

---

**Secrétariat de la Commission de coopération environnementale  
de l'Amérique du Nord**

**Notification au Conseil des motifs ayant amené le Secrétariat à considérer que la  
constitution d'un dossier factuel est justifiée, conformément au paragraphe 15(1)**

<b>Auteurs de la communication :</b>	Friends of the Earth Canada Friends of the Earth-US Earthroots Centre for Environmentally Sustainable Development Great Lakes United Pollution Probe Waterkeeper Alliance Sierra Club (États-Unis et Canada)
<b>Représentés par :</b>	Waterkeeper Alliance et Sierra Legal Defence Fund
<b>Partie :</b>	États-Unis
<b>Date de réception :</b>	20 septembre 2004
<b>Date de la notification :</b>	5 décembre 2005
<b>N° de la communication :</b>	SEM-04-005 (Centrales électriques au charbon)

---

## **I. INTRODUCTION**

En vertu de l'article 14 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (ANACDE ou l'« Accord »), les citoyens peuvent présenter des communications alléguant qu'une Partie à l'ANACDE omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement. Le Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (le « Secrétariat ») examine les communications à la lumière des critères définis au paragraphe 14(1) de l'ANACDE. Lorsqu'il juge qu'une communication satisfait aux critères établis, le Secrétariat détermine alors si elle justifie la demande d'une réponse à la Partie, conformément aux dispositions du paragraphe 14(2). Le cas échéant, le Secrétariat examine la réponse de la Partie puis, s'il estime que la constitution d'un dossier factuel est justifiée, il en informe le Conseil en indiquant ses motifs, conformément au paragraphe 15(1). Le Secrétariat rejette la communication s'il estime que la constitution d'un dossier factuel n'est pas justifiée.

Le 20 septembre 2004, les auteurs ont déposé une communication au Secrétariat conformément à l'article 14 de l'ANACDE. Ils alléguent que les États-Unis omettent

d'assurer l'application efficace des articles 303 et 402 de la *Clean Water Act* (CWA, Loi sur la qualité de l'eau) en rapport avec le mercure rejeté dans l'air et dans l'eau par des centrales électriques au charbon. Selon les auteurs, ces émissions polluent des milliers de rivières, de lacs et d'autres cours d'eau partout aux États-Unis. Le 16 décembre 2004, le Secrétariat a établi que la communication dans son ensemble ne contenait pas suffisamment d'informations pour qu'on puisse en faire un examen adéquat et que, par conséquent, elle ne satisfaisait pas aux critères énoncés à l'alinéa 14(1)c)<sup>1</sup>. Le Secrétariat a donné 30 jours aux auteurs de la communication pour qu'ils déposent une nouvelle communication, ce qui a été fait le 18 janvier 2005. Le nouveau document était accompagné d'une annexe expliquant la nature des nouvelles informations, de même que douze sous-annexes. Le 24 février 2005, le Secrétariat a déterminé que la communication révisée satisfaisait aux critères énoncés au paragraphe 14(1) et a donc demandé une réponse aux États-Unis, conformément au paragraphe 14(2).

Les États-Unis ont déposé leur réponse le 25 avril 2005, puis un complément d'information le 29 septembre 2005. Dans ces deux documents, la Partie fait valoir que la loi et les faits pertinents ne permettent pas de conclure qu'elle omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement et que la question ne peut faire l'objet d'un examen compte tenu des procédures judiciaires en instance.

Après avoir examiné la communication à la lumière de la réponse des États-Unis, le Secrétariat conclut que la réponse laisse en suspens certaines questions fondamentales soulevées par les auteurs de la communication relativement au respect, par l'EPA, des obligations qui lui incombent en vertu des articles 303 et 402 de la CWA et qu'un dossier factuel pourrait apporter des précisions à cet égard. Plus particulièrement et tel qu'indiqué ci-après, un dossier factuel permettrait d'éclaircir les allégations des auteurs selon lesquelles l'EPA 1) omet d'assurer l'application efficace de la CWA en délivrant ou en renouvelant des permis du NPDES (ou en autorisant les États à délivrer ou à renouveler de tels permis) qui autorisent les rejets ponctuels de mercure dans des cours d'eau pollués, et 2) ne tient pas compte des émissions atmosphériques de mercure lorsqu'elle applique les dispositions de la CWA qui exigent l'adoption de TMDL pour les cours d'eau contaminés par le mercure. La gravité, la persistance et la nature généralisée de la pollution des cours d'eau des États-Unis par le mercure, que reconnaissent tant les auteurs de la communication que la Partie, soulignent la décision du Secrétariat de recommander la constitution d'un dossier factuel.

