit jusqu'à minuit et au-delà. Des poursuites sont par la suite intentées à l'égard de la société qui est accusée d'avoir rejeté des eaux n'ayant pas passé les essais de toxicité requis et d'avoir déversé dans l'environnement 100 000 mètres cubes d'eaux issues des bassins de résidus. Les interrogatoires des employés sont utilisés comme des aveux pour valoir à l'encontre de la société. Au cours de l'enquête et de la poursuite, l'inspecteur local continue de rendre visite à la société et de lui demander des mises à jour afin de vérifier la conformité du site de la mine pendant la phase de surveillance et d'entretien.

LEÇONS APPRISES ET PRATIQUES EXEMPLAIRES

Ne pas laisser se détériorer les relations avec les organismes de réglementation

La détérioration des communications avec les organismes de réglementation – c'est-à-dire lorsque la société est perçue comme manquant de transparence pour ce qui est de la communication de renseignements, de mises à jour et de réponses aux questions posées – est souvent un signe avant-coureur de problèmes à venir. Si un inspecteur n'est pas convaincu qu'une société est proactive et réactive, il en conclura qu'il est nécessaire de passer de la conformité volontaire à la conformité forcée.

Toutes les juridictions suivent une approche par palier pour imposer la conformité, le premier échelon étant la phase de conformité volontaire pendant laquelle les organismes de réglementation s'emploient à persuader les sociétés de respecter volontairement les interdictions prévues par la loi, les limites prévues dans la réglementation et les exigences d'approbation. Si les organismes de réglementation ont l'impression que la conformité volontaire ne fonctionne pas, ils commenceront à utiliser les mécanismes d'exécution forcée à leur disposition, y compris le vaste pouvoir qui leur est conféré par la loi d'émettre des ordonnances ou des directives, afin d'obliger les sociétés à se conformer à la loi[4]. Lorsqu'un organisme de réglementation en est à l'étape de l'émission

4. Voir par exemple, ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique de l'Ontario, *Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation*, mai 2007, [en ligne] https://www.ontario.ca/fr/page/politique-de-conformite-utilisation-des-outils-de-depollution-et-dapplication-de-la-reglementation. Voir aussi Environnement et Changement climatique Canada, *Politique de conformité et d'application des dispositions de la Loi sur les Pêches pour la protection de l'habitat du poisson et à la pollution*, 2002, [en ligne] https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/application-lois-environnementales/publications/politique-conformite-application-loi-peches.html.

d'ordonnances, il est difficile (mais pas impossible) de le convaincre de revenir à une mesure de conformité volontaire.

S'il est possible de maintenir de bonnes relations efficaces avec l'organisme de réglementation, notamment en nommant un point de contact direct au sein de la société chargé de collaborer avec l'agent responsable ou l'inspecteur de façon à trouver des solutions propres à assurer la conformité de la société, celui-ci voudra continuer de travailler avec celle-ci.

Voici quelques exemples de pratiques exemplaires :

- nommer un point de contact direct et fiable au sein de la société qui est chargée de répondre en temps utile aux questions et demandes de mises à jour de l'inspecteur ou de l'agent responsable et qui est en mesure de nouer une relation de confiance avec l'organisme de réglementation. Une société serait bien avisée de chercher de manière proactive à nouer une relation ouverte avec l'inspecteur ou l'agent responsable ;
- répondre aux enquêtes et aux suggestions de manière prompte et exhaustive ;
- tenir au courant de manière proactive l'inspecteur ou l'agent responsable au sujet de l'état des installations et de son SGE sans attendre les questions à ce sujet ;
- établir des voies de communication ouverte avec l'agent responsable. Se doter d'un protocole de communication écrit qui prévoit des contacts hebdomadaires ou mensuels, selon les besoins. Si la personne qui est chargée de communiquer régulièrement avec l'inspecteur ou l'agent responsable ne réussit pas à gagner la confiance de l'inspecteur, nommer un autre gestionnaire pour exercer ce rôle ;
- être proactif et faire en sorte que cela se remarque – prendre des mesures de conformité volontaire et d'amélioration de manière régulière, au besoin. Si la société prend une mesure positive et volontaire de conformité, informer l'organisme de réglementation de la mesure prise ;
- établir un rapport sur tous les rejets ou déversements, et dans le doute, signaler tout incident du genre ;
- demeurer d'une façon générale une bonne entreprise citoyenne ;
- si la société envisage de cesser ses activités, même de manière temporaire, comme lorsqu'une mine entre en phase de surveillance et d'entretien, prendre l'initiative de communiquer avec l'organisme de réglementation et demander une réunion en personne pour expliquer la situation, rassurer l'organisme que la société s'acquittera de ses

> obligations environnementales pendant la cessation des activités et lui demander s'il a des questions à poser ou des préoccupations particulières à communiquer. La communication ouverte permet d'éviter une éventuelle réaction de l'organisme de réglementation, comme la prise d'une ordonnance, lorsque celui-ci doute que la société s'emploie à régler des problèmes environnementaux ou qu'il craint qu'elle abandonne la mine. Selon notre expérience, ce genre de transparence dans la communication a permis de nouer une relation de collaboration telle qu'un organisme de réglementation en est arrivé à suggérer d'apporter des modifications pratiques aux permis miniers de la société afin de réduire l'ampleur de la surveillance et de l'échantillonnage pendant la durée de la phase de surveillance et d'entretien, et de poser des exigences particulières à la reprise de l'exploitation de la mine et au moment de cette reprise.

En bref, l'organisme de réglementation n'a pas besoin d'être traité comme un « ennemi » de la société pour que des solutions qui fonctionnent puissent être trouvées.

Faire preuve de diligence raisonnable et être vu en le faisant – le mot d'ordre, documenter le plus possible

Les praticiens du droit de l'environnement insistent tous sur l'importance de la diligence raisonnable. Il ne s'agit pas tant de faire preuve de la diligence raisonnable voulue, que d'être vu en le faisant. Nous les avocats conseillons en permanence les sociétés de « consigner sur papier » tout ce qu'elles font – c'est-à-dire de créer une trace écrite claire montrant que la société a fait preuve en tout temps de la diligence raisonnable voulue, tant avant, durant et après l'incident, afin de montrer à l'organisme de réglementation que la société a fait tout ce qu'il était raisonnable de faire non seulement pour éviter l'incident, mais aussi pour minimiser les effets néfastes éventuels de l'incident et en prévenir la récurrence.

Comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans *R* c *Sault Ste Marie*[5], un accusé peut se prévaloir d'une défense de diligence raisonnable s'il peut prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il (i) croyait, de bonne foi, pour des motifs raisonnables, à l'existence de faits qui, s'ils avaient existé, auraient rendu innocent l'acte ou l'omission qui lui est reproché ou (ii) qu'il « a fait preuve de diligence raisonnable, savoir s'il a pris toutes les précautions pour prévenir l'infraction et fait tout le nécessaire pour le bon fonctionnement des mesures préventives. Une compagnie pourra invoquer ce moyen en défense si

5. *R* c *Sault Ste Marie*, [1978] 2 RCS 1299 (CSC) [*Sault Ste Marie*].

cette diligence raisonnable a été exercée par ceux qui en sont l'âme dirigeante et dont les actes sont en droit les actes de la compagnie elle-même[6] ». Cependant, comme un tribunal l'a rappelé dans la décision *R* c *Bata Industries* [TRADUCTION] « [l]es décisions qui interprètent la phrase 'tout le soin raisonnable' soulignent que le libellé n'exige pas de prendre toutes les mesures, mais seulement celles qui, selon toute attente raisonnable, devraient être prises dans les circonstances. La jurisprudence ne fait pas la différence entre « tout le soin raisonnable » et le « soin raisonnable ». Le degré de soin raisonnable à exercer dépend des circonstances de l'espèce[7] ».

Un élément clé d'une défense de diligence raisonnable est de savoir si la société en cause disposait d'un SGE approprié, et si ce SGE a été mis en œuvre et a été respecté, à savoir si des mesures raisonnables ont été prises pour assurer le fonctionnement effectif du système mis en place par l'entreprise[8]. En l'absence d'un tel SGE, ou si celui-ci a été mis en place, mais n'a pas été respecté, une entreprise pourrait avoir de la difficulté à prouver qu'elle a fait preuve de la diligence raisonnable requise.

Dans l'étude de cas hypothétique susmentionnée, un organisme de réglementation ou les tribunaux seraient-ils d'avis que l'entreprise a fait preuve de la diligence requise ? L'entreprise a certes continué d'essayer de s'acquitter de ses obligations environnementales et travaillait à atténuer les risques environnementaux. Cependant, même s'il était prévisible qu'en phase de non-exploitation des incidents environnementaux pouvaient quand même survenir, l'entreprise avait réduit son personnel à un point tel qu'il ne lui était pas possible, selon toute vraisemblance, d'exécuter la charge de travail nécessaire pour assurer la sécurité de la mine pendant la phase de soin et d'entretien. De plus, lorsque l'incident est arrivé, et même si la société avait mis en place un SGE et un plan d'intervention d'urgence, elle n'a pas respecté son SGE et n'a pas agi assez rapidement pour corriger la situation.

Comme le montre cette étude de cas hypothétique, le fait de se doter d'un SGE ne garantit pas qu'en cas d'incident, la société sera vue comme ayant fait preuve de la diligence raisonnable requise. De plus, le SGE et le plan d'intervention d'urgence doivent être complets et en mesure de couvrir les activités potentiellement dangereuses se situant raisonnablement dans le cadre des

---

6. *Ibid.*, p. 1331, passage repris maintes fois, dont *R* c *Bata Industries Ltd*, 1992 CanLII 7721 (CJ Ont) [*Bata Industries*].
7. *Bata Industries*, *Ibid.*
8. *Ibid.* Dans la décision *Bata Industries*, la Cour a conclu à un manque de diligence raisonnable, car [TRADUCTION] « Bata n'avait pas établi un système propre à empêcher la perpétration de l'infraction, et elle n'a pas non plus pris les mesures raisonnables pour que le système qu'elle avait mis en œuvre, quel qu'il soit, fonctionne avec efficacité. Elle a tout simplement laissé les barils se rouiller et éventuellement se désintégrer ».

activités de l'entreprise. Par exemple, dans la décision *R* c *Canadian Tire Corp*[9], la société a été reconnue coupable d'importation de CFC interdits qui se trouvaient dans des réfrigérateurs pour bar, dans le but de les revendre. Même si la société disposait d'un SGE, ce système n'a pas permis de faire en sorte qu'elle importe uniquement des réfrigérateurs sans CFC. Par conséquent, le SGE n'était pas exhaustif et n'a pas permis de couvrir tous les domaines de non-conformité éventuels. Il s'ensuit que le SGE d'une société doit être révisé et mis à jour en permanence, que les employés doivent être régulièrement formés aux procédures exposées dans le SGE et que la société devrait, notamment, réaliser des contrôles ponctuels pour vérifier que le SGE est respecté.

Les précautions raisonnables et la diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains ou de perfection

Il est important de se rappeler, comme l'a déclaré un tribunal dans la décision *R* c *Courtaulds Fibres*[10], que [TRADUCTION] « soin raisonnable et diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains. Ils signifient un degré élevé de conscience et la prise de mesures déterminantes, promptes et soutenues. Exiger davantage reviendrait, à mon avis, à rapprocher dangereusement une infraction de responsabilité stricte d'une infraction de responsabilité absolue[11] ». La Cour dans la décision *R* c *Syncrude*[12] a adopté ces principes de base de la diligence raisonnable et a souligné que Syncrude [TRADUCTION] « n'était pas tenue de montrer qu'elle avait pris toutes les mesures possibles ou imaginables pour éviter toute responsabilité, et elle n'était pas non plus tenue à une norme de perfection », étant donné que [TRADUCTION] « la conduite de l'accusé est évaluée par rapport à celle d'une personne raisonnable dans des circonstances analogues[13] ».

Ce qui constitue [TRADUCTION] « toutes les précautions raisonnables dans les circonstances » requiert l'examen de plusieurs facteurs et il n'existe pas de

---

9. *R* c *Canadian Tire Corp Ltd*, 2004 CanLII 4462 (CS Ont).
10. *R* c *Courtaulds Fibres* (1992), 76 CCC (3d) 68 ; [1992] OJ nº 1972 (CP Ont).
11. *Ibid.,* par 7-8. La Cour a conclu que Courtaulds Fibres avait fait preuve de la diligence voulue : [TRADUCTION] « Il est vrai que l'usine était vieillissante et nécessitait une attention immédiate. Personne ne pouvait sérieusement suggérer que tous les problèmes environnementaux auxquels cette société était exposée pourraient se régler en 11 mois. Cependant, durant cette période, les efforts soutenus, sincères et importants déployés par la société pour régler ses problèmes en matière d'environnement montrent bien que la société a employé tout le soin et a exercé toute la diligence raisonnable à l'égard des déversements dont nous sommes saisis. Soin raisonnable et diligence raisonnable ne sont pas synonymes d'efforts surhumains. Ils signifient un degré élevé de conscience et la prise de mesures déterminantes, promptes et soutenues. Exiger davantage reviendrait, à mon avis, à rapprocher dangereusement une infraction de responsabilité stricte d'une infraction de responsabilité absolue ».
12. *R* c *Syncrude*, 2010 ABCP 229 [*Syncrude* en première instance].
13. *Ibid.*, par 99.

liste exhaustive des facteurs dont il convient de tenir compte dans tous les cas. Chaque affaire doit être décidée à la lumière de ses propres faits. Dans la décision *R* c *Commander Business Furniture Inc*[14], le tribunal a dressé une longue liste de facteurs pouvant être pris en compte pour évaluer une défense de diligence raisonnable :

1) la nature et la gravité des atteinttes ;
2) la prévisibilité des atteintes[15] ;
3) les solutions de rechange disponibles[16] ;
4) la conformité aux lois et à la réglementation ;
5) les normes industrielles du secteur ;
6) la nature particulière du milieu affecté ;
7) les efforts déployés pour résoudre le problème ;
8) le temps qu'il a fallu pour prendre des mesures et la rapidité de l'intervention ;
9) les questions indépendantes de la volonté de l'accusé, y compris les limites technologiques ;
10) le niveau de compétence attendu de l'accusé ;
11) les difficultés en cause ;
12) les systèmes de prévention ;
13) les considérations économiques ;
14) les actes des fonctionnaires[17].

---

14. *R* c *Commander Business Furniture Inc* (1992), 9 CELR (NS) 185 (CP (Div. Prov.) Ont), p. 212 [*Commander Business Furniture*].
15. Comme l'a déclaré la Cour dans la décision *Syncrude* en première instance, une personne « [TRADUCTION] est uniquement tenue de prendre des mesures pour éviter ce qu'elle pouvait raisonnablement prévoir » (*supra* note 12, par 120).
16. Comme l'a expliqué la Cour dans la décision *Syncrude* en première instance, [TRADUCTION] « la meilleure façon d'évaluer le caractère raisonnable de la diligence consiste souvent à comparer ce qui a été fait par rapport à ce qui aurait pu être fait. Le caractère raisonnable des solutions de rechange dont l'accusé connaissait ou aurait dû connaître l'existence est une mesure essentielle de la diligence raisonnable. Pour plaider avec succès la défense de diligence raisonnable, l'accusé doit établir, selon la prépondérance des probabilités qu'aucune solution de rechange faisable n'existait qui aurait pu éviter ou atténuer un préjudice à autrui » (*supra* note 12, par 116, citant *R* c *Gonder* (1981), 62 CCC (2d) 326, 1981 CarswellYukon 8 (YT Terr Ct), par 25).
17. *Commander Business Furniture*, *supra* note 14, par 19 (QL). Voir aussi la décision *Syncrude* en première instance, *supra* note 12, par 100. En ce qui concerne le dernier facteur (les « actes des fonctionnaires »), la Cour dans *Commander Business Furniture* a expliqué ce qui suit au par 23 (QL) : [TRADUCTION] « Selon moi, les conseils, les actes ou l'omission d'agir et les avis des représentants du gouvernement sont des facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation de la connaissance qu'avait l'accusé du problème et des solutions à y apporter. Toutefois, il incombe toujours à l'accusé de connaître le problème et de prendre des mesures raisonnables en temps opportun. Dans le même ordre d'idées, à mon avis, lorsque l'on a obtenu de consultants ou d'experts les conseils, la prise de mesures et les avis, il faut en tenir compte dans l'examen de la connaissance de l'accusé. Cependant, c'est à l'accusé seul qu'il revient toujours d'acquérir un niveau d'expertise approprié dans les circonstances et d'agir avec

Étant donné la difficulté financière dans laquelle se trouvait la société de notre étude de cas hypothétique, il est important d'évaluer la mesure dans laquelle les tribunaux tiennent compte de la situation financière d'une société pour décider du bien-fondé d'une défense de diligence raisonnable. Le tribunal dans la décision *Commander Furniture* a examiné les considérations économiques pertinentes (facteur nº 13 ci-dessus) et a conclu que les coûts seuls ne sont pas suffisants pour établir la diligence raisonnable, [TRADUCTION] « l'économie de plusieurs solutions de rechange est un élément qui doit être évalué avec les autres facteurs d'examen d'une défense de diligence raisonnable[18] ». Cependant, comme l'a indiqué avec éloquence la Cour dans la décision sur la détermination de la peine dans l'affaire *Bata Industries*, l'objectif prépondérant de la protection de l'environnement ne saurait être ignoré : [TRADUCTION] « le message [que doit transmettre] la peine imposée doit être que peu importe la gravité d'une situation financière, l'environnement ne saurait être l'agneau que l'on sacrifie sur l'autel de la survie de l'entreprise[19] ».

En règle générale, les tribunaux suivront une démarche pragmatique lorsqu'ils appliquent le facteur des considérations économiques pour décider si la norme de diligence raisonnable a été respectée dans les circonstances – et ils reconnaîtront que les facteurs économiques ne peuvent pas être ignorés sans que l'examen de la défense de diligence raisonnable ne manque de vraisemblance. Ceci dit, les tribunaux s'efforceront d'établir un équilibre entre la nécessité de protéger l'environnement et les coûts de ces mesures de protection. La première l'emportera en général sur les seconds lorsque le dommage potentiel pour l'environnement est sérieux. Le tribunal, dans la décision *Commander Furniture*, a procédé à l'analyse suivante :

> [TRADUCTION] À mon avis, le degré de maîtrise qu'un accusé a d'un problème particulier doit être vraisemblable, ce qui suppose de tenir compte des considérations de coûts. La jurisprudence accepte en général que les normes industrielles soient utilement prises en compte pour recenser les mesures raisonnables. Selon moi, les facteurs économiques sont essentiels à la définition par une industrie en particulier des normes qu'elle entend adopter. Si les normes industrielles sont pertinentes, les considérations d'ordre économique sont également importantes.
>
> Cela étant dit, les préoccupations d'ordre économique doivent être correctement jaugées par rapport à d'autres facteurs. Par exemple, la mise en œuvre graduelle d'un changement sur le plan de l'exploitation qui protégerait à la fois l'environnement et la viabilité économique d'une entreprise peut être une mesure de diligence raisonnable dans tous les cas. Il est difficile d'imaginer qu'une mise en

diligence raisonnable. Un accusé ne peut pas se cacher dernière un avis en particulier alors que des éléments de preuve fiable mènent raisonnablement à une conclusion contraire ».

18. *Ibid.*, par 21 (QL).
19. *Ibid.*, citant *Bata Industries*, *supra* note 6.

> œuvre autre que graduelle qui détruirait une entreprise pourrait trouver un fondement dans des normes industrielles ou être acceptée par une personne raisonnable alors qu'une procédure graduelle mise en œuvre en temps opportun aurait des chances raisonnables d'être couronnée de succès dans un délai raisonnable et par conséquent, servirait ces deux intérêts. En revanche, lorsqu'une approche graduelle conforme à la norme d'une industrie détruirait l'environnement ou présenterait un grave risque de préjudice, aucun coût ne serait trop grand. Le degré de préjudice ou son ampleur doit par conséquent être évalué de manière raisonnable par rapport aux considérations économiques et aux autres facteurs susmentionnés dans le cadre d'une défense de diligence raisonnable[20].