## II. RÉSUMÉ DE LA COMMUNICATION

La section qui suit renferme un résumé de la communication initiale et des informations additionnelles fournies le 18 janvier 2005.

---

<sup>1</sup> Alinéa 14(1)c), lignes directrices 5.2, 5.3.

## A. La communication initiale

Les auteurs de la communication allèguent que le nombre d'avis de non-consommation de poisson<sup>2</sup> a augmenté partout aux États-Unis, passant de 899 à 2 347 depuis 1993; ils affirment en outre que, selon l'*US Environmental Protection Agency* (EPA, Agence de protection de l'environnement des États-Unis), 35 % de la superficie totale des lacs et 24 % de celle des rivières du pays sont visés par de tels avis<sup>3</sup>. Selon les auteurs de la communication, l'EPA « permet les rejets ponctuels et diffus de mercure provenant des centrales électriques au charbon qui contribuent à une dégradation continue de la qualité des plans d'eau du pays, comme en témoigne l'augmentation du nombre d'avis de non-consommation de poisson en raison de la contamination par le mercure et le retrait des droits d'utilisation (pêche) d'un grand nombre de ces plans d'eau<sup>4</sup>. Toujours selon les auteurs, on parle à la fois de rejets directs de mercure dans l'eau et d'émissions atmosphériques qui retombent au sol sous forme de précipitations et de particules sèches.

Les auteurs de la communication allèguent que ces rejets de mercure constituent une infraction aux dispositions de la CWA, adoptée pour prévenir la dégradation des cours d'eau du pays, y compris celles prévues à l'article 402 concernant le *National Pollutant Discharge Elimination System* (NPDES, Système national d'élimination des rejets de polluants) et à l'article 303 concernant les *Water Quality Standards* (WQS, Normes de qualité de l'eau). D'après les affirmations des auteurs, en vertu des dispositions de la CWA relatives au NPDES « l'administrateur de [l'EPA] doit établir et faire respecter des limites fondées sur la technologie et les normes de qualité de l'eau concernant les rejets ponctuels dans les eaux navigables du pays<sup>5</sup>. » La communication fournit également une description du système en vertu duquel on délègue aux États le pouvoir d'autoriser les émissions ponctuelles, sous la supervision de l'EPA<sup>6</sup>.

Les auteurs décrivent par la suite les normes de qualité de l'eau adoptées par les États. Ils expliquent que ce sont les États qui déterminent les utilisations, existantes et souhaitées, qu'on fait de tous les cours d'eau qui se trouvent sur leur territoire, et qu'ils sont tenus de maintenir la qualité de l'eau au niveau voulu pour préserver les utilisations existantes<sup>7</sup>. Selon les auteurs de la communication, si un cours d'eau était utilisé pour la pêche de subsistance le ou après le 28 novembre 1975, la CWA exige la mise en œuvre de mesures de contrôle des polluants de sources ponctuelles et diffuses pour que cette utilisation soit maintenue<sup>8</sup>. La communication fait état de la nécessité de définir des critères numériques et narratifs relatifs à la qualité de l'eau, pour favoriser le maintien des utilisations

---

<sup>2</sup> Les auteurs définissent ainsi un avis de non-consommation de poisson : « avertissement destiné au grand public et aux groupes vulnérables, notamment les femmes enceintes, faisant état des dangers associés à la consommation de cet aliment normalement sain. » Communication à la p. 1.

<sup>3</sup> Communication à la p. 1.

<sup>4</sup> *Id.* à la p. 12.

<sup>5</sup> *Id.* à la p. 6.

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> *Id.* aux pp. 6-7.

<sup>8</sup> *Id.* à la p. 7.

existantes des cours d'eau et permettre les utilisations désignées, selon un système de classement à trois niveaux des cours d'eau; elle décrit également les dispositions relatives à la lutte contre la dégradation, qui, selon les auteurs est « l'élément le plus important du programme étatique de normes de qualité de l'eau<sup>9</sup>. » D'après les auteurs, « l'objet de la politique de lutte contre la dégradation consiste à faire en sorte que les utilisations existantes de l'eau et le niveau de qualité de l'eau nécessaire à la poursuite de ces utilisations soient maintenus et protégés<sup>10</sup>. » Ils affirment que les dispositions relatives à la lutte contre la dégradation « exigent qu'on procède à l'entretien des sources ponctuelles et diffuses de pollution, afin de protéger les utilisations désignées et existantes de tous les cours d'eau des États-Unis<sup>11</sup>. » Les auteurs de la communication affirment que l'EPA est chargée de surveiller tous les aspects des normes de qualité de l'eau et qu'elle a le pouvoir d'approuver les normes des États ou de promulguer ses propres normes dans les cas où un État n'apporte pas les changements jugés nécessaires par l'EPA pour satisfaire aux exigences de la CWA<sup>12</sup>.

La communication décrit également les *Total Maximum Daily Loads* (TMDL, charges quotidiennes maximales totales) prévues par la CWA. Les auteurs disent que les TMDL sont essentielles à la mise en œuvre des dispositions relatives à la lutte contre la dégradation. Ils allèguent que, « dans le cas des cours d'eau dont le niveau de contamination est supérieur à ceux fixés dans les normes de qualité de l'eau, l'État doit définir des TMDL pour ramener la contamination à des niveaux acceptables... en déterminant la quantité maximale de polluants qui peuvent être rejetés dans le cours d'eau<sup>13</sup>. » Selon les auteurs, « en vertu de la CWA, les TMDL doivent prévoir (1) une charge polluante pour les sources ponctuelles (installations qui ont un permis du NPDES), (2) une charge de pollution naturelle et (3) une charge pour les sources diffuses<sup>14</sup>. » Les auteurs affirment que « les TMDL visent les cours d'eau dont le niveau de pollution dépasse les normes de qualité de l'eau, même s'il n'existe aucune source ponctuelle de pollution, c'est-à-dire que les seules sources de pollution sont diffuses, par exemple, des dépôts atmosphériques<sup>15</sup>. » Les auteurs soutiennent que l'EPA conserve un grand pouvoir de surveillance des programmes d'établissement de TMDL des États, y compris le pouvoir d'approuver les TMDL (ou les processus de planification des États prévoyant des TMDL) ou de refuser les TMDL établies et d'en définir d'autres qui sont acceptables<sup>16</sup>.

Les auteurs, qui se sont surtout intéressés à la période 1993-2003, allèguent que l'EPA a omis de manière continue d'assurer l'application efficace des dispositions prévues à l'article 402 de la CWA concernant le NPDES et à l'article 303 concernant les normes de

---

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.* aux pp. 7-8.

<sup>12</sup> *Id.* à la p. 8.

<sup>13</sup> *Id.* à la p. 9.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.*

qualité de l'eau et les TMDL. Les auteurs estiment que cette omission a été observée à trois égards. Premièrement, l'EPA délivre des permis du NPDES—ou délègue aux États le pouvoir de délivrer des permis qui répondent aux exigences fédérales—autorisant les rejets ponctuels de mercure dans l'eau, sans tenir compte de l'effet cumulatif que peuvent avoir les rejets ponctuels et diffus de mercure sur les eaux polluées<sup>17</sup>. Deuxièmement, l'EPA approuve des politiques de lutte contre la dégradation et des programmes de mise en œuvre qui sont inadéquats et omet ainsi d'assurer la préservation des cours d'eau. Troisièmement, l'EPA n'exerce pas le pouvoir en vertu duquel elle peut exiger des États qu'ils prescrivent des TMDL pour le mercure lorsque les normes de qualité de l'eau ne sont pas respectées, et qui lui permet d'établir ses propres TMDL dans les cas où les mesures prises par les États ne sont pas adéquates.

## **B. Informations additionnelles fournies à l'annexe 12**

Le 18 janvier 2005, les auteurs de la communication ont fourni des informations additionnelles, qui constituent l'annexe 12 à la communication initiale. Ces informations ont été fournies en réponse à la détermination du Secrétariat selon laquelle la communication initiale ne renfermait pas suffisamment d'information relativement à certaines allégations des auteurs. Plus précisément, le Secrétariat concluait que les renseignements fournis dans la communication initiale et dans les pièces jointes permettaient d'examiner l'allégation relative à la délivrance des permis du NPDES ou des États, mais seulement en ce qui concerne les services publics d'électricité de la Pennsylvanie, du Kentucky, de l'Illinois, de l'Ohio dont le permis a été délivré en vertu du NPDES ou par l'État (qu'on peut identifier par les données du *Toxic Release Inventory* [TRI, Inventaire des rejets toxiques] de l'EPA, fournies dans la communication)<sup>18</sup>, et les trois services publics identifiés au Michigan. Le Secrétariat a cependant déterminé que la communication initiale ne fournissait pas suffisamment d'information pour qu'on puisse examiner les allégations relatives à l'approbation des politiques de lutte contre la dégradation adoptées par les États et les processus relatifs à l'établissement et au respect des TMDL<sup>19</sup>.