Dans notre étude de cas hypothétique, la société s'efforce de s'acquitter de ses obligations environnementales dans des circonstances très difficiles, alors qu'elle n'a tout simplement pas les ressources financières ou autres pour mettre en œuvre toutes les mesures correctrices ou autres mesures, et que le temps presse en raison du dégel printanier imminent. Par conséquent, la société choisit ce qu'elle considère être, dans les circonstances, la solution susceptible de ramener le site à un état de conformité : traiter et rejeter les eaux dans l'environnement. Cependant, le système de traitement ne fonctionne pas comme prévu et en fin de compte ne suffit pas à prévenir un déversement par inadvertance en raison du mauvais temps. La question de savoir si cela suffit pour démontrer qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable dans les circonstances mériterait un examen très attentif.

---

20. *Ibid.*, par 22 (QL). À la p. 20 (QL), la Cour a cité l'auteur John Swaigen, dans son ouvrage *Regulatory Offences in Canada, Liability and Defences,* p. 119, pour démontrer la pertinence des facteurs économiques : [TRADUCTION] « Il est évident qu'une société ne peut pas choisir de délibérément violer une loi, sans égard aux graves incidences économiques qui pourraient découler de la conformité à la loi. *Cependant, le coût des mesures prises pour éviter des violations peut être pris en compte pour définir la norme de soin requise pour établir la diligence raisonnable*. Il est possible de faire la distinction entre le fait d'amorcer une activité tout en sachant qu'on risque ainsi de ne pas se conformer à la loi et le fait de poursuivre une activité entreprise sans avoir connaissance de ce risque une fois que le risque d'une non-conformité devient manifeste. Dans le dernier cas, il est sous-entendu que l'évaluation du caractère raisonnable de la cessation de l'activité peut supposer d'évaluer le préjudice éventuel au public ou à l'environnement découlant de la poursuite de l'activité par rapport au préjudice que subirait l'entreprise si elle cessait l'activité en question. Certains processus industriels ne peuvent pas être interrompus soudainement sans risque de préjudice aux employés, de destruction de grandes quantités de produits ou de matières premières, de dommage à l'équipement ou de retard important dans la reprise de l'exploitation. Une fois qu'une personne sait que ses activités violent la loi ou qu'elle est avertie de la possibilité que ces activités donneront lieu à des contraventions à la loi, cette personne a le lourd fardeau d'engager toutes les dépenses nécessaires pour mettre un terme ou empêcher les contraventions à la loi. *Mais les sommes d'argent qui doivent être dépensées dépendent de la prévisibilité et de la gravité du préjudice. Les coûts engagés pour anticiper ou éviter les violations sont proportionnels au risque. Plus le risque est élevé et prévisible, plus les dépenses auxquelles le public s'attend raisonnablement à ce qu'une entreprise engage pour réduire voire éliminer ce risque est important, et vice versa.* » [nos italiques].

Les leçons à tirer de la décision *Syncrude*

> Le fait pour une entreprise de ne pas respecter les procédures établies et de réduire le personnel et les ressources peut être vu comme un manque de diligence raisonnable

La décision *R c Syncrude Canada Ltd*[21] est un bon exemple du genre de conduite qu'un tribunal pourrait assimiler à un manque de diligence raisonnable s'il jugeait l'accusée [TRADUCTION] « sur le fondement des renseignements qu'elle avait à sa disposition au moment de l'infraction[22] ». Dans *Syncrude*, l'entreprise a été trouvée coupable de ne pas avoir entreposé des substances dangereuses dans un endroit à l'abri des animaux et des oiseaux migratoires et d'avoir omis de prendre des mesures raisonnables pour empêcher les oiseaux de se poser dans ses bassins de résidus, causant ainsi la mort de 1 600 canards.

La question essentielle pour Syncrude était de savoir si elle avait pris toutes les mesures raisonnables pour que la sauvagine ne soit pas contaminée dans ses bassins de résidus[23]. Et la réponse à cette question résidait dans le fait que Syncrude n'avait pas mis en place un système de prévention convenable. Les documents existants qui établissaient les procédures relatives aux mesures préventives n'étaient pas complets et Syncrude avait réduit de manière importante, au cours des années précédentes, le nombre de dispositifs d'effarouchement des oiseaux. En particulier, Syncrude avait mis en place un plan de protection de la sauvagine et des employés avaient été affectés à l'équipe chargée des oiseaux et de l'environnement, mais ils n'avaient pas reçu de formation en matière de traitement des animaux sauvages et aucun échéancier formel n'avait été établi pour le déploiement de dispositifs d'effarouchement des oiseaux qui se posent dans les bassins de résidus. En fait, les ressources et dispositifs d'effarouchement dont disposait l'équipe n'étaient pas aussi efficaces que par le passé, et le personnel avait été réduit de manière substantielle[24].

En conséquence, Syncrude a été condamnée à payer un total de trois millions de dollars en amendes et paiements à des organismes voués à la conservation[25]. Ainsi, pour revenir à notre étude de cas hypothétique, un tribunal examinerait soigneusement si les réductions de personnel effectuées par l'entreprise, pendant la phase de surveillance et d'entretien du site, sont un facteur qui démontre un manque de diligence raisonnable.

---

21. *Syncrude* en première instance, *supra* note 12.
22. *Ibid.*, par 96, citant *R* c *MacMillan Bloedel Ltd*, 2002 BCCA 510.
23. *Ibid.*, par 101. Dans le cas de Syncrude, aucun élément de preuve n'avait rapporté une erreur de fait. La Cour a conclu que Syncrude aurait dû savoir qu'une infraction pouvait survenir, car il était raisonnablement prévisible que des oiseaux se poseraient sur le bassin de résidus (par 97).
24. *Ibid.*, par 23-28.
25. *R* c *Syncrude Ltd* (22 octobre 2010), St Albert nº 09015792226P1 (CP, division criminelle Alb).

Une autre leçon en matière de diligence raisonnable appliquée aux bassins de résidus

Une société « dépassée par les événements »

Une décision de 2015 rendue par un tribunal du Nouveau-Brunswick, *R* c *Stratabound Minerals Corp*[26], est un bon exemple de l'application des principes de diligence raisonnable à une affaire similaire à notre étude de cas hypothétique. Stratabound était en difficulté financière et en passe d'être dissoute. De plus son système de traitement des effluents miniers ne fonctionnait pas, les essais de toxicité avaient échoué et le niveau des eaux dans les bassins augmentait dangereusement. Pour empêcher un débordement, Stratabound a délibérément déversé environ 2 millions de litres d'eau traitée dont les essais de toxicité avaient échoué à plusieurs reprises sans qu'aucune mesure de correction n'eût été prise. Le déversement a causé la mort de poissons. La Cour a expliqué la situation de la manière suivante :

> [Traduction] Le 16 mai, Stratabound a avisé Environnement Canada que ses bassins de résidus, sa lagune tertiaire et la fosse à ciel ouvert atteignaient une étape critique, qu'ils étaient presque pleins d'eau de pluie. À cette audience de détermination de la peine, le représentant de Stratabound a déclaré à la Cour que le problème était dû à l'importance des précipitations pendant trois jours en mai 2013. Le 24 mai, en raison des fortes précipitations qui étaient prévues pour la fin de semaine, Stratabound s'est vue contrainte de rejeter les effluents miniers afin d'accroître sa capacité de stockage sur place. Si elle ne le faisait pas, elle courait le risque d'un débordement incontrôlé de la fosse à ciel ouvert. Environnement Canada, comme nous l'avons mentionné, avait été avisé de la situation. Stratabound lui a dit qu'elle s'apprêtait à déverser des effluents le 24 mai. Ce jour-là, la mine a été inspectée afin de vérifier sa conformité au REMM. Un déversement d'effluents miniers avait été observé en provenance de la propriété, dans la zone est du site, par un fossé de drainage adjacent à l'ancien emplacement de la fosse dans la zone inférieure du puisard. Ces effluents avaient été déversés dans un marais menant ultimement à la rivière du Portage. Des échantillons ont été prélevés sur les effluents miniers par les inspecteurs d'Environment Canada présents à cet endroit. Le volume d'effluents délétères déversés du site minier le 24 mai n'a pas été quantifié, mais des essais ont été réalisés sur les échantillons prélevés. Non dilués, les effluents étaient hautement toxiques pour les poissons. Même dilués à 6,25 pour cent, ils étaient considérés comme une substance délétère, car 60 pour cent du poisson exposé était mort dans une telle concentration diluée […][27].

La Cour a reconnu la culpabilité de Stratabound Minerals et l'a condamnée à payer une amende de 75 000 $ pour avoir contrevenu au REMM et à la *Loi sur les pêches*, y compris d'avoir déversé illégalement des effluents miniers à trois

26. *Stratabound Minerals*, *supra* note 2.
27. *Ibid.*, par 17.

reprises. L'amende imposée pourrait avoir été beaucoup plus élevée si la structure de l'amende minimale et maximale modifiée de la *Loi sur les pêches* actuelle avait été appliquée (les événements en cause étant survenus avant les modifications)[28]. Bien qu'aucune preuve d'un dommage réel à l'environnement n'avait été établie, la possibilité d'un dommage était importante et a suffi à fonder la condamnation.

La décision *Stratabound Minerals* met en évidence la manière dont les poursuivants et les tribunaux approchent en général ce genre d'affaires, et les facteurs dont ils tiennent compte pour déterminer la peine. La Cour a conclu que la société avait été négligente, mais pas insouciante. La société n'avait pas délibérément conçu de nuire à l'environnement ; elle a plutôt [TRADUCTION] « agi dans le contexte de son peu d'expérience de la réalité des activités d'exploitation minière, déployant beaucoup d'efforts pour obtenir les fonds nécessaires pour poursuivre ses activités d'exploration minière en cours et prise avec un problème qu'elle n'était pas en mesure de régler[29] ». En bref, selon la Cour, la société a simplement été débordée par les événements[30]. Il ressort de cette décision que le manque d'expérience, le manque de préparation, le manque de clairvoyance et le manque de ressources financières peuvent créer une tempête parfaite lorsqu'il s'agit de s'acquitter de la « tâche considérable » de protéger l'environnement.

Voici ce qu'il faut notamment retenir de la décision *Stratabound Minerals* :

- *Des conditions météorologiques imprévues ou extrêmes ne constituent pas une excuse à un manque de diligence raisonnable :* comme l'a déclaré la Cour : [TRADUCTION] « peu importe que l'eau était polluée avant le début des activités de l'entreprise. Peu importe qu'il ait plu davantage que ce qui avait été prévu durant les activités minières. Les aléas de la nature ne sauraient constituer une excuse au non-respect des directives strictes d'un organisme de réglementation visant à protéger notre environnement[31] ».
- *Le manque de préparation et d'expérience n'est pas nécessairement une excuse* – on s'attend en général à ce qu'une société possède l'expertise nécessaire pour exercer ses activités, et que si elle ne possède pas cette expertise, à ce qu'elle retienne les services d'experts pour l'aider. Une société doit être en

28. En conséquence de la modification de la *Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales du Canada*, la *Loi sur les pêches* et d'autres lois fédérales ont été modifiées pour y inclure des amendes minimales et maximales plus sévères. Par exemple, pour avoir contrevenu à la Loi, une société s'expose à une amende minimale de 500 000 $ et une amende maximale de 6 millions de dollars pour une infraction punissable par mise en accusation, ou une amende minimale de 100 000 $ et une amende maximale de 4 millions de dollars sur déclaration sommaire de culpabilité : art 40(2).
29. *Ibid.*, par 23.
30. *Ibid.*
31. *Ibid.*

mesure de s'apercevoir qu'elle est dépassée par les événements et qu'elle doit obtenir de l'aide : [TRADUCTION] « il ne fait aucun doute que Stratabound était consciente de ses responsabilités en matière de traitement de l'eau. Elle a essayé de s'en acquitter. Elle a communiqué avec l'agent de la conformité et de la surveillance de l'environnement qui était présent sur le site de la mine. Elle a essayé de corriger le problème. Elle a employé les produits chimiques propres à gérer le processus de décantation et à modifier le pH des eaux se trouvant sur le site avant le déversement, mais ces produits chimiques n'ont pas corrigé le problème de la teneur en métaux toxiques des effluents. Pour utiliser un langage familier, je dirais qu'elle a été tout simplement « dépassée par les événements » et qu'elle n'a pas pu relever le défi. Je qualifierais cette infraction de négligence et d'indifférence dues à un manque d'expérience et de prudence[32] ».

- *Aucune preuve de dommage réel à l'environnement n'est nécessaire pour être reconnu coupable :* [TRADUCTION] « pour résumer, Stratabound, une société ayant de l'expérience dans l'industrie minière, mais ayant relativement peu d'expérience dans l'exploitation minière proprement dite, a commis une infraction grave en déversant des effluents miniers qui avaient le potentiel d'être très dommageables pour l'environnement. Aucune preuve d'un préjudice n'a été établie ni alléguée[33] ».

Comme indiqué ci-dessus dans l'analyse du facteur des considérations économiques abordées dans la décision *Commander Furniture*, les tribunaux tiendront compte de la situation financière ou des difficultés financières d'une société dans l'examen de la défense de diligence raisonnable, mais un manque de liquidités n'excuse pas nécessairement un manquement aux obligations environnementales. Les difficultés financières peuvent, cependant, aussi être un facteur à retenir dans la détermination de la peine. La Cour dans la décision *Stratabound Minerals* a confirmé que [TRADUCTION] « la situation financière de la société est un facteur dont la Cour tient toujours compte dans la détermination de la peine, car il fait partie de l'ensemble des facteurs examinés[34] ».

Reconnaissant que Stratabound était en difficulté financière, la Cour a tout de même conclu que le principe de dissuasion générale – à savoir envoyer un message aux autres sociétés minières dans des situations analogues – justifiait l'imposition d'une amende dans les circonstances. Bien que la société fût au bord de la faillite et qu'une amende imposée à la société ne pouvait avoir beaucoup d'incidence pour la société à ce stade, le principe du pollueur payeur a prévalu. [TRADUCTION] « Le message doit être clair : un abus flagrant de

32. *Ibid.*, par 25-26.
33. *Ibid.*, par 47-48.
34. *Ibid.*, par 41.

l'environnement causant ou susceptible de causer un dommage ne saurait être toléré parce que la protection de l'environnement est essentielle à la santé et au bien-être de toutes les créatures et plantes qui vivent sur cette planète. Les pollueurs doivent payer pour le coût de leurs actes illicites[35] ».

Il est possible qu'un tribunal puisse considérer que la société de notre scénario hypothétique a été « dépassée par les événements », à l'instar de Stratabound Minerals, puisque la société ne pouvait pas réparer le système de traitement de l'eau ou concevoir une solution de rechange, et a continué à déverser les eaux tout en sachant que les eaux étaient vraisemblablement toxiques.

Les leçons à tirer de l'affaire du Mount Polley

De nouvelles recommandations pourraient avoir une incidence sur les normes futures de prudence dans le cadre de la défense de diligence raisonnable

Le 17 décembre 2015, l'inspecteur en chef des mines pour le ministère de l'Énergie et des Mines (« MEM ») de la Colombie-Britannique a clos une enquête de 16 mois sur la brèche du bassin de résidus du 4 août 2014 à la mine du Mount Polley en Colombie-Britannique, et a publié ses conclusions d'enquête[36]. La brèche du Mount Polley a conduit au déversement de 10 millions de mètres cubes d'eau et de 4,5 millions de mètres cubes de sédiments dans le lac Polley, donnant ainsi lieu à une situation d'urgence environnementale.

L'inspecteur en chef a conclu que le MEM n'intenterait pas de poursuites à l'égard de la société Mount Polley Mining Corporation (MPMC) pour les contraventions à la législation environnementale[37]. L'équipe d'enquête du MEM a réalisé environ 100 entrevues et a examiné plus de 100 000 pages de documents datant d'aussi loin que 1989 ; il s'agissait là de l'enquête la plus importante et la plus complexe jamais menée en Colombie-Britannique[38].

---

35. *Ibid.*, par 41-42.
36. Decision and Reasons for Decision of the Chief Inspector of Mines on whether to submit a Report to Crown Counsel to assess if charges should be laid and a prosecution commenced for contravention of the Mines Act, inspecteur en chef des mines, rapport signé le 8 décembre 2015, [en ligne] <http://mssi.nrs.gov.bc.ca/1_CIMMountPolley/T0229_TAR431_ANALYSIS_Decision %20 DocumentCIM_20151208.pdf> (en anglais seulement).
37. *Ibid.*, p. 1. Le service des agents de conservation (*Conservation Officer Service* (COS)) de la Colombie-Britannique est encore en train de mener son enquête sur l'accident du Mount Polley pour savoir si la législation du ministère de l'Environnement a été respectée, et il est possible que l'enquête du COS découvre l'existence d'une non-conformité qui donnera lieu à des poursuites. Environnement Canada a aussi ouvert une enquête le 4 août 2014, laquelle est menée conjointement avec le ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique, le COS et l'unité des enquêtes majeures (Major Investigations Unit). L'enquête d'Environnement Canada est centrée sur les violations alléguées du *REMM* et de la *Loi sur les pêches*.
38. Communiqué de presse du ministère de l'Énergie et des Mines (C-B), *Government takes action on Chief Inspector of Mines' Recommendations* (17 décembre 2015), p. 1 [*Communiqué de presse*], [en ligne] <https://news.gov.bc.ca/releases/2015MEM0030-002119> (en anglais seulement).

Bien que le MEM ait conclu que MPMC avait effectué une mauvaise gestion de l'eau en ce qui concerne ses bassins de résidus, n'avait pas réalisé des études et des inspections appropriées des fondations de la digue de périmètre pour les bassins de résidus, et n'avait pas exploité la mine en appliquant les pratiques exemplaires alors connues, les activités de la mine n'étaient pas, à l'époque, exercées en contravention à un règlement, en partie, parce qu'aucune ligne directrice particulière ou exigence d'organismes de réglementation n'existait concernant la gestion de l'eau dans les sites miniers. L'inspecteur en chef des mines a conclu que [TRADUCTION] « de piètres pratiques […] ne constituent pas une contravention à la législation actuelle en matière d'exploitation minière[39] ».

Même si la brèche du bassin de résidus du Mount Polley n'a pas donné lieu à des poursuites par le MEM, l'inspecteur en chef des mines a fait 19 recommandations à l'intention des exploitants de mines, du secteur minier, des organisations professionnelles et des organismes de réglementation gouvernementaux pour empêcher que de tels incidents ne se reproduisent dans le futur ainsi que pour édifier une industrie plus sécuritaire et plus durable[40]. Ces recommandations peuvent avoir une incidence sur la norme de diligence raisonnable qui s'applique aux sociétés minières dans le futur, pas seulement en Colombie-Britannique, mais aussi dans d'autres provinces ou à l'échelle fédérale. Le gouvernement de la Colombie-Britannique a travaillé avec le secteur et les organisations professionnelles pour introduire les recommandations dans le *Health, Safety and Reclamation Code for Mines* rendu public au printemps 2017. La question de savoir dans quelle mesure les prescriptions du nouveau Code seront mises en pratique par les sociétés et les organismes de réglementation demeure ouverte, mais les sociétés minières seraient bien avisées d'en tenir compte.

Voici quelques-unes des principales recommandations :

– en ce qui concerne les mines dotées d'installations de stockage des résidus, un responsable de la sécurité des digues des bassins à résidus ainsi qu'une personne chargée de superviser l'équilibre hydrique et le plan de gestion de l'eau devront être désignés. [TRADUCTION] « Toute mine dotée d'installations de stockage des résidus (ISR) devrait disposer d'une personne qualifiée, nommée responsable de la sécurité

39. *Ibid.*, *Backgrounder 1, Findings of the Chief Inspector*, p. 1-2. En bref, l'inspecteur en chef des mines a conclu que MPMC [TRADUCTION] « n'avait pas géré de façon efficace l'eau au site de la mine et dans les installations de stockage des résidus. Aucun plan de gestion de l'eau approprié n'existait, aucune personne qualifiée n'était responsable de l'équilibre hydrique dans les installations de stockage des résidus et MPMC n'avait pas défini de manière appropriée le risque que présentait l'eau excédentaire qui s'accumulait depuis la réouverture de la mine en 2005 ».