La première section de l'annexe 12 contient une réponse à la détermination du Secrétariat datée le 16 décembre 2004, ainsi que douze sous-sections qui fournissent des informations supplémentaires. Les auteurs demandent également que la période visée par la communication soit prolongée jusqu'au 31 décembre 2004.

---

<sup>17</sup> *Id.* à la p. 10 (« un dossier factuel permettrait de déterminer si l'EPA autorise le rejet de mercure dans les plans d'eau visés par des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure et dans lesquels on ne peut donc plus pêcher »).

<sup>18</sup> *Voir id.* aux notes 95-98.

<sup>19</sup> Bien que les allégations des auteurs au sujet des permis délivrés en vertu du NPDES et par les États semblent viser, dans une certaine mesure, le programme d'établissement de TMDL, ces allégations n'englobaient pas tous les éléments visés par les allégations des auteurs concernant les TMDL.

Les auteurs disent que « la nature même des allégations—à savoir que le gouvernement des États-Unis omet d’assurer l’application efficace de sa législation de l’environnement relativement aux rejets de mercure provenant de certaines centrales électriques alimentées au charbon du pays, qui compte près de 1 100 services publics, rejets qui ont des incidences sur pratiquement tous les cours d’eau d’Amérique du Nord—fait qu’il est très difficile de prouver chacune des infractions alléguées à la CWA commise par chaque centrale<sup>20</sup>. » Les auteurs de la communication disent néanmoins qu’ils fournissent « des renseignements détaillés sur les centrales électriques au charbon dans dix États, qui, selon eux, illustrent que le problème est systémique et très répandu<sup>21</sup>. » Ils affirment que près de 60 % des rejets de mercure proviennent de centrales électriques au charbon établies dans ces États—Alabama, Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, Caroline du Nord, Ohio, Pennsylvanie, Texas et Virginie occidentale<sup>22</sup>. Les auteurs fournissent des données qui indiquent que les centrales électriques au charbon de ces États ont rejeté 73 624 livres (33 425 kg) de mercure et de composés du mercure dans l’air en 2001 et 72 145 livres (32 754 kg) en 2002<sup>23</sup>. Ils fournissent également des données au sujet des quantités de mercure et de composés du mercure que ces centrales ont rejetées dans l’eau en 2001 et 2002<sup>24</sup>.

Pour chacun des dix États, l’annexe 12 renferme une analyse des recours privés qui peuvent être utilisés pour régler les problèmes soulevés dans la communication; des statistiques sur les rejets directs dans l’eau provenant des centrales électriques au charbon; des graphiques qui illustrent l’existence d’un lien entre les utilisations désignées des eaux qui relèvent de la responsabilité des États et les avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure; une liste des plus grandes centrales électriques qui rejettent du mercure dans chaque État; une liste complète des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure émis dans chaque État; une liste à jour des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure visant l’ensemble du territoire de l’État; une copie des normes de qualité de l’eau de l’État, y compris la politique sur la lutte contre la dégradation et, le cas échéant, une liste des utilisations désignées de chaque cours d’eau de l’État et des mesures de protection; un examen détaillé des TMDL établies par les États, y compris les cours d’eau contaminés par le mercure, visés à l’alinéa 303(d) de la CWA et l’établissement de TMDL concernant les eaux contaminées; des reportages des médias dans lesquels on critique les mesures prises par l’EPA relativement aux rejets de mercure, en vertu de la *Clean Air Act* (CAA, Loi sur la qualité de l’air).<sup>25</sup>

Les auteurs ont également annexé deux permis délivrés en vertu de la CAA, Title V, à des centrales électriques alimentées au charbon, qui, selon eux, illustrent l’omission systémique de réglementer les émissions de ces centrales, étant donné que ces permis ne

---

<sup>20</sup> *Id.*, annexe 12 à la p. 4.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> *Id.* aux pp. 5-6.

<sup>24</sup> *Id.* aux pp. 6-7.