40. Communiqué de presse, *supra* note 38, p. 1.

de la mine, qui est chargée de superviser la planification, la conception, l'exploitation, la construction, l'entretien et la surveillance des ISR, ainsi que la gestion de l'eau y afférente pour l'ensemble du site[41] » ;

- les mines dotées d'ISR devront posséder des plans de gestion de l'eau conçus par des professionnels qualifiés ;
- le directeur de la mine devrait veiller à ce que le manuel relatif à l'exploitation, à l'entretien et à la surveillance des ISR, exigé par le code intitulé *Health, Safety and Reclamation Code* de la Colombie-Britannique pour tous les bassins de retenue, respecte les lignes directrices édictées par l'Association canadienne des barrages et l'Association minière du Canada ;
- le directeur de la mine devrait veiller à ce que le plan d'intervention d'urgence de la mine respecte la réglementation applicable, soit mise à jour de façon périodique afin qu'il demeure d'actualité, intègre les mesures d'intervention appropriées aux situations d'urgence, y compris celles applicables aux ISR, et soit rédigé et distribué dans un format tel qu'il pourra servir de guide des procédures à suivre pendant une situation d'urgence ou un autre événement où une intervention est requise ;
- le personnel de la mine devrait être formé à reconnaître les conditions et événements qui pourraient avoir une incidence sur la sécurité des ISR ou donner lieu à une contravention des conditions de permis et de la réglementation applicables ;
- des comités d'examen techniques indépendants devront être exigés pour toutes les mines dotées d'ISR ;
- l'Association of Professional Engineers and Geoscientists of BC, l'Association minière du Canada et l'Association canadienne des barrages devraient mettre à jour et resserrer leurs lignes directrices et normes de pratique, notamment celles qui s'appliquent à la conception et à la gestion des ISR, à la sécurité et à la construction des digues et des bassins de retenue ;
- l'organisme de réglementation devrait tenir compte des lignes directrices de ces associations externes, selon le cas, et les intégrer à sa réglementation ;
- l'organisme de réglementation devrait créer une équipe dédiée aux enquêtes, à la conformité et à l'application de la réglementation au sein

41. *Ibid.*, *Backgrounder 2*, Recommandations de l'inspecteur en chef des mines, p. 1 [*Backgrounder 2*].

même du MEM, et cette équipe serait dirigée par un nouvel inspecteur en chef des mines adjoint ;

– pour resserrer la gestion des documents et améliorer la transparence et la communication ouverte au sujet de la conception, de la construction et de l'exploitation, le gouvernement mettra en place un système formel de gestion de la documentation pour toutes les ISR qui s'appliquera de la phase de développement ou de la mise en valeur à celle qui suit la fermeture de la mine ;
– les parties prenantes devraient susciter l'innovation dans le secteur minier visant l'amélioration des technologies actuelles dans le traitement des résidus, du drainage et du traitement des eaux usées[42].

La diligence raisonnable – la voie de l'avenir

Des sociétés, à l'instar de la société minière de notre étude de cas, seront jugées en fonction de leurs connaissances et des normes de l'industrie appliquées au moment de l'incident en cause. Cependant, l'affaire du Mount Polley peut avoir une incidence sur l'évaluation de la norme de diligence qu'une personne raisonnable devra respecter à l'avenir dans les circonstances. Les recommandations découlant de l'affaire du Mount Polley peuvent être vues comme de nouvelles normes que les sociétés minières devront respecter pour fonder leur défense de diligence raisonnable, tant en Colombie-Britannique qu'ailleurs. La question de la mesure dans laquelle les recommandations seront adoptées demeure ouverte. Les sociétés minières devraient cependant tenir compte de certaines des recommandations et évaluer la mesure dans laquelle les meilleures pratiques ou les principes que les recommandations embrassent peuvent être adoptés.

Peu importe l'industrie concernée, la première ligne d'attaque demeure une bonne défense – si vous vous demandez comment faire preuve de la diligence raisonnable voulue et ce qui constitue des mesures raisonnables dans les circonstances, souvenez-vous que vous devez pouvoir communiquer lorsque c'est nécessaire à l'organisme de réglementation la preuve documentaire appropriée de la diligence raisonnable que vous avez exercée.

Connaître la différence entre une inspection et une enquête et leur incidence sur les droits

La société, dans l'étude de cas susmentionnée, est tombée dans les eaux troubles d'une inspection qui s'est transformée en enquête. Il est important de

42. *Communiqué de presse*, *supra* note 38, p. 1-2. Toutes les recommandations figurent au *Backgrounder 2*, *Ibid*, p. 1-3.

saisir la différence entre une enquête et une inspection et d'être conscient de leur incidence éventuelle sur les droits d'une société. D'une part, une inspection suppose une collaboration – une société ne peut pas faire obstacle à l'exercice par un inspecteur ou un agent responsable de ses pouvoirs d'inspection. En Ontario, le fait d'entraver l'exercice par un fonctionnaire provincial des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi constitue une infraction[43].

D'autre part, pendant une enquête, une société a des droits qu'elle n'aurait pas autrement pendant une inspection, y compris le droit, si elle voulait s'en prévaloir, de ne pas collaborer. La clé d'une enquête est son but : une enquête est entreprise lorsque l'enquêteur a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et qu'il cherche à réunir les éléments de preuve de cette infraction[44].

Pour ajouter à la confusion, les inspections peuvent se transformer en enquêtes et mener à des poursuites lorsque, durant une inspection, un fonctionnaire provincial acquiert la preuve qui lui donne des « motifs raisonnables et probables de croire » qu'une infraction a été commise. Une autre difficulté tient au fait qu'un enquêteur peut accéder à des renseignements compromettants obtenus avant le début de l'enquête par un inspecteur et en faire usage. Cependant, dès qu'une enquête est en cours, l'inspection peut continuer en parallèle, mais l'inspecteur ne peut plus partager les fruits de l'inspection avec la partie qui mène l'enquête[45].

Contrairement aux inspecteurs, les enquêteurs ne peuvent pas utiliser les pouvoirs d'« inspection » conférés par la loi (soit entrer dans des édifices, examiner des documents ou des dossiers, prélever des échantillons) sans le consentement de l'entité ou de la personne visée ou sans mandat de perquisition. Une fois muni d'un mandat de perquisition, l'enquêteur peut en règle générale saisir non seulement tout ce qui est autorisé par le mandat, mais aussi tout ce qui est « bien en vue » s'il a des motifs raisonnables de croire que ce sont des éléments de preuve d'une infraction[46]. Par conséquent, les sociétés devraient faire attention de ne pas laisser des documents sensibles ou potentiellement compromettants ou autrement confidentiels bien en vue.

Un moyen simple de régler cette confusion, lorsqu'un fonctionnaire demande l'autorisation de visiter l'installation ou de planifier une visite de

---

43. Par exemple, voir l'art 184 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, LRO 1990, c E.19. « Entraver » signifie le fait de rendre plus difficile l'exercice des fonctions qu'attribue la loi à l'agent provincial ; il peut aussi s'agir d'une omission, comme le fait de ne pas faire ce que l'agent provincial demande.
44. Stanley D Berger, *The Prosecution and Defence of Environmental Offences* (Toronto, Canada Law Book, 2015), p. 3-56 à 3-58 et 3-62.
45. Berger, *Ibid*, p. 3-58.
46. Voir par exemple l'art 160 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, *supra* note 43.

celle-ci, est de lui demander si la visite doit être réalisée à des fins d'inspection ou d'enquête. En d'autres termes, il faut demander au fonctionnaire s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, s'il mène une enquête ou une inspection, et si vous êtes tenu de répondre à ses questions. Il est aussi recommandé de communiquer avec votre avocat, qu'il soit un conseiller interne ou externe, pour obtenir des conseils sur la manière de répondre au fonctionnaire.

D'autres chapitre de l'ouvrage analysent en profondeur les différences entre les inspections et les enquêtes, et les pouvoirs dont disposent les fonctionnaires à leur occasion. Le tableau suivant résume de manière générale les différences entre les inspections et les enquêtes.

INSPECTIONS	ENQUÊTES
Menées par un inspecteur ou un AP (l'agent responsable)	Aussi menées par un inspecteur ou un AP (mais avec le MECC, il s'agit habituellement d'un ancien policier ou d'un enquêteur formé de L'unité d'enquête et d'application)
Axées sur la conformité et l'obtention de renseignements – servent à réaliser des contrôles sur place, à obtenir des éléments de preuve sur les lieux de l'incident, à obtenir immédiatement une « conformité volontaire », à émettre des ordonnances, à imposer des pénalités administratives, à émettre des « contraventions »	Visent à enquêter sur les violations de la législation et à intenter des poursuites quasi criminelles
Aucun mandat n'est nécessaire lorsque le principal objectif de la visite est une « inspection »	En règle générale, un mandat est requis si le principal objectif de la visite est une « enquête »
L'AP se prévaut des pouvoirs d'inspection qui lui sont conférés par la loi pour faire le tour des lieux, demander des documents et interroger des témoins	L'AP doit avertir un témoin qu'il peut faire l'objet de poursuites ; une fois averti, le témoin n'est pas obligé de faire une déclaration ou de remettre des documents – aucun pouvoir d'enquête dévolu par la loi

Dans notre étude de cas hypothétique, il semble que la société minière n'a pas traité les inspections différemment d'une enquête, ce qui ne l'a probablement pas beaucoup aidée à éviter que l'enquête ne soit poussée plus loin.

Connaître les conséquences des interrogatoires des employés afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée

Si un inspecteur ou un enquêteur demande à interroger un employé, il est important de saisir les conséquences éventuelles d'un tel interrogatoire afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée sur la manière de réaliser cet interrogatoire et, dans le contexte d'une enquête, si cet interrogatoire devrait être mené du tout. Les interrogatoires des employés peuvent engager de manière

considérable la responsabilité d'une société et de ses administrateurs et dirigeants. En outre, l'employé pourrait être soupçonné d'avoir commis une infraction ou devenir par la suite un suspect, et être poursuivi personnellement, c'est pourquoi il a besoin de comprendre les conséquences éventuelles. Dans une telle situation, l'enquêteur devrait en avertir l'employé.

Étant donné les possibles conflits d'intérêts entre les employés et la société, la plus grande erreur que peuvent commettre les sociétés est d'essayer de « s'en tirer seules » sans obtenir les conseils d'un avocat qui possède une expertise particulière en droit de l'environnement. Dès qu'un accident survient ou qu'une infraction éventuelle est commise, ou que l'enquêteur se présente à sa porte, la société doit obtenir des conseils juridiques sur la meilleure façon de réagir. Chaque cas est différent, mais votre avocat peut faire en sorte de vous faire bénéficier des leçons tirées d'autres affaires.

Un avocat peut aider la société à traiter avec l'enquêteur de la manière suivante :

- communiquer directement avec l'enquêteur, ce qui permet à la société d'éviter les aveux et les erreurs stratégiques comme le fait de consentir à des interrogatoires « volontaires » à moins d'y être obligée ou d'y être bien préparée ;
- souligner à l'enquêteur que la société prend très au sérieux l'incident qui fait l'objet de l'enquête ;
- rassembler les moyens de défense de la société et défendre sa position auprès de l'enquêteur dès le début ;
- convaincre l'enquêteur que la société a fait preuve de toute la diligence raisonnable voulue ;
- convaincre l'enquêteur que même si la société n'a pas fait preuve de toute la diligence raisonnable possible, elle n'a plus besoin d'être dissuadée au moyen d'une amende, car le problème a été corrigé ;
- organiser et contrôler la communication de l'information de la société à l'enquêteur ;
- organiser et contrôler les interrogatoires des employés de la société réalisés par l'enquêteur ;
- prendre les dispositions nécessaires pour que les employés soient représentés par des conseillers juridiques indépendants et veiller à ce que ces derniers aient été informés comme il se doit ;
- si des accusations sont portées, obtenir un règlement raisonnable avec l'avocat de la couronne, lorsqu'un tel règlement est dans l'intérêt véritable de la société.

Une autre leçon peut être tirée de la décision *R* c *Syncrude Canada Ltd*[47] en ce qui concerne le territoire incertain des interrogatoires d'employés. Les enquêteurs avaient obtenu plusieurs déclarations de personnes identifiées comme étant des employés de Syncrude. Des accusations ont été portées à l'endroit de la société seule, et une preuve par voir dire a été tenue pour déterminer le caractère admissible des déclarations faites par les employés comme constituant des éléments de preuve pouvant valoir contre la société. La Cour a décidé que pour qu'une déclaration puisse valoir comme déclaration de la société, elle doit avoir été faite par une personne qui était un représentant ou un employé de la société au moment où elle a été faite et la déclaration doit avoir été faite dans le cadre des pouvoirs de ce représentant ou de cet employé[48]. La défense avait soutenu que puisque l'employé n'avait jamais été averti que sa déclaration pourrait être utilisée comme une déclaration de la société, la déclaration ne pouvait pas être utilisée comme preuve de l'âme dirigeante de la société.

La Cour a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, la personne interrogée était bien un employé de Syncrude au moment où elle a fait la déclaration et que la déclaration était raisonnablement liée à l'exercice de ses fonctions pour Syncrude. La Cour a également conclu que les déclarations étaient fiables, adoptant le principe qu'il est improbable qu'un représentant, alors qu'il était encore employé par le commettant, fasse des déclarations qui iraient à l'encontre des intérêts du commettant à moins que celles-ci ne soient vraies[49]. En tant que telle, la déclaration était admissible en preuve contre la société sans que la Couronne n'ait à appeler l'employé à témoigner.

Comprendre ce que la Cour a autorisé dans la décision *Syncrude* permet d'en tirer quelques leçons. La Cour en est arrivée à la conclusion d'admettre en preuve la déclaration de l'employé comme s'il s'agissait d'une déclaration de la société en partie en raison des facteurs suivants :

- l'interrogatoire de l'employé avait été organisé par des représentants de Syncrude, dont le conseiller juridique de Syncrude ;
- le conseiller juridique de Syncrude était présent pendant l'interrogatoire (lequel était formel et a été enregistré) et a signé un document reconnaissant qu'une enquête était en cours et qu'il agissait à la fois comme conseiller juridique de Syncrude et des employés ;
- Syncrude avait été formellement avisée par lettre que le ministère de l'Environnement de l'Alberta menait une enquête, et elle connaissait le

47. *R* c *Syncrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 123 (CP Alb) [*Syncrude* – décision sur l'admissibilité].
48. *Ibid.*, par 20.
49. *Ibid.,* par 39.

> but des réunions et des demandes d'interrogatoire. L'employé, la direction et le conseiller juridique de la société savaient que l'interrogatoire faisait partie de l'enquête et qu'il pouvait avoir de graves conséquences pour Syncrude[50].

Il est important de noter que la Cour a rejeté les prétentions de la défense selon lesquelles les enquêteurs n'avaient jamais averti ou avisé l'employé que ses déclarations pourraient être utilisées comme des éléments de preuve contre la société ou pourraient être assimilées à des déclarations de la société[51]. La Cour s'est plutôt fondée sur le fait qu'il n'y avait aucun élément de preuve tendant à montrer que l'employé ou le conseiller juridique de la société avaient été avertis que la déclaration ne serait pas utilisée comme une déclaration de la société.

En rejetant cette plainte, la Cour a conclu que les règles sur la confession dans les affaires criminelles (soit la règle selon laquelle les déclarations doivent être librement et volontairement faites, en l'absence d'incitations, de feintes, de menaces ou de promesses de la police) ne s'appliquent pas directement ou par analogie pour établir le caractère admissible des aveux d'une société. Selon la décision *Syncrude*, il n'existe aucun fondement permettant de suggérer que la règle s'applique à un aveu attribué à une société. À la différence d'une personne physique, une société n'a pas le bénéfice du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en vertu de l'article 7 (et une garantie au droit au silence) ou le droit à la protection contre l'auto-incrimination sous l'alinéa 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[52].

Le fait de traiter des déclarations d'employés comme des déclarations attribuables à la société accusée fait partie du régime législatif des infractions environnementales. Dans la plupart des législations environnementales, comme la *Loi sur les pêches*, les infractions commises par un employé ou un représentant de la société sont une preuve suffisante de l'infraction commise par l'employeur, le commettant et le propriétaire. Les déclarations faites par un employé ou un commettant sont attribuables à la société accusée[53].

Dans notre scénario hypothétique, la société minière a autorisé l'enquêteur à interroger ses employés et à faire un enregistrement audio de ces

---

50. *Ibid.*, par 10.
51. Les enquêteurs ont reconnu qu'ils n'avaient pas averti l'employé durant l'entrevue que ses déclarations seraient considérées comme des déclarations de Syncrude.
52. *Syncrude* – décision sur l'admissibilité, *Ibid*, par 28-33, citant la décision *Irwin Toy Ltd* c *Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, par 96; *British Columbia Securities Commission* c *Branch*, [1995] 2 RCS 3, par 39-40. Un tribunal de la Colombie-Britannique a reconnu que la règle sur les confessions ne s'applique pas aux aveux d'une société: *R* c *Gwaii Wood Products Ltd*, 2015 BCPC 248, par 9.
53. Par exemple, voir l'art 78.3 de la *Loi sur les pêches*; *R* c *Gwaii Wood Products Ltd*, 2015 BCPC 292, par 61.

interrogatoires, en présence du conseiller juridique de la société, pendant les heures de travail de la société et dans ses locaux, à l'instar de ce qui s'est passé dans l'affaire *Syncrude*. Si un tribunal conclut que les employés sont des mandataires de la société et agissent dans le cadre de leur emploi ou de leurs pouvoirs, alors il pourra probablement autoriser la production des interrogatoires de ces employés comme s'il s'agissait de déclarations de la société dans le cadre d'une poursuite. Il est essentiel de connaître les conséquences éventuelles des interrogatoires d'employés avant d'autoriser leur tenue pour faire un choix éclairé sur les mesures à prendre.

Si un enquêteur arrive avec un mandat de perquisition – il faut être prêt

Dans l'étude de cas susmentionnée, l'exécution du mandat de perquisition n'était pas prévue, et ce d'autant plus que la société avait collaboré avec l'enquêteur avant la perquisition. Cependant, dès qu'une perquisition est en cours, la société ne peut y faire obstacle ni ne l'empêcher et elle doit la laisser suivre son cours. Pour atténuer les inconvénients d'un tel mandat de perquisition et pour protéger leurs droits juridiques, les sociétés doivent se préparer à la possibilité d'un mandat de perquisition en travaillant avec son personnel et ses conseillers juridiques pour faire en sorte que chacun sache ce qui peut arriver et ce qui ne devrait pas arriver pendant une perquisition et connaisse les limites des pouvoirs conférés à l'enquêteur dans le mandat de perquisition. Dans son chapitre (chapitre 54), mon collègue, M. Coop, explique en détail le protocole et la liste de contrôle qu'une société peut établir pour se préparer à l'éventualité d'un mandat de perquisition.

En Ontario, par exemple, il est important de comprendre qu'un mandat visant une perquisition en matière environnementale doit être obtenu d'un juge de paix en vertu de l'article 158 de la *Loi sur les infractions provinciales*, et que la loi, comme le *Code criminel*, renferme certaines limites inhérentes aux pouvoirs conférés dans le mandat. Par exemple, le mandat doit être exécuté entre six heures du matin et neuf heures du soir[54]. Si un fonctionnaire ignore ces règles, il est important d'obtenir l'aide d'un avocat pour parler au fonctionnaire et veiller à ce que ce dernier respecte la loi lorsqu'il réalise la perquisition et consigner par écrit les objections à la conduite de la perquisition. Il faut être au

54. *Loi sur les infractions provinciales*, LRO 1990, c P.33, par 158(3). *Code criminel du Canada*, LRC 1985, c C-46, art 488 : l'article énonce qu'« [u]n mandat décerné en vertu des articles 487 ou 487.1 est exécuté de jour […] », et le jour est défini comme « La période comprise entre six heures et vingt et une heures le même jour ». Cependant, un mandat de perquisition « autorisant [la police] à entrer dans lesdits lieux entre les heures de 17 h 15 le 10 août 2002 et de 20 heures le 10 août 2002 », ne signifie pas nécessairement que la police doit évacuer les lieux avant 20 heures si sa perquisition n'est pas terminée. Elle doit entrer dans les lieux à l'heure indiquée et elle peut y demeurer un temps raisonnable pour effectuer la perquisition : *R* c *Cardinal*, [2003] BCJ nº 2598, 2003 BCSC 158.

courant des limites posées aux pouvoirs des fonctionnaires qui exécutent ces mandats de perquisition et parler à son avocat.