<sup>25</sup> *Id.* aux pp. 7-8.

restreignent nullement les rejets de mercure et qu'ils ne font pas référence aux normes de qualité de l'eau ou à la lutte contre la dégradation. Les auteurs allèguent que les permis sont inefficaces pour ce qui est d'assurer le contrôle des rejets de mercure, ce qui est corroboré par des déclarations faites par l'EPA sur son site Web, à l'effet que « l'EPA est résolue à réglementer et à réduire les rejets de mercure des centrales électriques, et ce, pour la toute première fois » et que « le 15 décembre 2003, l'EPA a signé la première proposition visant une réduction substantielle des rejets de mercure provenant des centrales électriques au charbon<sup>26</sup>. » D'après les auteurs, les agissements de l'EPA à l'égard des centrales électriques au charbon, comme en témoignent les mesures qu'elle a prises concernant le processus de réglementation des rejets de mercure en vertu de la CAA, bien qu'ils ne constituent pas une preuve de non-application de la CWA, peuvent établir un contexte factuel en ce qui a trait à l'allégation selon laquelle l'EPA omet d'assurer l'application efficace de la CWA<sup>27</sup>.

Les auteurs fournissent également de l'information au sujet des avis de non-consommation de poisson dans les dix États en question. Ils font valoir que, en juillet 2004, quatre de ces États (Ohio, Pennsylvanie, Illinois et Kentucky) avaient émis des avis visant l'ensemble des lacs et rivières sur leur territoire, deux États (Indiana et Michigan) avaient émis de tels avis concernant soit les lacs, soit les rivières et quatre (Texas, Alabama, Caroline du Nord et Virginie occidentale) n'avaient émis aucun avis visant l'ensemble du territoire, mais en avaient émis entre 1 et 17 visant certains cours d'eau<sup>28</sup>. Les auteurs de la communication disent que la Virginie occidentale a émis un avis général de non-consommation de poisson contaminé par le mercure depuis le dépôt de la communication initiale<sup>29</sup>. Ils allèguent également que le Texas, l'Alabama et la Caroline du Nord ont émis des avis pour tous les secteurs côtiers<sup>30</sup>. L'annexe 12B fournit des informations supplémentaires sur les cours d'eau visés par des avis dans chacun des États.

Pour ce qui est des allégations concernant le NPDES, les auteurs de la communication fournissent la liste de toutes les centrales qui rejettent du mercure dans l'eau, et ce, dans chacun des dix États mentionnés à l'annexe 12<sup>31</sup>. Ils disent que, dans les États qui ont émis des avis généraux de non-consommation de poisson, ils n'ont pas pu identifier le cours d'eau dans lequel le mercure était rejeté en vertu d'un permis du NPDES<sup>32</sup>.

Les auteurs étayent leurs allégations concernant les exigences en matière de lutte contre la dégradation prévues par la CWA à l'aide d'exemples de cas où les normes de qualité de l'eau n'ont pas été respectées dans les cours d'eau, toutes catégories confondues, et ce,

---

<sup>26</sup> *Id.* à la p. 8.

<sup>27</sup> *Id.* à la p. 10.

<sup>28</sup> *Id.* à la p. 9.

<sup>29</sup> *Id.* à la p. 13.

<sup>30</sup> *Id.* à la p. 9.

<sup>31</sup> *Id.* à la p. 13, annexe 12D.

<sup>32</sup> *Id.*, annexe 12 à la p. 13.

dans les dix États<sup>33</sup>. Selon les auteurs, « chaque fois qu'un cours d'eau propre à la pêche fait l'objet d'un avis de contamination par le mercure et qu'on ne peut plus y pêcher, on considère que les normes de qualité de l'eau ne sont pas respectées en ce qui concerne le polluant qui a donné lieu à l'émission de l'avis<sup>34</sup> ». En outre, les auteurs affirment que « ces dix États ne se conforment pas à leurs critères narratifs de qualité de l'eau relativement aux rejets de mercure dans les cours d'eau, ce qui constitue une grave menace à la santé humaine et entraîne une diminution continue de la qualité de l'eau<sup>35</sup>. » Les auteurs de la communication soutiennent que l'EPA approuve régulièrement des normes étatiques de qualité de l'eau, y compris les dispositions relatives à la lutte contre la dégradation et les processus de mise en œuvre, qui ne permettent pas de contrôler la pollution diffuse provenant des centrales électriques, ce qui contrevient à la loi<sup>36</sup>. En ce qui a trait aux cours d'eau de catégorie II, les auteurs soutiennent que, puisqu'ils n'ont trouvé aucune information à l'effet du contraire, ils doivent conclure que l'EPA n'a rien fait pour mettre en œuvre des pratiques de gestion exemplaires des rejets de mercure des centrales, afin de protéger ces cours d'eau<sup>37</sup>.