De plus, il faut vérifier que le mandat n'est pas expiré. Un mandat expiré doit être traité comme nul et sans effet, et il faut alors obtenir un nouveau mandat de perquisition[55].

Si les fonctionnaires ont l'intention de contourner les règles applicables aux mandats de perquisition, il faut que vous consigniez par écrit vos objections relatives à la manière dont le mandat a été exécuté, de sorte que vous pourrez soulever les objections qui conviennent devant les tribunaux en cas de poursuites judiciaires.

Il est aussi utile de demander aux fonctionnaires de remettre à la société une copie des renseignements communiqués sous serment ou de l'affidavit qui ont été remis lorsque le mandat a été délivré. Il arrive que cette demande soit refusée. Si les renseignements ne sont pas remis au moment où le mandat de perquisition est signifié et que le fonctionnaire refuse de les communiquer, il convient alors de consulter le dossier de la cour. Si le dossier est scellé, il est possible de déposer une requête pour obtenir une ordonnance du tribunal afin qu'une copie des renseignements ou de l'affidavit soit extraite du dossier et vous soit remise[56].

La saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret professionnel de l'avocat présente des difficultés. En règle générale, il est de bon conseil d'informer les fonctionnaires, dès qu'ils arrivent munis de leur mandat, des noms des cabinets d'avocats et des avocats, ainsi que du conseiller juridique interne, qui travaillent avec la société, de sorte que les documents liés à ces cabinets ou avocats ne puissent pas être communiqués. Il faut faire suivre cette information d'une lettre écrite énonçant les déclarations de privilège, demandant à ce que ces documents ne soient pas saisis et, s'ils sont saisis, demandant à ce qu'ils soient mis sous scellés et ne soient ni ouverts ni lus par quiconque au sein de l'organisme de réglementation ni par un tiers. Si les fonctionnaires saisissent des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, il faut encore une fois consigner sur papier les objections à la saisie, recenser les éléments privilégiés saisis lorsque cela est possible, et demander à ce qu'ils demeurent sous scellés et ne soient pas ouverts ou lus. De plus, il faut demander que les éléments privilégiés soient rendus à la société dès que possible, et s'ils ne sont

---

55. Un mandat de perquisition dont la date a expiré ne peut pas être renouvelé par le policier qui le demande et le juge ne peut pas changer la date du mandat. Le seul recours donc dispose le policier est de demander un nouveau mandat : *R* c *Jamieson*, [1989] NSJ n° 158, 48 CCC (3d) 287 (CA NE).

56. En *common law*, l'accès aux renseignements du mandat de perquisition, comme il s'agit d'un acte judiciaire, est un droit présumé dès que le mandat de perquisition a été exécuté et qu'une saisie a été faite : *Nova Scotia (Attorney General)* c *MacIntyre*, [1982] 1 RCS 175, 65 CCC (2d) 129.

pas rendus, chercher ultimement à obtenir une ordonnance définitive d'un tribunal au sujet de leur statut privilégié, au besoin.

CONCLUSION

En prenant l'angle d'une étude de cas hypothétique, nous avons voulu dans le présent chapitre souligner certaines leçons apprises ou pratiques exemplaires clés, à l'aide de certaines affaires très connues et de définir des normes, en particulier dans le secteur minier. Il est évident qu'on ne peut pas traiter la série infinie de leçons apprises et des milliers d'affaires traitant d'infractions à la législation environnementale et de diligence raisonnable. Ce chapitre ne fait que présenter la « pointe de l'iceberg » et nous espérons qu'il a su susciter votre intérêt à l'égard des questions complexes qui se posent lorsqu'une société est amenée à traiter avec un organisme de réglementation et fait face à des inspections, à des enquêtes et à des poursuites.

Chapitre 57

L'anatomie du régime d'observation de la loi : récapitulatif et propositions complémentaires – leçons des États-Unis

Jonathan Leo

Les lois fédérales modernes des États-Unis en matière de lutte contre la pollution qui ont été promulguées entre la fin des années 1960 et le début des années 1980 sont des exemples de « fédéralisme coopératif », c'est-à-dire un régime législatif constitutionnel dans le cadre duquel le Congrès autorise expressément un organisme du pouvoir exécutif fédéral, dans le présent cas, l'Environmental Protection Agency (EPA), à répondre aux objectifs établis par la loi de protéger l'environnement ainsi que la santé et la sécurité du public contre certains dangers en maîtrisant leurs sources d'émission. Le fédéralisme est « coopératif », parce qu'il repose sur une délégation aux États, supervisée par l'EPA, qui en retour peuvent ou doivent concevoir des régimes législatifs ou réglementaires correspondants pour aider l'atteinte des normes nationales de l'EPA en faisant observer la loi à l'intérieur de leurs propres frontières[1]. Les

1. Dans certains cas, comme dans la *Clean Air Act* (42 USC art 7410), les États ont l'obligation de promulguer des plans de mise en œuvre approuvés par l'EPA pour mettre en place, maintenir et faire observer les normes nationales principales et secondaires de l'EPA en matière de qualité de l'air (« NAAQS ») pour chacune des régions de contrôle de qualité de l'air dans leurs frontières. Dans d'autres cas, comme celui de la *Resource Conservation and Recovery Act* (« RCRA ») (42 USC art 6926), tout État cherchant à administrer et à faire appliquer un programme en matière de déchets dangereux doit obtenir l'approbation de l'EPA pour un programme qui est [traduction] « substantiellement équivalent » au régime de l'EPA de délivrance de permis et d'application de la loi entourant le traitement et le stockage des déchets dangereux et les installations de stockage de ces déchets.

programmes fédéraux et des État autorisés comportent plusieurs mécanismes centraux d'application de la loi. L'un d'entre eux consiste à confier à un organisme de réglementation la délivrance de permis dont toute entreprise a besoin pour exercer des activités visées par la loi. Les modalités du permis incluent notamment de se conformer à l'ensemble des lois et des règlements de cet État, ainsi que des modalités de conformité requises par l'organisme gouvernemental qui sont propres aux installations.

LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE GÉNÉRAL D'INSPECTION ET D'APPLICATION DES NORMES ENVIRONNEMENTALES

L'un des éléments fondamentaux de ces programmes de conformité fédéraux et des État autorisés est le pouvoir accordé aux employés des organismes de réglementation. Ce pouvoir leur permet, en présentant leurs titres de compétences, de pénétrer dans une installation, « à des heures raisonnables » ou « pendant les heures ouvrables habituelles », afin de l'inspecter. Ces inspections peuvent inclure l'examen et la reproduction de tout registre que l'entreprise doit tenir (y compris les émissions accidentelles et les programmes d'atténuation, de prévention des déversements et de contrôle), l'inspection de l'équipement de traitement et de lutte contre la pollution, puis le prélèvement d'échantillon de tout déversement et de toute émission[2]. Ces articles qui donnent le pouvoir de pénétrer dans des lieux et de faire des inspections comprennent aussi une disposition fourre-tout selon laquelle [TRADUCTION] « l'entreprise doit fournir les renseignements dont l'administrateur peut raisonnablement avoir besoin[3] », ce qui s'entend comme une permission de poser des questions aux employés sur une base consensuelle.

Après une inspection, les organismes de réglementation environnementale disposent d'une variété d'outils d'application de la loi qui sont progressivement plus intrusifs en vue de réaliser leur mandat de protéger la santé et la sécurité du public et l'environnement. Ils comprennent :

– des lettres que les gestionnaires de programmes d'organismes gouvernementaux ont envoyées aux installations, dans lesquelles ils leur demandent des renseignements précis sur la production, les émissions atmosphériques, les rejets dans l'eau et le sol et les processus de gestion[4] ;

---

2. *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980 (« CERCLA » ou « Superfund »), 42 USC art 9604*e*) (2), (3) ; *Clean Air Act*, 42 USC art 7414*a*) ; RCRA, 42 USC art 6927*a*).
3. *Clean Water Act*, 33 USC art 1318*a*)(A)(5).
4. La lettre de demande de renseignements au titre de l'art 104*e*) de la CERCLA exige non seulement une réponse initiale, mais crée une obligation continue de mettre à jour ces réponses au fur et à mesure que

– des assignations administratives, des mandats de perquisition administratifs et (ou) des ordonnances de conformité pour forcer les installations à autoriser l'accès à des sites visés en vue d'inspections, pour fournir des registres et présenter des témoins afin de les faire témoigner sous serment et pour faire respecter les exigences particulières d'un permis ou de la réglementation ;
– des ordonnances concernant des menaces importantes et imminentes, qui ont pour but de réduire de manière immédiate les rejets les plus graves de polluants ou de contaminants dans l'environnement ;
– des poursuites au civil en vue de faire appliquer la loi, que les procureurs des États-Unis mènent au nom du département de la Justice à l'encontre de personnes morales ou physiques dans le but d'obtenir des sanctions et des mesures d'injonction pour atténuer les effets des contraventions à la loi, y compris le respect d'ordonnances relatives à une menace importante et imminente ;
– des poursuites criminelles, y compris l'utilisation de mandats de perquisition demandés par les procureurs des États-Unis pour le compte du département de la Justice à l'égard de personnes morales ou physiques, lorsque les contraventions à la loi sont perpétrées en toute connaissance de cause, sont assimilées à de la négligence ou sont volontaires[5].

Les États, disposant de programmes environnementaux de conformité ou d'application de la loi qui sont autorisés par les autorités fédérales, jouissent d'une gamme similaire de pouvoirs de collecte d'information. Ils disposent également de dispositions d'application de la loi de nature administrative, civile et criminelle[6].

---

les situations changent au fil du temps. Le fait de ne pas répondre, de répondre de mauvaise foi ou de donner de faux renseignements engage la responsabilité civile.

5. *Clean Air Act*, 42 USC sec 7413 ; *Clean Water Act*, 33 USC art 1319 ; RCRA, 42 USC art 6928 ; *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* de 1986 (« EPCRA »), 42 USC art 11045 ; *Surface Mining Control and Reclamation Act* (« SMCRA ») 30 USC art 1268 et 1271 ; *Safe Drinking Water Act*, 42 USC art 300*h*-2.

6. Si une entreprise se trouve confrontée à un litige civil ou criminel en raison d'un manquement à la conformité pouvant faire l'objet d'un recours à la fois en vertu du droit fédéral et de l'État, l'avocat de cette entreprise devrait établir si l'organisme d'application de la loi envisagera de conclure un règlement qui remédierait à la responsabilité de l'entreprise à la fois au titre du droit fédéral et du droit de l'État, et ce, pour toute accusation pouvant découler des faits ayant entrainés des mesures d'application de la loi. Ce type de remède peut prévenir des procédures répétées simultanées ou subséquentes d'application de la loi et réduire les coûts pour l'entreprise de façon spectaculaire.

L'ASSIGNATION D'ENQUÊTE EN CALIFORNIE

En Californie, la loi confère aux organismes de réglementation et à leurs procureurs un outil d'enquête supplémentaire qui n'a pas son pareil dans l'une ou l'autre des lois environnementales fédérales. Cette assignation d'enquête (« AE ») autorise le chef d'un département (ce qui inclut le procureur général de l'État et, dans le cas d'enquête sur des infractions à la législation sur la concurrence déloyale, le procureur du district) à inspecter et à copier des registres, à mener des interrogatoires et à faire témoigner sous serment des gens d'une organisation dans le cadre d'une enquête, en l'absence de toute procédure ou poursuite officielle[7]. Toute organisation qui reçoit une assignation d'enquête doit déléguer la personne la plus compétente pour témoigner sur les questions qui y sont mentionnées. Il existe des exigences entourant la signification adéquate d'un acte de procédure et des limites géographiques quant au lieu où la personne compétente désignée doit témoigner. Pourtant, la loi est muette quant au droit de cette personne à se faire représenter par un avocat pendant son témoignage. De plus, le procureur général et le procureur du district ont avisé les défendeurs dans ces instances qu'ils ne pourront obtenir une copie ni de la transcription du témoignage en question ni des documents que les procureurs de la poursuite lui montreront pendant l'interrogatoire. À ce jour, les tribunaux ont accepté l'analogie entre l'assignation d'enquête et un procès devant jury, dans le cadre duquel ni les témoins ni les témoins cibles (s'ils renoncent à leur droit constitutionnel de ne pas s'incriminer eux-mêmes) n'ont droit à un avocat.

Si une entreprise croit que l'assignation d'enquête force à divulguer de l'information confidentielle ou un secret commercial, il revient à la personne compétente désignée de présenter suffisamment de preuves pour convaincre un tribunal que la valeur de ce secret ou de cette information pour l'entreprise l'emporte sur le besoin de l'organisme de l'obtenir[8]. Le refus de répondre ou

---

7. *California Government Code*, art 11180 à 11191 (1921, dans sa version modifiée en 2003). Les exigences minimales d'une assignation d'enquête visant la production de documents et le témoignage sont établies par un test en trois volets : (1) l'enquête doit se dérouler sous l'autorité générale du département émetteur ; (2) l'information visée par l'assignation doit être raisonnablement pertinente pour les besoins de l'enquête, bien que le département ne soit pas obligé de démontrer une cause probable ou des motifs valables ; (3) l'information recherchée ne doit pas être trop imprécise.

8. Si l'entreprise et la personne compétente désignée craignent que l'assignation d'enquête mène à la production de renseignements commerciaux confidentiels ou de données commerciales secrètes, ils *doivent* le signaler et prévenir la divulgation le plus tôt possible. Autrement, ils pourraient ultérieurement être réputés avoir renoncé au droit de demander des mesures de protection contre cette divulgation. Pendant l'exécution de mandats de perquisition, une société doit aussi être prête à faire cette revendication ou à risquer de perdre le droit de le faire plus tard. Toutefois, dans un contexte de mandat de perquisition, si l'équipe gouvernementale qui exécute le mandat sait que la portée du mandat pourrait englober des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, des secrets commerciaux ou des documents confidentiels, elle peut demander au juge qui a approuvé le

de répondre adéquatement à une assignation d'enquête ne peut être renversé que par une ordonnance de justification, accompagnée d'une autre ordonnance enjoignant au défendeur de comparaître à l'audience de justification. Cette audience se limite à évaluer le caractère adéquat de l'assignation selon les normes d'un test à trois volets[9]. Au cours de l'audience, si la personne qui en fait l'objet ne soulève aucune objection constitutionnelle fondée sur l'interdiction des fouilles et saisies déraisonnables (en vertu du quatrième amendement) ou sur le droit de ne pas s'incriminer (en vertu du cinquième amendement), l'audience se soldera par une renonciation. Un défendeur qui refuse de respecter une ordonnance qui l'oblige à divulguer l'information s'expose à un outrage au tribunal. Toutefois, l'ordonnance de divulgation peut faire l'objet d'un appel direct à titre de jugement final, et aucune sanction ne peut être imposée à un défendeur qui refuse de répondre tant et aussi longtemps qu'une ordonnance de le faire est visée par un appel[10].

LE COÛT DE L'INOBSERVATION DES NORMES ET LA RAISON D'ÊTRE DES PROGRAMMES INTERNES DE GESTION DE L'ENVIRONNEMENT

Il est évident que le personnel d'un organisme de réglementation peut obtenir des preuves lorsqu'une entreprise contrevient aux conditions de son permis ou à d'autres obligations légales ou réglementaires à *l'un ou l'autre* des stades de son processus de collecte d'information. Ce personnel est formé pour établir le poids de cette preuve à partir de l'évaluation d'un nombre de variables, comme la gravité d'une menace réelle ou potentielle pour l'environnement ou la santé publique ; la mesure dans laquelle la violation est accidentelle, intentionnelle ou associée à de la négligence ; la durée de cette violation ; les antécédents de l'entreprise ou de l'installation en matière de conformité ; la mesure dans laquelle la culture de l'installation, et des entités de plus grande envergure dont elle fait partie, ont internalisé une éthique en matière de conformité à la réglementation dans l'exercice de leurs activités et pratiques ; et l'attitude coopérative ou combative du personnel et de la direction de l'installation. Conséquemment, la preuve de violations relativement mineures pendant l'inspection de routine d'un organisme de réglementation peut entraîner une

mandat de désigner un avocat pour l'accompagner. Cet avocat examinera alors tous les dossiers et documents à propos desquels la société invoque ces privilèges et revendications. Ensuite, il les copiera, puis les consignera dans une enveloppe scellée portant une mention en ce sens. Le tribunal en prendra connaissance plus tard lors d'une audience à huis clos, pendant laquelle l'entreprise aura l'occasion de convaincre le tribunal de ne pas ordonner la production des documents au gouvernement.

9. Voir, *supra* note 7.

10. À ce sujet, voir Deborah J. Schmall et Buck B. Endemann, « Investigative Subpoenas Wielded by California Prosecutors » (présenté à l'occasion du *State Bar of California Environmental Law Section Annual Yosemite*, 2014).

petite amende, alors que des violations plus graves peuvent mener à l'émission d'une ordonnance de sanctions administratives par l'organisme, à une ordonnance civile d'exécution ou au renvoi du dossier au département de la Justice des États-Unis, au procureur général de l'État ou à un procureur de district, et ce, pour qu'une poursuite civile et/ou criminelle soit engagée à l'égard de l'entité commerciale, ses employés et/ou ses dirigeants.

Les dispositions d'application des principales lois environnementales fédérales manquent de clarté sur les types d'actes et d'omissions qui mèneront à des procédures criminelles, civiles ou administratives. Dans bien des cas, la même contravention peut donner lieu à un recours dans chacune de ces trois instances. C'est le pouvoir discrétionnaire de la poursuite qui détermine ultimement si des accusations criminelles seront portées, mais pour les entreprises et leurs avocats, cette incertitude ne fait que créer de l'angoisse quant au moment et quant à l'arme d'application de la loi qui sera utilisée contre eux[11].

Les ordonnances exécutoires et indépendantes des mesures correctives constituent un moyen d'« exécution forcée de la conformité » présent dans les procédures administratives, civiles et criminelles d'application de la loi. Elles peuvent exiger l'exécution de mesures correctives telles que les enquêtes sur les mesures de redressement, les études de faisabilité et les plans d'action de redressement, y compris l'installation de puits de surveillance des eaux souterraines servant à vérifier l'élimination de source de contamination et le confinement de la migration de contaminant. De plus, elles peuvent forcer la rectification ou le remplacement d'un processus inefficace et/ou la réparation ou le remplacement d'équipement de lutte contre la pollution ayant causé directement ou indirectement le déversement ou l'émission de polluants dont les niveaux de concentration excèdent les normes fédérales et/ou de l'État, et accompagner ces mesures par des systèmes plus rigoureux de détection des déversements et des fuites. Étant donné que les entreprises doivent affecter toutes les ressources financières et humaines nécessaires pour respecter les ordonnances relatives aux

11. Voir David M. Uhlmann, « Prosecutorial Discretion and Environmental Crime », 45 *Env. Law Rev.* 10801 (août 2015). Dans les dispositions d'application de la législation environnementale fédérale, le Congrès a distingué de façon limitée les lois qui pouvaient mener à des sanctions criminelles, civiles ou administratives. Une même violation peut souvent mener à une sanction criminelle, civile *ou* administrative. Dans certains cas, le libellé des dispositions prévoyant les sanctions établit une différence entre une infraction commise en toute connaissance de cause, par négligence, de façon intentionnelle ou volontaire. Dans d'autres cas (CERCLA ou « Superfund », par exemple), la loi prévoit une norme de responsabilité stricte pour le dépôt d'accusation, où l'état mental ou l'intention du défendeur n'a aucune importance. Puisque l'état mental constitue un critère déterminant pour seulement un petit sous-ensemble d'infractions, l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite est le facteur qui déterminera ultimement quelles infractions mèneront à une poursuite criminelle. La portée du pouvoir discrétionnaire en la matière est particulièrement importante dans les affaires environnementales, car de nombreux comportements sont susceptibles de tomber sous l'application des dispositions criminelles des lois environnementales.

mesures correctives, sans interrompre leurs activités quotidiennes, puisqu'elles ont des quotas de production et des prévisions de revenus à atteindre, elles doivent habituellement faire appel à un cabinet professionnel de consultation et d'ingénierie environnementale que l'on sait capable d'apporter les correctifs nécessaires et de travailler efficacement avec l'organisme de réglementation responsable. Afin de maximiser leur contrôle sur la production ou la communication ultérieure des rapports et des notes des consultants, les entreprises susceptibles d'être visées par de telles ordonnances d'exécution devraient faire en sorte que leur avocat externe spécialisé en environnement engage le cabinet de consultant au moyen d'un contrat selon lequel le cabinet de consultant travaille et produit des rapports pour l'avocat externe, lesquels sont protégés par le secret professionnel de l'avocat en raison des litiges réels ou éventuels.

L'un des moyens les plus efficaces pour les entreprises de limiter les coûts importants que représentent les ordonnances de conformité et les litiges sur les infractions environnementales consiste à élaborer, à institutionnaliser et à peaufiner périodiquement un programme organisationnel interne de gestion de la conformité environnementale. Ces types de programmes comprennent les pratiques de vérification interne de la conformité environnementale auxquelles l'EPA, le département de la Justice ainsi que plusieurs procureurs généraux et organismes gouvernementaux s'attendent maintenant de la part de la collectivité assujettie à la réglementation.

LES PROGRAMMES ORGANISATIONNELS INTERNES DE GESTION DE LA CONFORMITÉ ENVIRONNEMENTALE ET POLITIQUE DE VÉRIFICATION DE L'EPA

L'EPA des États-Unis a publié pour la première fois en 1986 un énoncé de politique de vérification environnementale afin de réagir à l'augmentation rapide du nombre de pratiques et de politiques de vérification volontaire en environnement dans certains secteurs assujettis à la réglementation. Une étude menée par Price-Waterhouse en 1995 révèle que plus de 90 % des entreprises exerçant des activités dans des secteurs industriels fortement réglementés, comme le raffinage du pétrole et la fabrication de produits chimiques, s'étaient déjà dotées d'une forme de procédure d'autovérification périodique[12].

En 1995, l'EPA a publié sa première politique de vérification (*Audit Policy Interpretive Guidance*)[13], suivie 13 mois plus tard par sa directive

12. Voir Lawrence Culleen et Thomas Glazer, « Let's Make A Deal : Twenty Years of EPA's Audit Policy », 30 *Natural Resources & Environment* 3 (hiver 2016).
13. « Incentives for Self-Policing : Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations », 60 *Federal Register* 66706 (le 22 décembre 1995).

d'interprétation[14], un document de 40 pages qui, pour la première fois, a exprimé l'engagement de l'EPA à accorder la clémence dans une mesure limitée aux entreprises qui ont découvert des infractions par elles-mêmes, les ont divulguées promptement, y ont remédié rapidement et ont pris des mesures sérieuses pour éviter que ces infractions ne se reproduisent. Une nouvelle politique de vérification, qui a remplacé la politique de 1995, a vu le jour en 2000 et demeure en vigueur aujourd'hui, avec certaines modifications[15].

La politique de vérification de 2000 de l'EPA encourage les organisations à se réglementer elles--mêmes, à divulguer leurs infractions environnementales et à y remédier. Quant aux sociétés qui répondent aux conditions de la politique, cette dernière offre les quatre incitatifs suivants : (1) l'EPA ne cherchera pas à imposer des sanctions basées sur la gravité aux entités qui divulguent elles-mêmes leur situation et qui répondent aux neuf (9) critères de la politique, y compris la communication systématique, bien qu'elle conserve le pouvoir discrétionnaire de recouvrer « l'avantage économique » de la composante sanction civile[16] ; (2) les sanctions fondées sur la gravité seront réduites de 75 % lorsque l'entité divulgatrice ne détecte pas la violation à l'occasion d'une communication systématique, mais qu'elle répond à toutes les autres conditions de la politique ; (3) lorsqu'une divulgation conforme aux conditions et aux modalités de la politique mène à une enquête criminelle, l'EPA [TRADUCTION] « se gardera généralement de recommander d'engager une poursuite criminelle contre l'entité divulgatrice, quoique l'organisme gouvernemental puisse recommander de poursuivre les personnes physiques et les autres entités fautives[17] » ; (4) l'EPA, dans une réaffirmation de sa politique de 1986, ne demandera pas

14. « Audit Policy Interpretive Guidance », 15 janvier 1997, [en ligne] http://www.epa.gov/sites/production/files/documents/audpolintepgui-mem.pdf.
15. Voir la version finale révisée de la politique de l'EPA, « Incentives for Self-Policing : Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations » [« politique de vérification »], 65 *Federal Register* 19618-19627 (11 avril 2000), [en ligne] https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-04-11/pdf/00-8954.pdf et la note de service de 2007 de l'EPA intitulée « Issuance of Audit Policy : Frequently Asked Questions », [en ligne] http://www.epa.gov/compliance/incentives/auditing/auditpolicy.html.
16. [TRADUCTION] « La communication systématique s'entend de la "détection d'une infraction éventuelle par une vérification environnementale ou un système de gestion de la conformité qui témoigne de la diligence de l'entité dans la prévention, la détection et la correction d'infractions". Cette renonciation à une sanction basée sur la gravité pour les sociétés qui détectent les infractions grâce à un système de "communication systématique" témoigne de la reconnaissance par l'EPA que [TRADUCTION] "les vérifications environnementales et les systèmes de gestion de la conformité jouent un rôle crucial dans la protection de la santé humaine et de l'environnement en détectant les infractions, en y remédiant, puis en empêchant ultimement qu'elles se reproduisent". » Politique de vérification, *supra*, note 15, 19620.
17. *Ibid.* L'EPA note également que cet incitatif ne sera pas offert lorsque [TRADUCTION] « les dirigeants de l'organisation sont sciemment impliqués dans une infraction, l'ignorent volontairement, camouflent ou tolèrent un manquement à la conformité ». De plus, même si l'EPA ne recommande pas de poursuivre au criminel les entités divulgatrices, elle reconnaît que [TRADUCTION] « la discrétion ultime de poursuivre revient au département de la Justice américaine ».

périodiquement des copies de rapports de vérification de la part des entités divulgatrices en vue de déclencher d'autres enquêtes d'application de la loi.

Pour que l'EPA accepte de renoncer à imposer toute sanction basée sur la gravité aux entités divulgatrices, ces dernières doivent respecter neuf conditions prévues dans la politique de vérification. Les plus importantes sont la « communication systématique » de la violation ; la découverte de la violation sur une base volontaire, ce qui exclut toute procédure requise par le gouvernement ; la divulgation de l'infraction à l'EPA dans un délai de 21 jours de la découverte ; la rectification de la violation, accompagnée d'une attestation en ce sens à tous les organismes gouvernementaux pertinents dans un délai de 60 jours ; l'amélioration du système de gestion environnementale de l'entité afin d'éviter que la violation se reproduise. Les avantages de la politique sont exclus pour toute violation ayant causé un dommage réel et grave à l'environnement, qui a pu constituer une menace imminente et considérable pour la santé publique et l'environnement ou qui viole des conditions particulières de toute ordonnance, entente de consentement ou transaction pénale[18].

En outre, l'EPA s'oppose catégoriquement aux lois de certains États qui créent un privilège légal pour les vérifications environnementales tout en accordant l'immunité aux sociétés à l'égard de certains modes d'application de la loi lorsqu'elles répondent aux exigences de la loi en matière de vérification. [TRADUCTION] « Les lois qui prévoient l'immunité et un privilège sur la vérification sont superflues, elles minent l'application de la loi et elles nuisent à la protection de la santé des gens et à l'environnement, en plus de porter atteinte au droit du public de connaître les menaces environnementales réelles et potentielles[19] ».

Les entreprises dotées de programmes internes de gestion de la conformité en environnement, que ce soit ou non par l'intermédiaire d'un système de gestion environnementale avec la certification ISO 14001[20], ont avantage à institutionnaliser une stratégie de divulgation volontaire et d'action corrective rapide en matière d'infractions environnementales. Elles démontrent ainsi à la fois l'importance accordée au programme interne de vérification, leur vigilance

---

18. L'EPA a publié son approche provisoire relative à l'application de la politique de vérification aux nouveaux propriétaires (*Interim Approach to Applying the Audit Policy to New Owners*). Cette approche, entrée en vigueur le 1er août 2008, invite notamment les nouveaux propriétaires d'installations existantes à divulguer des violations menaçantes que leur diligence a permis de découvrir au moment de leur acquisition. Selon cette approche, les sociétés acheteuses bénéficient d'un délai de neuf (9) mois, à compter de la date de conclusion, pour divulguer les violations et conclure une entente de vérification avec l'EPA, [en ligne] http://www.epa.gov/compliance/epas-interim-approach-applying-audit-policy-new-owners.
19. Politique de vérification, *supra* note 15, 19623.
20. Voir www.epa.gov/ems. Le SGE le plus couramment utilisé est celui que l'Organisation internationale de normalisation a conçu pour sa norme ISO 14001, établie pour la première fois en 1996.

pour le mettre en œuvre et le maintenir et qu'il est soutenu par tous les niveaux de l'organisation, même devant la perspective de l'interruption des activités, du mécontentement de la clientèle et du besoin de trouver de nouvelles façons de collaborer entre les unités d'affaires habituellement indépendantes. Une analyse empirique réalisée en 2010 par la Harvard Business School a révélé que les installations qui ont volontairement divulgué des infractions ont 17 % moins de risque de subir une inspection, comparativement aux installations qui n'ont pas tiré avantage de la politique de vérification de l'EPA[21].

Le 9 septembre 2015, le département de la Justice (« DJ ») a accru de façon drastique l'importance des programmes internes de gestion de l'environnement. À cette date, Sally Yates, sous-procureure générale des États-Unis, a publié une note intitulée « Individual Accountability for Corporate Wrongdoing » (la « Note Yates »). Cette note s'applique aux futures enquêtes sur les méfaits des organisations, ainsi qu'aux enquêtes en instance le 9 septembre 2015, dans la mesure du possible. Elle vise principalement à [TRADUCTION] « tirer pleinement parti des ressources [du département de la Justice] et à identifier [puis poursuivre] les personnes coupables à tous les échelons dans les affaires concernant des organisations[22] ». Même les avocats, qui voient principalement la Note Yates comme un nouvel énoncé de la pratique existante, estiment que la publication de cette note est hautement significative[23].

LA NOTE YATES ET LE MANUEL DES PROCUREURS DES ÉTATS-UNIS

La Note Yates modifie les dispositions de la version courante des principes relatifs aux poursuites fédérales contre des entreprises (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) au titre 9 (affaires criminelles) du manuel des procureurs des États-Unis (*United States Attorneys' Manual)* (« USAM ») ainsi que les dispositions sur les règlements et la fermeture des instances (*Compromising and Closing*) du titre 4 (affaires civiles) de l'USAM[24]. Son apport principal aux politiques régissant les poursuites criminelles et civiles fédérales contre des entreprises consiste à empêcher que *toute* collaboration joue

21. Culleen et Glazer, *supra* note 12, p. 6.
22. Sally Yates, sous-procureure générale des É-U, *Memorandum re Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 9 septembre 2015, à www.justice.gov/dag/file/769036/download [« Note Yates »]. Son objet et son champ d'application sont détaillés, car elle s'adresse aux procureurs généraux adjoints des divisions antitrust, civile, criminelle, de l'environnement et des ressources naturelles, de la sécurité nationale et fiscale du département de la Justice, ainsi qu'aux directeurs du Federal Bureau of Investigation et de l'Executive Office for United States Trustees.
23. Jonathan Segal et Daniel Walworth (Duane Morris LLP), *Individual Accountability and Investigations*, webinaire du 20 novembre 2015.
24. USAM, au titre 9, chapitre 9-28 (intitulé « Principles of Federal Prosecution of Business Organizations ») et au titre 4 (affaires civiles) de l'USAM, une nouvelle section 4-3.100 (intitulée « Pursuit of Claims Against Individuals »), [en ligne] : www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual.

comme circonstance atténuante dans les affaires où le DJ enquête sur des entreprises pour les besoins d'un acte d'accusation d'une poursuite éventuels, à moins que la société divulgue entièrement au DJ tous les faits pertinents relatifs aux inconduites individuelles[25].

L'USAM avise les procureurs fédéraux de tenir compte de dix facteurs au cours de l'enquête et au moment d'établir le type d'accusation à porter, de négocier un plaidoyer, de conclure un règlement et d'autres ententes. Six de ces facteurs sont directement liés aux considérations qui sous-tendent les programmes internes de gestion de la conformité, sur lesquels insiste d'ailleurs la politique de vérification de l'EPA. Il s'agit : (1) du caractère répréhensible des actes de l'organisation, comme la complicité ou le laisser-faire de la direction (*USAM 9-28.500*) ; (2) des antécédents de mauvaise conduite de la société, comme les mesures antérieures d'application de la loi en matière criminelle, civile et réglementaire qui ont été prises à son égard (*USAM 9-28.600*) ; (3) de la volonté de la société de collaborer à l'enquête sur ses mandataires (*USAM 9-28.700*) ; (4) de l'efficacité du programme préexistant de conformité de la société, s'il y a lieu (*USAM 9-28.800*) ; (5) de la divulgation volontaire par la société et en temps opportun des actes répréhensibles (*USAM 9-28.900*) ; et (6) des mesures de réparation de la société, telles que des mesures visant à mettre en œuvre un programme interne efficace de conformité, à améliorer le programme déjà en place, à remplacer les membres de la direction responsables, à sanctionner ou congédier les fautifs, à verser une compensation et à collaborer avec les organismes gouvernementaux compétents (*USAM 9-28.1000*).

Les employés de chaque entreprise assujettie doivent comprendre que lorsque des inspecteurs d'un organisme gouvernemental arrivent à l'entrée de l'installation et demandent d'y entrer pour y mener une inspection, ces inspecteurs, ainsi que les gestionnaires et l'avocat interne de cet organisme et les autorités fédérales d'application de la loi à qui des violations en vue d'une poursuite civile ou criminelle peuvent lui être signalées, jugeront de la culpabilité potentielle de l'entreprise et de ses employés en se référant à ces facteurs décisionnels.

La Note Yates et, maintenant, l'USAM, enjoignent au DJ d'intenter des poursuites civiles et criminelles pour les actes répréhensibles d'une entreprise en suivant six lignes directrices :

1. Pour que la collaboration puisse jouer comme une circonstance atténuante au titre des *Principles of Federal Prosecution of Business*

25. *USAM, 9-28.700*. L'exigence de divulgation complète pour que *toute* collaboration joue comme circonstance atténuante est plus souple en contexte civil qu'en contexte criminel.

Organizations, l'entreprise doit divulguer au département tous les faits pertinents concernant les manquements.

2. Les enquêtes criminelles et civiles devraient se concentrer sur les individus dès le début.
3. Les avocats civilistes et criminalistes qui gèrent des enquêtes sur des sociétés devraient communiquer couramment entre eux.
4. En l'absence de circonstances extraordinaires, aucune résolution d'une entreprise ne peut offrir une exonération de responsabilité criminelle ou civile à quiconque.
5. Les affaires concernant les sociétés ne devraient pas être résolues sans un plan clair visant à résoudre les cas individuels connexes avant la date de prescription, et se souvenir des cas où une telle prescription peut survenir.
6. Les avocats en droit civil devraient se concentrer autant sur les individus que sur la société, et prendre la décision de poursuivre ou non un individu sur des considérations qui vont au-delà de la capacité de payer de ce dernier[26].

En ce qui concerne le principe général de la collaboration qui peut jouer comme circonstance atténuante, l'USAM indique [TRADUCTION] « [qu']une entreprise n'a pas à renoncer au secret professionnel de l'avocat ni à la confidentialité du produit du travail de l'avocat afin de satisfaire à ce critère[27] ». L'ampleur des circonstances atténuantes obtenues de la collaboration dépendra d'une variété de facteurs appliqués traditionnellement pour les besoins de cette évaluation (ex. : l'opportunité de la collaboration, la diligence, la rigueur et la rapidité de l'enquête interne et l'initiative derrière la collaboration, le cas échéant)[28].

---

26. Note Yates, *supra* note 22, p. 3-7.
27. USAM, à 9-28.720.
28. Note Yates, *supra* note 22, p. 3. [TRADUCTION] « Comme nous le savons tous, un conseil juridique est protégé par le secret professionnel. Les faits ne le sont pas. Si un cabinet d'avocat questionne un employé d'une organisation pendant une enquête, les notes qui en sont générées peuvent être protégées, du moins en partie, par le secret professionnel de l'avocat à titre de produit du travail de l'avocat. Pour que la collaboration d'une organisation joue comme circonstance atténuante, elle n'a pas à produire le matériel protégé ; les poursuivants ne le demanderont pas non plus. L'organisation qui souhaite faire jouer sa collaboration comme une circonstance atténuante doit cependant relater tous les faits pertinents, y compris les faits appris grâce à ces interrogatoires – à moins que des renseignements identiques aient déjà été communiqués. On respectera le secret professionnel, tout en s'attendant que les sociétés respectent les limites de ce privilège et qu'elles n'exploitent pas son objet légitime à des fins illicites en s'en servant pour cacher aux enquêteurs des renseignements non privilégiés. » Remarques de la sous-procureure générale Sally Yates au congrès de l'American Bankers Association et de l'American Bar Association sur le blanchiment d'argent, à Washington (D.C.), le 16 novembre 2015, [en ligne]http://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-american-banking-0.

L'INSPECTION RÉGLEMENTAIRE, LES INTERROGATOIRES D'EMPLOYÉS ET LES QUESTIONS RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

L'accent de la Note Yates sur l'identification et la poursuite des individus coupables tant au civil qu'au criminel, et les politiques auxquelles elle accorde la priorité pour arriver à ces fins, ont des conséquences potentiellement considérables, non testées à ce jour, dans l'application des lois fédérales criminelles et civiles en matière environnementale aux États-Unis, au moins quant aux aspects suivants : (1) la façon dont les sociétés et leurs employés se préparent et réagissent aux inspections environnementales réglementaires ; (2) la préparation aux interrogatoires d'employés dans les enquêtes internes et d'organismes de réglementation, y compris la question de fournir un avocat indépendant aux employés et à quel moment ; (3) les relations de la société avec ses employés et avec ses cadres ; et (4) la vigilance accrue du gouvernement à l'égard des sociétés qui invoquent le secret professionnel de l'avocat pour justifier leur refus de produire l'information demandée[29].

L'inspection par un organisme de réglementation et le rôle du conseiller juridique de la société

Entre 2009 et 2013, l'EPA a inspecté en moyenne 20 000 installations chaque année, autrement qu'au titre de la CERCLA, et mené entre 200 et 300 enquêtes multimédias réparties sur plusieurs jours, qui ont donné lieu au dépôt d'environ 3 000 dossiers d'application de la loi au civil. La très grande majorité des inspections d'installations ne font intervenir qu'un ou deux enquêteurs ; les procureurs entrent en scène dans moins d'un pour cent des cas. La plupart des inspections ne sont pas annoncées, car le personnel des organismes gouvernementaux désire obtenir, comme on peut s'y attendre, un portrait en temps réel de la façon dont chaque entité assujettie exerce ses activités. Toutes les inspections, sauf celles effectuées en vertu d'un mandat de perquisition, nécessitent le consentement de la direction de l'installation, même si le permis d'exploitation de pratiquement toutes les installations les oblige à permettre l'accès « à des heures raisonnables » ou « pendant les heures ouvrables habituelles » afin que le personnel de l'organisme de réglementation puisse en évaluer la conformité. Il existe plusieurs raisons d'effectuer une inspection sans mandat (c.-à-d. ordinaire) : une vérification de routine de la conformité aux conditions et aux modalités des permis, le renvoi d'un dossier par d'autres organismes gouvernementaux, des plaintes de citoyens, des suivis sur des

29. Ici, il est possible d'examiner seulement la première situation et une partie de la deuxième. La troisième et la quatrième échappent à la portée de ce chapitre. Ce dernier ne traite pas non plus du moment auquel la société devrait fournir à ses frais les services d'un avocat indépendant à un employé ni des cas où la société devrait indemniser l'employé.

inspections antérieures, des lettres de demandes d'information et des évaluations annuelles ou bisannuelles d'efficacité des programmes[30].

Habituellement, les inspections sans mandat de l'EPA ou des organismes environnementaux de réglementation de la Californie se font avec deux inspecteurs. À leur arrivée, ces inspecteurs présentent leurs titres de compétences, puis demandent à pénétrer dans les lieux et à s'entretenir avec la « personne responsable ». L'inspecteur principal commence par expliquer l'objet et la portée de l'inspection lors d'une « rencontre d'ouverture » afin que les gestionnaires de l'installation puissent apporter aux inspecteurs la meilleure aide possible, que ces gestionnaires énumèrent aux inspecteurs les chantiers de construction en cours dans l'installation et qu'ils les informent des dangers pour leur sécurité[31]. Pendant cette rencontre, les inspecteurs identifient les registres particuliers de l'installation qu'ils veulent examiner ou reproduire. (La société doit remettre des copies au gouvernement et consigner les originaux dans ses dossiers). Les inspecteurs peuvent pendre des photographies de l'équipement de traitement et de lutte contre la pollution. Ils peuvent également recueillir des échantillons de sol et de liquide n'importe où sur le site ou à l'extérieur, là où il est possible de le faire sans danger. Habituellement, les inspecteurs remettent à l'installation une partie de chacun des échantillons physiques qu'ils auront recueillis, mais le personnel devrait néanmoins les demander expressément[32].

Un ou plusieurs employés de l'installation doivent toujours accompagner les inspecteurs quand ils sont sur les lieux. Certains organismes gouvernementaux exigent que des membres du personnel de l'installation accompagnent leurs inspecteurs à chaque étape de l'inspection, à la fois pour la superviser et pour répondre au fur et à mesure à toutes les questions des inspecteurs[33]. Le

---

30. Jessica Ching-yi Kao, avocate régionale de l'EPA (région IX), « Knock, Knock, Knocking on Office Doors : A 'How-to Guide' to Responding to Environmental Enforcement Agency Investigations », remarques prononcées en octobre 2014 à l'occasion du congrès de la section du droit de l'environnement du Barreau de l'État de la Californie, lequel se tient annuellement au Yosemite (webinaire) [« Knock, Knock »].

31. Non seulement les enquêtes criminelles se passent de rencontres d'ouverture, mais les enquêteurs peuvent arriver, présenter leurs titres de compétences, pénétrer dans l'installation, et commencer à inspecter, recueillir des échantillons, saisir des éléments de preuve et questionner des employés. Voir Craig D. Galli et Gregory E. Goldberg (Holland & Hart LLP), « Methodology and Ethics of Internal Investigations of Environmental Crimes – Domestic and International Considerations », 61 *Rocky Mtn Mineral Law Inst* 24-6 (2015).

32. Knock, Knock, *supra* note 30. En vertu de la RCRA, l'EPA doit remettre, si on le lui demande, une partie des échantillons ; elle doit aussi divulguer rapidement tous les résultats d'analyse. (Art 3007*a* RCRA) ; 42 USC, art 6927*a*)). Bien que ni la *Clean Air Act* ni la *Clean Water Act* n'obligent l'EPA à fournir une partie des échantillons ou les résultats d'analyse, l'orientation et la pratique générale de l'EPA indiquent qu'elle en a le devoir. Voir *NPDES Compliance Inspection Manual* (2004) de l'EPA, à la p. 2-17 (2004) ; *EPA Multi-Media Investigation Manual* (1992), annexe M-8.

33. Selon l'expérience de l'auteur, c'est le cas de la région IX de l'EPA et des organismes environnementaux de réglementation de la Californie. Toutefois, les pratiques peuvent varier d'un organisme à l'autre, à l'instar des pratiques d'un même organisme selon la région.

personnel de l'installation doit parfois faire preuve de beaucoup d'adresse pour s'assurer que l'inspection se limite à son objet et qu'elle ne perturbe ou n'interrompe pas indûment les activités de l'installation tout en ne restreignant pas les activités des inspecteurs au point où cela soit perçu comme une entrave à la justice[34]. Au cours de la « rencontre de clôture », les inspecteurs donnent habituellement un aperçu de leurs observations et relèvent des déficiences précises qui nécessitent l'attention du personnel de l'installation. Puisque tout ce qui est mentionné au cours d'une rencontre de clôture (en plus des nombreuses autres choses non mentionnées) figurera dans le rapport d'inspection final, l'installation doit comprendre les détails de chaque déficience relevée et y répondre. Ainsi, lorsque le rapport final sera communiqué, la réponse et les commentaires de l'installation montreront la rapidité et l'efficacité avec laquelle elle a pris les mesures correctives nécessaires.

De plus en plus d'affaires d'application de la loi comportant une sanction importante naissent du phénomène communément appelé « fouilles de poubelles » [*dumpster dives*]. Il consiste, pour les inspecteurs d'organismes gouvernementaux, à intercepter les camions privés de transport de déchets qui viennent d'effectuer leur chargement à l'installation. Les inspecteurs attendent juste à l'extérieur de la propriété privée de la société pour intercepter le camion avant que les déchets de l'installation ne soient mélangés avec ceux d'autres installations où le camion doit aller récupérer un chargement. Il existe en droit fédéral et californien un précédent juridique selon lequel ni les individus ni les organisations n'ont d'attente légitime en matière de vie privée par rapport aux déchets qu'ils rendent accessibles dans le but de les faire enlever par une administration locale ou par des transporteurs privés. Ce faisant, ces « fouilles de poubelles » ne violent pas l'interdiction des fouilles et saisies déraisonnables qui est prévue au quatrième amendement à la constitution de ce pays[35].

Durant la majorité des inspections sans mandat par des organismes gouvernementaux, il n'est pas nécessaire que le conseiller juridique (interne ou externe) de la société soit présent. Sa présence peut aussi inciter les inspecteurs à croire à tort que l'entreprise a quelque chose à cacher. Cependant, dans la situation inhabituelle où trois inspecteurs ou plus sont présents ou si plus d'un organisme de réglementation participe à l'inspection, il est alors recommandé qu'un avocat externe soit présent[36]. Avant que ce « moment de vérité » n'arrive,

---

34. Voir 18 USC, art 1501 et suivants (chapitre 73, intitulé « Obstruction of Justice »).
35. « Knock, Knock », *supra* note 30, remarques de Deborah Schmall, associée, Paul Hastings LLP.
36. Dans ces situations, le personnel de l'installation doit immédiatement appeler l'avocat externe afin que ce dernier tente de se présenter dans l'installation avant le début de l'inspection. L'employé « responsable » de l'installation demande aux inspecteurs d'attendre l'avocat externe de la société. S'ils refusent, l'avocat doit soit aviser les inspecteurs que l'installation ne permet pas aux inspecteurs de pénétrer dans l'installation et de questionner les employés en l'absence de son avocat, soit consentir à l'inspection et

les avocats internes et externes doivent retirer de l'installation la plus grande quantité possible de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et de produits du travail de l'avocat. Il faut aussi mettre de côté tout renseignement privilégié qui est ou qui doit être conservé dans l'installation, puis y inscrire une mention adéquate afin d'écarter ou de réduire au minimum la possibilité qu'un employé de l'installation le divulgue par mégarde. Si, dans des circonstances particulières, l'avocat externe *doit* assister à une inspection sans mandat, mais qu'il n'est pas en mesure de le faire (soit parce qu'il ou elle est trop loin ou parce que les inspecteurs refusent d'attendre), cet avocat doit alors mesurer les avantages et les inconvénients d'aviser les inspecteurs, directement ou par l'entremise de l'avocat de l'organisme gouvernemental, que la société ne consentira pas à ce que l'installation soit inspectée et à ce que ses employés soient questionnés tant et aussi longtemps que l'avocat ne sera pas effectivement présent.

Si l'inspection est autorisée par un mandat, plus particulièrement un mandat criminel, les employés ou l'avocat de l'installation doivent immédiatement faire une copie du mandat afin de bien connaître la portée de l'inspection ainsi que de la saisie des documents et des objets. Dans cette situation, la présence de l'avocat externe de la société est particulièrement importante, mais la loi n'oblige pas les enquêteurs gouvernementaux à attendre l'arrivée de l'avocat de la société avant d'exécuter le mandat. S'ils refusent d'attendre, l'avocat de la société doit officiellement s'opposer à l'exécution du mandat en son absence. Il doit aussi invoquer la protection du produit du travail de l'avocat et du secret professionnel de l'avocat à l'égard de tous les documents et les renseignements visés. Dans la mesure où de tels documents sont conservés dans l'installation et qu'ils sont clairement identifiés et mis à l'écart, l'avocat de la société, aidé du personnel de l'installation, peut préalablement les porter à l'attention des enquêteurs[37].

---

laisser les inspecteurs questionner les employés en son absence. Si l'inspection va de l'avant en l'absence de l'avocat de la société, les employés de l'installation doivent être encore plus vigilants qu'à l'habitude. Pour ce faire, ils doivent documenter tout ce que les inspecteurs disent avec précision, prendre note des parties de l'installation qu'ils visitent et photographie, puis noter les endroits où ils prélèvent des échantillons.

37. Des documents contenant des secrets commerciaux ou des renseignements commerciaux confidentiels (des « RCC ») ne peuvent être soustraits à une saisie en vertu d'un mandat ou à un examen durant une inspection sans mandat. Au lieu de cela, chaque page de tout document contenant des données de secrets commerciaux ou des RCC doit comporter une mention bien visible et appropriée sur sa nature. Autrement, l'entreprise sera réputée avoir renoncé à son droit d'invoquer cette protection dans des procédures ultérieures, lorsque le gouvernement cherchera à déposer en preuve ces documents, ou d'avoir renoncé à son droit de s'opposer à leur publication en vertu de la *Freedom of Information Act* fédérale ou au *Public Records Act* de Californie. Même si on invoque dans les formes prévues qu'ils contiennent des secrets commerciaux ou des RCC, les documents seront saisis et la société devra démontrer à un juge, lors d'une procédure ultérieure, qu'ils ne peuvent être divulgués sans causer un dommage réel et grave aux intérêts commerciaux protégés de l'entreprise.

L'idéal est qu'un avocat externe soit immédiatement mis au courant si des inspecteurs se présentent avec un mandat de perquisition. Ainsi, l'avocat peut s'entretenir directement avec les inspecteurs pour prendre connaissance de la portée et des modalités secondaires du mandat, puis pour demander aux inspecteurs s'ils acceptent de retarder l'exécution du mandat jusqu'à son arrivée, ou, à la rigueur, d'attendre à une date ultérieure approuvée pour questionner des employés en sa présence. Si l'avocat externe n'arrive pas à persuader les enquêteurs de retarder l'exécution du mandat jusqu'à son arrivée, il doit alors tenter de les persuader, à tout le moins, de ne pas questionner d'employés en son absence[38]. Puisque cela pourrait s'avérer impossible, l'avocat interne et l'avocat externe doivent avoir prévenu tous les employés que dans ces situations, ils ont le droit de demander que l'avocat de la société ou leur propre avocat indépendant soit présent pendant l'interrogatoire. Les employés de l'installation ont surtout besoin d'entendre de la part de l'avocat de la société qu'à tout moment où un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental les questionne, ils doivent lui apporter toute leur collaboration, dire la vérité et ne fournir que l'information demandée.

Les interrogatoires d'employés et les questions liées au secret professionnel de l'avocat

Qu'une société soit avisée ou non d'une inspection gouvernementale imminente et qu'elle ait ou non le luxe d'engager un avocat formé spécialement dans les affaires d'inspections environnementales criminelles, elle doit préparer ses employés aux interrogatoires des enquêteurs gouvernementaux.

L'avocat de la société doit s'assurer que les employés comprennent qu'ils doivent collaborer avec les enquêteurs gouvernementaux qui veulent les questionner, que les employés choisissent ou non de se faire représenter par un avocat pendant l'interrogatoire. Assurément, les avocats de la société ont le droit de dire aux employés que leur participation aux interrogatoires des fonctionnaires est volontaire, qu'ils ont le droit de consulter l'avocat de la société s'ils le désirent (sans toutefois que la société puisse l'exiger), qu'ils ont droit à ce qu'un avocat soit présent avec eux pendant qu'ils se font interroger, et que cet avocat qui les accompagne peut être l'avocat de la société ou, s'il cela est approprié, leur propre avocat indépendant.

---

38. Galli et Goldberg, *supra* note 31, p. 24-28. Si l'exécution du mandat se poursuit en l'absence de l'avocat de la société, le ou les employés responsables de l'installation doivent alors être prêts à suivre les inspecteurs à chaque étape pour s'assurer que l'inspection respecte la portée du mandat. Si, à tout moment, le ou les employés croient que l'inspection outrepasse les limites du mandat, ils doivent immédiatement formuler une objection précise aux inspecteurs, s'assurer que ces derniers en prennent note, puis leur permettre de continuer afin que l'objection ne soit pas perçue comme une entrave à la justice.

Que l'avocat de la société planifie de questionner un employé à l'occasion d'une enquête ou d'une vérification interne de la société, ou qu'il entende seulement informer l'employé de ses droits par rapport à un interrogatoire par un enquêteur d'un organisme gouvernemental, il doit donner à l'employé le conseil ou l'avertissement requis par l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Upjohn*[39]. L'avertissement de l'arrêt *Upjohn* a une plus grande portée lorsque c'est l'avocat de la société qui questionne l'employé à l'occasion d'une enquête interne, par rapport au cas où un fonctionnaire le fait dans le cadre d'une enquête externe. L'avertissement complet de l'arrêt *Upjohn* inclut les éléments suivants : l'avocat de la société représente cette dernière et non l'employé personnellement ; l'entrevue, si elle est menée à l'interne, vise à recueillir de l'information en vue de fournir à la société des conseils juridiques à des fins commerciales ; toutes les communications entre l'avocat de la société et l'employé sont protégées par le secret professionnel de l'avocat, qui appartient uniquement à la société et non à l'employé ; seule la société peut renoncer à ce privilège et divulguer à autrui (y compris le gouvernement) une partie ou l'ensemble de ses communications avec l'employé, sans l'aviser au préalable ; finalement, on demande à l'employé qu'il protège la confidentialité de tout ce qui a été dit[40].

Bien que la loi ou la jurisprudence ne l'exige pas, il est recommandé à l'avocat de la société de consigner par écrit chaque avertissement au titre de l'affaire *Upjohn* au lieu de se fier uniquement à la communication orale. S'il est établi plus tard que l'avertissement s'est révélé inadéquat, cela pourrait notamment entraîner la perte du privilège, exposer la société à des risques financiers et mener à des mesures disciplinaires à l'endroit de l'avocat de la société[41].

Comme il a été dit plus haut, la Note Yates et l'USAM mentionnent expressément la nature sacro-sainte du secret professionnel de l'avocat et de la doctrine du produit du travail de l'avocat. L'USAM cite également les propos de la Cour suprême selon lesquels ce privilège [TRADUCTION] « vise à encourager la communication entière et franche entre les avocats et leurs clients et, par

39. *Upjohn Co c United States*, 449 US 383 (1981). Cette décision a appliqué le secret professionnel de l'avocat aux communications entre l'avocat d'une société et ses employés dans un contexte d'enquête interne. Alors que l'affaire *Upjohn* portait sur une enquête menée par un avocat externe, les tribunaux d'appel du D.C. Circuit ont récemment déclaré que le privilège s'applique à une enquête interne au cours de laquelle l'employé est questionné par un non-avocat à la demande de l'avocat interne de la société. *In re Kellogg, Brown & Root, Inc.*, 756 F 3d 754 (DC Cir 2014). Évidemment, le privilège s'appliquera également lorsque c'est l'avocat interne lui-même qui questionne l'employé.
40. À ce sujet, voir Galli et Goldberg, *supra* note 31.
41. Voir *United States* c *Ruehle*, 583 F 3d 600 (9th Cir 2009).

conséquent, favorise plus globalement les intérêts publics dans l'observation de la loi et l'administration de la justice[42] ».

La politique du DJ, réaffirmée dans la Note Yates, qui consiste à [TRADUCTION] « identifier et poursuivre les individus fautifs à tous les échelons dans les affaires concernant les sociétés », signifie que les sociétés doivent maintenant être bien conscientes qu'elles ont l'obligation de prendre rapidement des mesures lorsqu'elles ont connaissance de faits qui devraient raisonnablement les alerter de la possibilité d'un manquement de la part d'un employé. Si la société omet, délibérément ou par négligence, de faire rapidement enquête sur une preuve ou sur des allégations de manquement ou d'infraction, elle peut engager encore davantage sa responsabilité et celle des dirigeants concernés. La société doit être alerte face aux indicateurs initiaux de risques de responsabilité civile ou criminelle, comme la réception d'une assignation ou d'une demande d'information de toute sorte de la part du gouvernement ; des tentatives par des fonctionnaires de parler à des employés ou à des membres de la direction ; des rapports et des allégations de lanceurs d'alerte et toute information révélée par le truchement d'une activité de conformité interne et réglementaire, comme une vérification, la production de rapports d'exercice courants et l'obligation de produire des rapports.

Les sociétés dotées de solides systèmes internes de gestion environnementale ont plus de chances de reconnaître les types de faits qui peuvent former la base de mesures d'application de la loi de nature civile et criminelle. Elles ont également plus de chances d'engager promptement un avocat spécialisé dans le droit et les règles d'éthiques sur les enquêtes internes et dans les affaires complexes de législation et de réglementation environnementales, autrement dit, un avocat qui les aidera à y voir plus clair sur les questions épineuses qui consistent à décider si elles devraient divulguer au gouvernement des faits sur la culpabilité des individus et comment le faire sans renoncer à des privilèges et des protections d'importance cruciale[43].

---

42. USAM, p. 9.28-710 (« Attorney-Client and Work Product Protections »), citant la décision *Upjohn Co* c *United States*, *supra* note 39, p. 389.
43. Voir Segal et Walworth, *supra* note 23 ; Galli et Goldberg, *supra* note 31 ; Craig Galli, « A Compliance Crisis Is a Terrible Things to Waste : Counsel's Role to Enhance Corporate Culture », 30 *Natural Resources & Environment* 3 (hiver 2015).

Chapitre 58

Vers une application des lois environnementales axée sur le renseignement

Heather McCready and Karina Barker[1]

En général, les organismes de protection de l'environnement sont responsables d'appliquer bon nombre de lois et de règlements qui s'appliquent à divers groupes, tout en menant leurs activités dans le cadre de mandats larges et de budgets limités. Devant la responsabilité d'appliquer les lois à diverses entités comme des exportateurs de déchets dangereux, des sociétés minières internationales, des chasseurs et pêcheurs locaux, des activités d'exploitation forestière ou des sociétés effectuant le commerce d'espèces sauvages, il peut être difficile pour les responsables de décider où concentrer leurs ressources. Les organismes de protection de l'environnement se demandent de plus en plus quelles sociétés ou personnes sont responsables des manquements les plus graves et quelle est la meilleure façon d'intervenir. Des tentatives de répondre à ces questions ont mené à des innovations sur le plan des stratégies et des techniques d'application de la loi environnementale, y compris une tendance émergente : l'adoption, par les

1. Les auteurs souhaitent remercier David Higgins, directeur adjoint responsable de la Sous-direction de la sécurité environnementale d'INTERPOL ; Robert C. Fahlman, directeur général, Programme de renseignements criminels de la GRC (retraité) ; Gord Owen, Sheldon Jordan, Michelle Sanders, Pieter Asbeek-Brusse, Mike Enns, Lindsay Copland, Richard Kott, Rob MacDonald et Erin Gilmer d'Environnement et Changement climatique Canada pour leur revue et leurs commentaires.

organismes de protection de l'environnement, d'une « application de la loi axée sur le renseignement[2] ».

Ce chapitre présente le modèle d'application de la loi axée sur le renseignement en explorant son évolution et ses principaux concepts. Il traite de la façon dont ce modèle, conçu au départ pour les services de police dans la lutte contre les activités criminelles, peut être appliqué à l'exécution des lois. Finalement, le chapitre aborde des considérations pratiques en vue de la mise en œuvre de l'application de la loi axée sur le renseignement dans un organisme de protection de l'environnement.

APPLICATION DE LA LOI AXÉE SUR LE RENSEIGNEMENT

Qu'est-ce que le renseignement ?

Le renseignement est communément vu comme de l'information et des données brutes évaluées et analysées en vue d'une prise de décision informée. Le processus de transformation de données brutes en renseignement a été caractérisé par le cycle du renseignement, dont voici les cinq étapes principales :

1. la détermination des besoins en renseignement par la planification et la direction ;
2. la collecte d'information et de données ;
3. la collecte, le traitement et l'analyse des données et de l'information en renseignement ;
4. la transmission du renseignement ;
5. l'application, la revue, l'évaluation et l'amélioration du processus.

Le personnel des services de renseignement puise de l'information dans un large éventail de sources, comme des données statistiques, des sources humaines confidentielles et de l'information de source ouverte, afin de générer des produits de renseignement. Le rôle d'un produit de renseignement consiste à informer les décideurs des risques pour la santé publique ou les ressources afin qu'ils puissent mieux soutenir le travail d'application de la loi et prendre des décisions stratégiques pour atténuer les dommages les plus importants.

Quelle que soit la raison derrière la présence de l'inspecteur à l'entrée d'une installation, une inspection fera probablement penser à un examen médical : c'est intrusif, désagréable et quelque peu injuste. On préfère plutôt l'éviter. On se demande si les autres subissent le même sort. On peut ressentir de la colère et du ressentiment, surtout si l'inspecteur semble plus jeune que nos

2. INTERPOL, *Intelligence Led Enforcement Manual*, 2012, p. 7.

petits-enfants et qu'il ne semble pas comprendre un seul mot de ce qu'on lui dit. On se demande probablement si les voisins et les concurrents ont droit au même traitement, surtout si l'on est étranger ou originaire d'une autre province. Le fait est que ces sentiments sont légitimes, et le gouvernement le sait.

Il existe plusieurs types de renseignements, tels que les renseignements organisationnels, le renseignement militaire, le renseignement d'origine électromagnétique, les renseignements criminels, etc. Ce chapitre porte sur les « renseignements criminels » et les définit comme des renseignements sur le comportement des malfaiteurs. Dans le cas de l'application de la loi environnementale, ce comportement vise celui des organisations ou des personnes qui contreviennent à la législation et à la réglementation environnementales.

Il existe trois types bien connus de renseignements criminels : tactiques, opérationnels et stratégiques[3]. En pratique, le travail des services de renseignement ne correspond pas toujours parfaitement avec l'une des trois catégories ; il se situe plus souvent quelque part dans un continuum.

Le renseignement tactique vient principalement des agents de première ligne. L'analyse tactique procure de l'information regroupée et évaluée afin de soutenir le personnel d'application de la loi dans ses tâches quotidiennes et dans des enquêtes en particulier[4]. Les produits du renseignement tactique comprennent les évaluations, les profils ciblés, les bulletins et les transmissions de dossier ; ils offrent des avantages immédiats et concrets pour faire progresser les actions d'application et pour démontrer la valeur du renseignement au personnel de première ligne. Le renseignement tactique peut mener, par exemple, à la localisation d'un suspect, aidant ainsi au succès d'une poursuite.

Le renseignement opérationnel est utilisé par les gestionnaires de niveaux intermédiaires pour guider les actions d'application de la loi et pour affecter des ressources selon les probabilités et les tendances de non-conformité au sein des limites géographiques[5]. Parmi les produits qui tombent dans cette catégorie, on trouve notamment les évaluations opérationnelles et les profils de problèmes. Le renseignement opérationnel peut être utilisé pour découvrir ou perturber une tendance ou un agglomérat de crime.

Finalement, le renseignement stratégique est [TRADUCTION] « une forme particulière de recherche qui traite de toute question dans le niveau de détail nécessaire pour décrire les menaces, les risques et les possibilités d'une façon qui

---

3. Pour une discussion des types et des utilisations des produits des renseignements criminels, consulter Evans, RM, « Influencing decision-makers with intelligence and analytical products » dans J Ratcliffe, éd, S*trategic Thinking in Criminal Intelligence*, 2e éd (The Federation Press, 2009).
4. Lehane, J, « Integrating Strategic Intelligence with Organisational Risk Management » (9e conférence internationale sur la conformité et l'application en environnement, Whistler, C-B, juin 2011), p. 384.
5. *Ibid.*, p. 884.

aide à définir les programmes et les politiques[6] ». Le renseignement stratégique est le plus souvent destiné aux gestionnaires principaux qui prennent des décisions liées aux priorités stratégiques et qui ont l'autorité d'affecter les ressources d'un organisme gouvernemental ou de l'une de ses unités. Ces produits comprennent les évaluations et dossiers stratégiques, les évaluations et les avertissements anticipés ainsi que les évaluations des menaces et des risques[7]. Le renseignement stratégique fournit de l'orientation, en plus d'aider à la planification et à l'établissement des priorités à l'échelle des organismes. Il peut s'agir, par exemple, d'une évaluation des menaces et des risques dans un secteur émergent et prioritaire du crime, qui mènera à la réaffectation de ressources sur plusieurs années pour traiter cette priorité.

L'évolution de l'application de la loi axée sur le renseignement

Bien que le renseignement ait toujours joué un rôle important dans la sécurité nationale et dans les opérations militaires, il est vu comme un facteur important dans la réduction du crime dans les contextes de l'application de la loi depuis seulement quelques décennies. Cette extension d'usage a d'abord eu lieu par la formulation du « maintien de l'ordre axé sur le renseignement », un concept largement né chez des groupes de policiers du Royaume-Uni[8].

La définition la plus souvent citée du maintien de l'ordre axé sur le renseignement vient du Dr Jerry Ratcliffe, dans son ouvrage fondamental sur le sujet, dans lequel il écrit :

> [TRADUCTION] [l]e maintien de l'ordre axé sur le renseignement est un modèle d'exploitation et une philosophie de gestion où l'analyse de données et le renseignement sur le crime sont essentiels à un cadre objectif de prise de décision qui favorise la réduction, la perturbation et la prévention de la criminalité et des problèmes qui en découlent par une gestion stratégique et par des stratégies efficaces d'application de la loi qui ciblent les délinquants dangereux et prolifiques[9].

Le maintien de l'ordre axé sur le renseignement est unique en ce qu'il est [TRADUCTION] « vertical et hiérarchique, et qu'il utilise les renseignements criminels pour se concentrer sur les contrevenants[10] ». Contrairement au

---

6. McDowell, D, *Strategic Intelligence : A Handbook for Practitioners, Managers and Users* (Scarecrow Press, 2009), p. 5.
7. Pour une discussion sur les évaluations des menaces et des risques, consulter Tusikov, N et R Fahlman, « Threat and risk assessments » dans J Ratcliffe, éd, *Strategic Thinking in Criminal Intelligence*, 2e éd (The Federation Press, 2009).
8. Peterson, M, *Intelligence-Led Policing : The New Intelligence Architecture* (ministère de la Justice des États-Unis, 2005), p. 9.
9. *Ibid.*, p. 89.
10. Ratcliffe, J. *Intelligence-Led Policing* (Routledge, 2008), p. 87.

renseignement vu comme un outil ad hoc pour appuyer les enquêtes en cours, le maintien de l'ordre axé sur le renseignement voit le renseignement comme une force qui propulse les activités d'application de la loi[11].

Positionnée initialement dans le contexte du maintien de l'ordre, l'idée d'axer des activités sur le renseignement a été de plus en plus généralisée et appliquée dans d'autres cadres, comme celui des organismes de réglementation non chargés du maintien de l'ordre. En fait, au cours de la dernière décennie, il y a eu une augmentation du nombre d'organisations responsables de l'application de la loi environnementale qui affirment faire appliquer la loi par le renseignement. Par exemple, INTERPOL[12] et l'INECE[13] ont fait la promotion de l'adoption des principes d'application de la loi axée sur le renseignement pour marquer le délaissement de l'application traditionnelle de la loi par la réglementation. De plus, des organismes publics comme Environnement et Changement climatique Canada, Pêches et Océans Canada[14], le Conservation Officer Service de la Colombie-Britannique[15] et l'Environment Agency du Royaume-Uni[16] ont reconnu les avantages de l'application de la loi axée sur le renseignement et ont commencé à modifier leur structure afin d'adopter cette pratique[17].

Les difficultés terminologiques

Dans certains cas, l'idée de mettre en œuvre un modèle d'application de la loi axée sur le renseignement a mené à de la résistance de la part du personnel d'application de la loi, surtout dans des contextes qui ne concernaient pas le maintien de l'ordre, où il était relativement nouveau de recourir au renseignement. Certains peuvent percevoir le renseignement comme de la dissimulation, de la subversion et même un comportement illégal[18]. Il est souvent étroitement associé à la sécurité nationale et au contre-terrorisme, ce qui a généré de la confusion à propos de son application à la protection de l'environnement et à l'application de la réglementation.

---

11. *Ibid.*, p. 6.
12. INTERPOL (mars 2012).
13. INECE, «Track C: Proven Compliance and Enforcement Strategies», *Travaux de la conférence* (9e conférence internationale sur la conformité et l'application en environnement, Whistler, Canada, juin 2011).
14. Pêches et Océans Canada, *Rapport sur les plans et les priorités 2014-2015* (MPO, 2015).
15. Ministère de l'Environnement de la Colombie-Britannique, *Conservation Officer Service Program Plan* (2015), p. 7.
16. Environment Agency du Royaume-Uni, *Environment Agency continues its clampdown on illegal fishing* (communiqué de presse, juin 2015).
17. C'est aussi le cas pour l'Inde, la garde côtière américaine et l'Afrique de l'Ouest néerlandaise. Voir *Ibid.*
18. Ratcliffe, *supra* note 10, p. 7.

De plus, l'expression « axée sur le renseignement » peut être faussement interprétée comme un processus à sens unique où le personnel des services de renseignement dicte le travail de ceux qui font respecter la loi. On a proposé d'autres noms afin d'exprimer la relation de réciprocité entre les services de renseignement et les opérations, comme l'application de la loi « soutenue », « guidée », « déterminée » et « alimentée » par le renseignement, ou l'harmonisation des opérations et du renseignement, sans toutefois que l'une ou l'autre de ces solutions ne fasse consensus jusqu'à maintenant.

En quoi l'application de la loi axée sur le renseignement est-elle différente ?

Les modèles traditionnels d'application recourent souvent à l'analyse de renseignement. Cependant, ils se concentrent généralement sur le renseignement tactique afin de soutenir une enquête déjà en cours. Par exemple, il arrive que les agents demandent à leurs collègues des services de renseignement de les aider à établir des liens entre des suspects, des biens et des organisations criminelles en demandant un profil ciblé. En contraste, le modèle moderne d'application de la loi axée sur le renseignement emploie à la fois du renseignement tactique et opérationnel afin de découvrir les réseaux qui facilitent la criminalité, ainsi que du renseignement stratégique afin d'éclairer des décisions sur les priorités et sur la façon dont les ressources devraient être déployées. Ce modèle fait intervenir le renseignement dans chaque aspect du cycle de planification des opérations, et les planificateurs intègrent le renseignement et les ressources dans le but de cibler les formes de non-conformité les plus graves ou les plus prolifiques et celles présentant le plus grand risque pour l'environnement. L'information recueillie à la suite d'opérations sur le terrain est renvoyée au personnel des services de renseignement, bouclant ainsi la boucle de l'information tout en aidant à définir les futures priorités opérationnelles.

Ratcliffe explique ce concept (en référence au maintien de l'ordre) lorsqu'il écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] [d]ans la plus grande partie de l'histoire du maintien de l'ordre, les renseignements criminels ont servi à soutenir les enquêtes séparément les unes des autres, après la perpétration des crimes. […] L'objectif était toujours de recueillir des preuves pour soutenir une poursuite criminelle. Ce n'est pas le modèle du maintien de l'ordre axé sur le renseignement. Bien que l'objectif d'entamer une poursuite est rarement mis de côté, le maintien de l'ordre axé sur le renseignement […] utilise les renseignements criminels pour faire une planification stratégique et affecter des ressources, de façon à utiliser l'enquête pour cibler le bon contrevenant et pour prédire les sphères de criminalité émergentes[…] Ce passage du

renseignement axé sur l'enquête au maintien de l'ordre axé sur le renseignement est révolutionnaire pour les activités policières modernes[19].

Un organisme gouvernemental qui a adopté un modèle de maintien de l'ordre axé sur le renseignement devrait constater une augmentation du pourcentage d'inspections dévoilant des manquements, parce que le renseignement permet de découvrir les secteurs où les manquements sont le plus susceptibles de se produire, et la façon dont ils se produisent dans une localité donnée. Au lieu de sélectionner des cibles d'inspection en fonction d'échantillonnage aléatoire, les cibles sont choisies selon des indicateurs de non-conformité. Le but est de découvrir les manquements de façon proactive, en contraste avec la méthode qui consiste à se concentrer sur des inspections aléatoires ou les réactions aux incidents.

APPLICATION DES PRINCIPES D'APPLICATION DE LA LOI AXÉE SUR LE RENSEIGNEMENT À LA LOI ENVIRONNEMENTALE

Plaidoyer en faveur d'une application de la loi environnementale axée sur le renseignement

La législation et la réglementation environnementales s'appliquent à un éventail d'acteurs. Certains d'entre eux se comportaient de la façon désirée avant la promulgation d'instruments légaux, et d'autres se conforment rapidement après la publication des règlements. D'autres acteurs ne se conforment pas. Certains de ces acteurs non conformes ne respectent les règlements que s'ils sont conviviaux[20], alors que d'autres ont besoin d'aide pour s'y conformer, notamment de l'information ou d'un soutien technique[21]. D'autres requièrent une intervention mineure ou un encouragement pour changer leur comportement[22]. D'autres montrent de la négligence. En dernier lieu, certains sont des criminels susceptibles d'être impliqués dans d'autres types de crimes. La pertinence des renseignements criminels quant à ce dernier groupe apparaît clairement, mais l'application des techniques de renseignement criminel à tout l'éventail des contrevenants exige des explications.

Une des difficultés dans l'application des renseignements criminels à la protection de l'environnement est le fait que les juges et les fonctionnaires responsables de l'application de la loi ne conçoivent pas toujours le

19. *Ibid.*, p. 8.
20. Sunstein, C, *Simpler: The Future of Government* (Simon & Schuster, 2013).
21. Paddock, L, « Strategies and Design Principles for compliance and Enforcement », travaux de la conférence (7e conférence internationale sur la conformité et l'application en environnement, Marrakech, Maroc, avril 2005), p. 68.
22. Sunstein, C et R Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Penguin Books, 2009).

manquement environnemental, sur le plan conceptuel, comme un crime. De plus, il est possible que le public ne perçoive pas les auteurs d'infractions environnementales comme des criminels ou des adversaires[23]. Que les violations à la législation ou à la réglementation environnementales soient considérées ou non comme des crimes et leurs auteurs comme des criminels, l'analyse des renseignements criminels peut s'avérer un outil efficace pour comprendre et faire rectifier le comportement des acteurs responsables de la non-conformité environnementale.

Il n'existe pas d'intervention qui puisse faire en sorte de protéger l'environnement de manière optimale si on l'applique uniformément à l'ensemble des acteurs assujettis à la réglementation. Toutefois, au cours de la dernière décennie, les organismes d'application ont commencé à mettre l'accent sur les processus qui donnent le pouvoir à leur personnel de sélectionner un outil ou une série d'outils, allant d'une gamme d'options à des interventions sur mesure, afin de réprimer et de prévenir les dommages à l'environnement. C'est ce qu'on a appelé « l'art de la réglementation[24] » [*regulatory craftsmanship*]. Les techniques de renseignement criminel élargissent cette trousse en donnant le pouvoir aux fonctionnaires de découvrir les tendances, le *modus operandi* des auteurs d'infractions, les points d'intervention et les occasions de les perturber.

En plus de passer à un fonctionnement plus ciblé et mieux adapté aux circonstances, plusieurs organismes tentent d'adopter une approche plus stratégique et plus axée sur l'initiative pour détecter et réprimer la non-conformité. On a établi une analogie entre l'application réactive de la loi et un jeu d'arcade du genre « tape-la-taupe » [*whack-a-mole*], où les joueurs frappent sur des taupes mécaniques avec des marteaux lorsqu'elles font surface, à l'instar des fonctionnaires qui, dans des cadres d'application réactive de la loi, prennent des mesures pour traiter les incidents l'un à la suite de l'autre, au fur et à mesure. Pour concevoir des interventions ciblées et échapper à l'application réactive de la loi, une approche axée sur le renseignement pousse les fonctionnaires à prendre du recul par rapport au jeu de la taupe et à poser diverses questions stratégiques à propos des dommages – ou des taupes, si l'on poursuit l'analogie. À quel endroit la prochaine taupe fera-t-elle le plus probablement surface ? Certaines taupes sont-elles plus récurrentes ou dangereuses que d'autres ? Pourquoi tapons-nous sur des taupes ? Existe-t-il des techniques plus efficaces pour réduire le nombre de taupes ? Existe-t-il des tendances dans le comportement des taupes que nous pourrions exploiter afin de taper sur plusieurs taupes à la fois ? D'autres dommages plus urgents méritent-ils notre attention ? Sommes-nous

23. Sparrow, M, *The Regulatory Craft : Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance* (The Brookings Institution, 2000), p. 255-256.
24. *Ibid.*

l'organisme le mieux placé pour traiter ce problème ou existe-t-il un autre organisme qui aurait la capacité et le mandat de débrancher complètement le jeu ?

Cette dernière question, à savoir pourquoi est-ce nous qui tapons sur des taupes, souligne la nécessité de travailler avec d'autres organismes pour déterminer la solution idéale à un problème donné. Les crimes contre l'environnement ne correspondent pas toujours parfaitement à un cloisonnement bureaucratique ; c'est pourquoi la collaboration entre les organismes est essentielle[25]. L'application de la loi axée sur le renseignement fournit les processus et les outils nécessaires pour produire des renseignements fiables, ce qui rehausse la crédibilité d'un organisme de protection de l'environnement et sa capacité à travailler avec les autres organismes d'application de la loi[26].

En continuant cette analogie, l'analyse du renseignement se concentre sur le comportement de la taupe plutôt que sur le dommage intrinsèque qu'elles causent[27]. Là où l'analyse scientifique peut mesurer les risques pour la santé qui sont liés à un polluant, par exemple, l'analyse du renseignement permet de comprendre les acteurs responsables de la pollution. Elle peut aussi indiquer comment mieux les détecter et les stopper, et comment prévenir la pollution à l'avenir.

Il s'agit du passage du fonctionnement traditionnel à un autre pour les organismes de protection de l'environnement et d'autres organismes de réglementation. Plusieurs organismes disposent d'une sorte de processus d'établissement des priorités en fonction du risque. Cependant, la réalité quotidienne est que les fonctionnaires sont trop occupés à traiter les incidents, ce qui les empêche de prendre du recul et de consacrer du temps et des ressources pour prendre l'initiative de découvrir les tendances de non-conformité et de concevoir des interventions sur mesure. Le fait d'appliquer les techniques de renseignement criminel à l'application de la loi et des règlements, notamment en matière d'environnement, donne aux organismes une méthodologie établie pour identifier et perturber les schémas de non-conformité.

---

25. INECE, *supra* note 13, p. 2 ; Sparrow, M, *The Character of Harms : Operational Challenges in Control* (Presses de l'Université Cambridge, 2008).
26. Guidetti, R. « Collaborative intelligence production » dans J Ratcliffe, éd, *Strategic Thinking in Criminal Intelligence*, 2e éd (The Federation Press, 2009).
27. L'analyse du dommage est aussi importante, mais les renseignements criminels se concentrent plutôt sur le comportement des contrevenants.

Construire un programme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement

Pour appliquer les principes et les pratiques d'application de la loi axée sur le renseignement à l'application de la loi environnementale, il faut réorienter les activités et les unités de renseignement d'un programme de protection de l'environnement[28]. Ce faisant, il faut accorder une attention particulière aux éléments clés ci-dessous. Ils sont essentiels au bon fonctionnement et au caractère complet d'un programme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement.

1. Processus pour prendre des décisions informées et aligner le renseignement avec les opérations : en langage de renseignement criminel, on fait souvent référence à ces processus comme « l'attribution des tâches et la coordination[29] ». Ils établissent sommairement comment et quand le renseignement informera les différents niveaux de prise de décision (stratégique, opérationnel et/ou tactique), comment les employés du renseignement recevront leurs tâches (attribution des tâches) et comment l'information circulera de façon cyclique entre le personnel du renseignement et celui des opérations (coordination). Ainsi va le processus organisationnel d'information et de prise de décisions pour une organisation.

Aligner le renseignement et les opérations peut s'avérer plus compliqué dans un organisme gouvernemental de protection de l'environnement que dans un cadre traditionnel de maintien de l'ordre. Dans le contexte de la protection de l'environnement, les éléments dont il faut tenir compte sont souvent plus nombreux ; l'expertise scientifique et les priorités opposées en font partie. Il se peut que les décideurs ne comprennent pas l'apport du personnel du renseignement, qu'ils ne lui attribuent pas de valeur ou qu'ils ignorent quoi faire des produits de renseignement, surtout au cours des phases initiales de la mise en œuvre d'une application de la loi environnementale axée sur le renseignement. Un processus bien défini prévoyant l'examen des meilleurs renseignements accessibles et de la formation sur le renseignement pour les gestionnaires principaux et intermédiaires est nécessaire afin que le personnel de renseignement soit en mesure de prendre des décisions éclairées sur l'affectation des ressources d'un organisme gouvernemental.

2. Produits de renseignement adaptés aux besoins des décideurs : les produits de renseignement sont créés pour aider les décideurs à prendre des

---

28. Le mot « opérations » désigne typiquement les agents qui mènent des inspections et des enquêtes, alors que les unités de renseignement recueillent et analysent l'information visant à générer des produits de renseignement grâce auxquels les agents prennent des décisions informées.
29. Association of Chief Police Officers, *Guidance on the National Intelligence Model* (National Centre for Policing Excellence, 2005), p. 74-84.

décisions éclairées aux bons moments. Ils devraient être conçus en tenant compte des clients. Dans un organisme gouvernemental de protection de l'environnement, certains décideurs posséderont de l'expérience en application de la loi et pourraient être à l'aise avec les principes généraux du renseignement. La plupart appartiendront toutefois aux domaines de la science, de l'ingénierie et de l'économie. Le personnel du renseignement doit faire particulièrement attention pour s'exprimer d'une façon compréhensible pour les décideurs issus de divers milieux. De plus, étant donné la nature délicate du renseignement, le personnel du renseignement doit identifier ceux à qui un produit devrait être distribué, et déterminer si des avertissements devraient l'accompagner. Une pratique exemplaire pour le personnel du renseignement consiste à agir comme consultant, en recommandant aux clients les produits de renseignement qui correspondent le mieux à leurs besoins.

3. Outils et technologie pour faciliter l'analyse et le partage d'information : la gestion de l'information et les investissements en technologie de l'information sont essentiels pour tout organisme gouvernemental axé sur le renseignement. Le personnel du renseignement doit avoir accès à des données pertinentes pour générer des produits analytiques. Dans un contexte environnemental, cela pourrait inclure des registres d'import et d'export, des données de surveillance de la qualité de l'eau et de l'air, des observations d'agents sur le terrain, de l'information sur la conformité provenant d'organismes partenaires, etc. Les investissements dans la technologie sont nécessaires pour s'assurer que ces données sont facilement accessibles et qu'elles sont entreposées, évaluées et analysées de façon sécuritaire.

De plus, des ententes de partage d'information sont nécessaires pour faciliter l'échange d'information avec les organismes partenaires, et pour garantir que les fonctionnaires comprennent et respectent les lois sur la vie privée. Ces ententes officialisent aussi des partenariats stratégiques, qui peuvent avoir été entièrement basés sur des relations de travail constructives quoique non officielles entre les employés. Les relations sont ainsi institutionnalisées et se subsisteront aux changements de personnel.

4. Dotation et formation appropriées : Les ressources humaines peuvent présenter des difficultés pour un organisme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement. Par exemple, l'organisme peut avoir à déployer des efforts supplémentaires pour attirer du personnel expérimenté en renseignement dans une unité de renseignement moins traditionnelle. L'unité de renseignement de l'organisme sera probablement de plus petite taille que celle des douanes ou d'un organisme de maintien de l'ordre, ce qui peut rendre difficile de créer un parcours professionnel varié pour le personnel du renseignement. De plus, dans les organismes d'application de la loi environnementale

axée sur le renseignement, les exigences de formation du personnel sont considérables. Le personnel requiert une formation sur la législation et la réglementation environnementales en plus de la formation habituelle en renseignement. Le coût en temps et en argent de cette formation peut s'avérer élevé.

Une solution à ces difficultés consiste à établir des partenariats (ex. : permettre des affectations par rotation) avec d'autres organismes réglementaires d'application de la loi afin que le personnel du renseignement puisse avoir un parcours professionnel solide dans un groupe d'organismes similaires. De plus, les organismes peuvent se partager les coûts de formation en concevant conjointement des formations adaptées à l'application de la réglementation. De tels partenariats seraient aussi profitables pour la coopération en général entre les organismes.

5. Une structure de gouvernance efficace garantissant la responsabilisation : puisque l'application de la loi axée sur le renseignement est un modèle organisationnel et pas seulement un outil, elle requiert une structure de gouvernance complète afin que ses principes soient intégrés dans les fondations mêmes de l'organisation. Cela signifie qu'il faut disposer d'une structure organisationnelle appropriée, où les bonnes personnes relèvent des bons gestionnaires afin de faciliter l'alignement du renseignement et des opérations. Dans plusieurs cas, cela peut ressembler à une structure hiérarchique sous forme de matrice.

Un élément central d'une bonne gouvernance est la gestion du rendement afin d'évaluer si les comportements attendus ont été adoptés par le personnel, à tous les niveaux. Par exemple, des employés du renseignement pourraient être réticents à transmettre de l'information au personnel des opérations, ou même à d'autres employés du renseignement. Un tel comportement est nuisible à l'application de la loi axée sur le renseignement, car de l'information conservée uniquement dans la tête ou le calepin d'un seul agent n'est de peu, voire d'aucune utilité dans l'application efficace de la loi. Dans le même ordre d'idées, des employés des opérations pourraient hésiter à soutenir l'application de la loi axée sur le renseignement s'ils ne comprennent pas cette notion ou n'en apprécient pas la valeur. En établissant des attentes claires concernant les comportements attendus et leurs raisons, appuyées par des objectifs écrits et des évaluations de rendement périodiques, il est possible de commencer à changer les habitudes et à briser les cloisons[30].

6. Une vision commune communiquée de façon uniforme : La gestion du changement consiste quelque peu en un travail de vente. Adopter une application de la loi axée sur le renseignement exige de réaffecter des ressources et de

30. Pour obtenir des conseils et des techniques afin de modifier les habitudes d'organisations et des gens, voir Duhigg, C, *The Power of Habit* (Anchor Canada, 2014).

prendre d'autres décisions difficiles, et ces changements peuvent provoquer de la résistance. Une façon efficace de la surmonter est de faire connaître les avantages de cette nouvelle approche et de s'assurer que la haute direction envoie toujours le même message à ce sujet[31]. Il est essentiel de créer une vision commune pour l'organisme afin de démontrer les avantages de l'application de la loi axée sur le renseignement et de susciter l'engagement des employés à apporter les changements nécessaires à leur comportement pour connaître la réussite. Cette vision devrait reposer sur l'apport de tous les employés, tous niveaux confondus ; elle devrait être appuyée et menée par la haute direction, et communiquée constamment par un éventail de canaux de communication.

Mettre en œuvre un programme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement

Selon une critique répandue, certains organismes prétendent être axés sur le renseignement, mais en pratique, ils n'ont pas intégré les principes de cette approche dans leur structure opérationnelle ou dans leurs processus d'établissement des priorités. Construire un organisme d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement exige plus que d'ajouter des techniques de renseignement criminel à la trousse d'application de la loi environnementale. Il faut réorienter une organisation en changeant sa philosophie de gestion pour s'assurer que l'analyse de données et le renseignement servent à la prise de décisions à tous les niveaux et mènent à des stratégies efficaces d'application de la loi environnementale qui ciblent ceux qui pourraient causer les dommages environnementaux les plus considérables. Un changement organisationnel de cette ampleur peut prendre des années d'effort soutenu à tous les niveaux de l'organisation.

Pour mettre en œuvre un programme d'application de la loi axée sur le renseignement, il faut investir des ressources financières et humaines ou réaffecter des ressources existantes. Réaffecter des ressources peut signifier la réduction du nombre d'agents de première ligne afin de libérer des ressources qui serviront à augmenter le nombre d'employés de renseignement. Avec cette réaffectation, et étant donné qu'il peut y avoir un décalage entre la mise en œuvre et l'apparition des avantages, il pourrait s'avérer difficile de faire accepter au personnel le programme axé sur le renseignement[32]. Pour réussir à appliquer

31. Carter, D, *Law Enforcement Intelligence : A Guide for State, Local, and Tribal Law Enforcement Agencies*, 2e éd (ministère de la Justice des États-Unis, 2008), p. 124.
32. INECE, *supra* note 13 ; Peterson, M, *Intelligence-Led Policing : The New Intelligence Architecture* (ministère de la Justice des États-Unis, 2005), p. 16.

la loi d'une manière axée sur le renseignement, le changement doit être « délibéré et adapté aux besoins et aux ressources de l'organisme gouvernemental[33] ».

COOPÉRATION ET PARTAGE D'INFORMATION ENTRE LES ORGANISMES GOUVERNEMENTAUX

Il y a une dimension internationale intrinsèque au crime contre l'environnement : après tout, la pollution ou les espèces sauvages migratrices ne connaissent pas de frontière. Étant donné que les organismes d'application de la loi environnementale ne peuvent travailler que dans leur juridiction, le fait de coopérer avec leurs équivalents internationaux peut rehausser leur capacité à s'acquitter de leur mandat.

Le crime contre l'environnement inclut le trafic d'espèces sauvages protégées et de substances dangereuses contrôlées en contravention des lois nationales et des accords environnementaux multilatéraux. On y fait souvent référence avec l'expression « criminalité transnationale contre l'environnement[34] ». La demande pour les espèces sauvages emblématiques et les substances contrôlées ainsi que les pénalités relativement peu élevées en cas de violation ont fait de la criminalité transnationale contre l'environnement une activité très lucrative. On estime que les revenus liés aux crimes environnementaux à l'échelle du globe s'élèvent à des centaines de milliards de dollars[35]. Il existe des indices selon lesquels des groupes du crime organisé seraient impliqués dans la criminalité transnationale contre l'environnement[36]. La coopération entre les organismes est nécessaire pour réagir de façon cohérente et coordonnée à cet épineux problème.

Mettre en œuvre une application de la loi axée sur le renseignement peut renforcer la capacité d'un organisme gouvernemental à coopérer avec ses équivalents. La section ci-dessous décrit certains des mécanismes actuels qui facilitent la coopération entre les organismes et qui ouvrent la porte au partage d'information entre les organismes d'application de la loi environnementale[37].

---

33. Carter, *supra* note 31, p. 127.
34. Elliott, L, « Fighting Transnational crime contre l'environnement » (2012) 66:1 *Journal of International Affairs* 87, p. 89.
35. Global Initiative against Transnational Organized Crime, *The Global Response to Transnational Organized Environmental Crime* (Global Initiative against Transnational Organized Crime, 2014), p. i.
36. *Ibid.,* p. iii-iv ; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *La criminalité organisée, une menace mondiale pour la sécurité* (ONUDC, 2010), p. 149-169.
37. Pour une liste plus étendue des réseaux d'application de la loi en matière environnementale, voir INTERPOL, *Environmental Law Networks : Overview* (INTERPOL, mars 2014).

Organisations intergouvernementales régionales

La confiance y est pour beaucoup dans la volonté d'échanger. Il est souvent plus facile pour les parties d'échanger de l'information et du renseignement avec des fonctionnaires avec qui elles ont l'habitude de travailler. Les organisations régionales, qui disposent de mécanismes d'échange d'information et de renseignement, peuvent jouer un rôle important dans la résolution de problèmes qui concernent principalement des zones géographiques particulières. L'Association of Southeast Asian Nations' Wildlife Enforcement Network (réseau d'application des lois sur les espèces sauvages de l'association des nations de l'Asie du Sud-Est) et la Commission de coopération environnementale en Amérique du Nord sont des exemples d'organisations régionales qui appuient l'application de la loi axée sur le renseignement en favorisant la coopération et le partage d'information entre les organismes.

INTERPOL

INTERPOL, la plus grande organisation policière internationale au monde, aide les services de police intérieurs de 190 pays membres. Chaque pays membre héberge un Bureau central national (BCN), qui est le centre d'opérations d'INTERPOL dans chaque pays. Le système I-24/7 est un réseau mondial de police qui facilite la communication sécurisée entre les pays membres et donne aux usagers un accès aux bases de données criminelles d'INTERPOL. Le crime contre l'environnement, y compris les crimes ayant trait à la pollution, aux espèces sauvages, aux pêches et aux forêts, relève de la Sous-direction de la sécurité environnementale. INTERPOL offre divers outils pouvant faciliter la communication entre les organismes d'application de la loi environnementale et leurs équivalents dans d'autres pays.

Groupes de travail : Le comité d'INTERPOL sur la conformité et l'application des lois sur l'environnement est un forum où les hauts fonctionnaires donnent des conseils stratégiques et offrent un soutien international. Ce comité est soutenu par des groupes de travail dans trois domaines du crime contre l'environnement : les espèces sauvages, la pollution, et les pêches. Ces groupes de travail représentent un mécanisme permettant aux pays membres de travailler de concert dans des projets conjoints, de bâtir des liens de confiance et de partager le renseignement.

Notices : les notices d'INTERPOL sont des alertes assorties d'un code de couleur que le Secrétariat général d'INTERPOL distribue aux organisations policières autour du monde à la demande des bureaux centraux nationaux et d'autres entités autorisées. Les notices sont de plus en plus utilisées pour soutenir l'application de la loi environnementale. Par exemple, le Népal a utilisé

une notice rouge (pour les personnes recherchées) pour obtenir de l'information sur un suspect recherché pour braconnage de rhinocéros et pour son implication dans le trafic international de corne de rhinocéros[38]. La Norvège a quant à elle demandé une notice mauve (information à propos d'un *modus operandi*) afin d'apporter son aide dans une affaire de pêche illégale.

Eco-messages : INTERPOL a créé les Eco-messages en 1994 afin de promouvoir l'échange d'information entre les organismes d'application de la loi environnementale. L'information sur les infractions environnementales et sur le *modus operandi* est consignée dans un formulaire d'Eco-message, qui est transmis sur le réseau I-24/7 par l'intermédiaire des bureaux centraux nationaux d'INTERPOL. Contrairement aux notices, qui sont utilisées pour demander de l'information sur une affaire en cours, les Eco-messages transmettent de l'information à propos d'événements passés.

Les organismes d'application de la loi environnementale peuvent bénéficier de tous les avantages de ces instances et outils de coopération internationale en renforçant leur capacité de renseignement et en investissant dans la gestion de l'information, deux éléments clés de l'application de la loi axée sur le renseignement.

CONCLUSION

Sous le parapluie de l'application de la loi axée sur le renseignement, l'application de la loi environnementale axée sur le renseignement a commencé à émerger dans les milieux de la réglementation en tant que style particulier d'application de la loi environnementale. Ce modèle aide à prendre des décisions éclairées, soutient l'établissement des priorités et oriente l'attention des organismes vers les pires dommages et risques environnementaux. Elle est proactive, analytique, efficace et soutient les actions ciblées d'application de la loi.

En dépit de ses avantages, le modèle d'application de la loi environnementale axée sur le renseignement n'est pas facile à adopter et à mettre en œuvre intégralement. Il exige un changement dans la façon de penser, dans les pratiques organisationnelles et dans l'affectation des ressources. Il exige des fonctionnaires qu'ils repensent le rôle du renseignement en contexte d'application réglementaire. Ils doivent aussi travailler de concert à réorganiser l'interaction entre les opérations et le renseignement ainsi que la façon dont l'information et l'attribution des tâches circulent dans une organisation.

---

38. Voir, INTERPOL, « Nepal's top wildlife criminal nabbed in Malaysia », 16 février 2015, [en ligne] https://www.interpol.int/fr/News-and-Events/News/2015/Nepal-s-top-wildlife-criminal-nabbed-in-Malaysia.

Étant donné que ce modèle est d'apparition relativement récente, la recherche est encore incomplète. On connaît peu de choses à propos des tendances, des répercussions et des résultats généraux de l'application de la loi environnementale axée sur le renseignement. Il existe aussi peu de ressources disponibles pour guider les praticiens dans l'élaboration, la mise en œuvre et la surveillance d'un programme. Il sera intéressant d'observer comment les organismes de protection de l'environnement adapteront le modèle de l'application de la loi axée sur le renseignement afin de réaliser leurs mandats, et où ils mèneront ce concept dans les années à venir.

La protection juridique de l'environnement est un domaine à la fois dynamique et passionnant. À notre époque, le droit de l'environnement joue un rôle important dans l'élaboration des politiques publiques et la mise en œuvre du développement durable à travers le pays.

L'environnement au tribunal constitue une référence essentielle pour toute personne qui s'intéresse au droit de l'environnement. Il offre une introduction aux aspects juridiques de la protection de l'environnement au Canada, mais également des réflexions sur l'état des connaissances et des avancées du droit de l'environnement dans des domaines clés : les principaux concepts et les principes présents en droit de l'environnement, la législation, les décisions judiciaires de premier plan, ainsi que des aspects procéduraux et théoriques importants dans le contentieux environnemental au Canada. Des chapitres sont également consacrés à l'examen des expériences de l'Australie et des États-Unis qui font face à des défis environnementaux et juridiques similaires à ceux du Canada.

L'environnement au tribunal réunit les contributions d'universitaires et de juristes spécialisés en droit de l'environnement. Réalisé à l'intention des juristes, avocats et magistrats, mais également des non-juristes et d'un large public, d'ici et d'ailleurs, *L'environnement au tribunal* procure des références utiles sur les enjeux contemporains de la protection juridique de l'environnement et les réponses aux questions qu'ils soulèvent.

PAULE HALLEY est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval où elle enseigne le droit de l'environnement. Elle est titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement. La professeure Halley est l'auteure de nombreux articles et ouvrages consacrés au droit de l'environnement et au développement durable et est fréquemment invitée à participer à des événements sur les scènes nationale et internationale. Ses travaux et réalisations ont été honorés du Prix Michel-Jurdant en sciences de l'environnement de l'Association francophone pour le savoir (2012), du Prix scientifique de la Francophonie attribué par le Conseil scientifique de l'Agence Universitaire de la Francophonie (2005) et du prix « Meilleure monographie » de la Fondation du Barreau du Québec pour son ouvrage intitulé *Le droit pénal de l'environnement* (2003).

ALLAN E. INGELSON est directeur exécutif à l'Institut canadien du droit des ressources et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Calgary où il enseigne le droit de l'environnement et de l'énergie. Le professeur Ingelson est l'auteur de nombreux articles et ouvrages et rédacteur en chef de *Canada Energy Law Service* (3 volumes) publié par Thomson Reuters. Spécialiste reconnu en droit de l'énergie et de l'environnement, il est fréquemment invité à présenter ses travaux dans des conférences internationales (Chine, République du Congo, Pérou, Inde, Brésil, Équateur, Colombie, Norvège, Qatar et États-Unis). Allan Ingelson est membre du Barreau de l'Alberta depuis 1991, et de l'Association du Barreau canadien.

Droit

ISBN 978-2-7637-4689-0

9 782763 746890

Presses de l'Université Laval
www.pulaval.com

ÉDITÉ ET IMPRIMÉ AU QUÉBEC