Pour étayer leurs allégations relatives aux TMDL, les auteurs de la communication établissent une comparaison entre les listes des eaux polluées et celles des cours d'eau visés par un avis de contamination par le mercure dans chacun des dix États en question, examinent le processus d'approbation de l'EPA et identifient les TDML en vigueur ou prévues, le cas échéant, pour les cours d'eau contaminés par le mercure<sup>38</sup>. Ils allèguent que les listes de cours d'eau contaminés dressées par les États en vertu de l'alinéa 303(d) de la CWA, bien qu'elles soient souvent incomplètes, identifient la plupart des cours d'eau visés par un avis de non-consommation de poisson, mais que « les États ou l'EPA n'assurent pratiquement aucun suivi en ce qui concerne l'établissement de TMDL<sup>39</sup>. » Les auteurs « n'ont pas trouvé d'exemple—parmi les centaines de cours d'eau contaminés par le mercure—de programme de contrôle des rejets ponctuels de mercure et, donc, aucune preuve que des poursuites ont été déposées contre des centrales électriques au charbon<sup>40</sup>. »

Les auteurs font une description détaillée des progrès réalisés relativement à l'établissement de TMDL pour les cours d'eau contaminés par le mercure dans les dix États. Ils allèguent que la Caroline du Nord est le seul de ces États à avoir défini une TMDL qui tient compte des émissions atmosphériques des centrales électriques au charbon, mais ils ajoutent que cette TMDL ne prévoit pas de charge polluante précise pour les centrales électriques<sup>41</sup>. Selon eux :

<sup>33</sup> *Id.* à la p. 14; annexe 12B; annexe 12E.

<sup>34</sup> *Id.*, annexe 12 à la p. 14.

<sup>35</sup> *Id.* à la p. 15.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.* à la p. 16.

<sup>38</sup> *Id.* à la p. 17.

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.* à la p. 18.

<sup>41</sup> *Id.* aux pp. 18, 27-31.



[s]’il existe diverses raisons expliquant pourquoi on n’établit pas de TMDL relativement aux rejets de mercure des centrales électriques—dans le cas de la Pennsylvanie, aucune explication n’est fournie et dans celui du Michigan, l’EPA a offert son aide en vue de l’élaboration des plans en 2011—la nature systémique de l’omission d’assurer l’application efficace de la législation est illustrée par l’absence quasi totale de TMDL et, surtout, l’inaction connexe de l’EPA<sup>42</sup>.

Les auteurs affirment que, en Georgie, conformément à un accord à l’amiable, on a établi une TMDL relativement aux dépôts de mercure. Cette TMDL indique que 99 % des dépôts de mercure provenaient de sources aériennes, mais, selon les auteurs de la communication, cela n’illustre nullement l’existence d’un programme de contrôle des sources diffuses des centrales électriques au charbon<sup>43</sup>. Les auteurs soutiennent que la TMDL de la Georgie illustre l’efficacité limitée des TMDL définies par un État lorsqu’il s’agit de contrôler les sources de pollution diffuses d’un autre État, par exemple les centrales électriques; ils soulignent que cela « constitue une explication plausible à l’omission de l’EPA de s’assurer que les États respectent les dispositions de la CWA<sup>44</sup>. » Selon les auteurs, le fait qu’il n’existe pas de programme national met en évidence l’inaction de l’EPA en ce qui concerne les rejets diffus de mercure provenant des centrales électriques au charbon.

En ce qui concerne les recours privés accessibles, les auteurs de la communication allèguent qu’il serait possible d’intenter plusieurs centaines de poursuites contre les organismes de délivrance de permis désignés en vertu de la CAA, Title V, pour contester la validité des permis qui ne prévoient aucune mesure de lutte contre la dégradation des cours d’eau<sup>45</sup>. Il serait également possible de poursuivre chaque gouvernement d’État pour omission d’appliquer des normes de qualité de l’eau acceptables et des dispositions prévoyant la lutte contre la dégradation<sup>46</sup>. Ils soutiennent qu’il serait très coûteux et très long d’intenter de multiples poursuites<sup>47</sup>. Ils fournissent des renseignements au sujet de poursuites, plus ou moins efficaces, intentées par des citoyens en vue d’obliger les États et l’EPA à « contrôler efficacement les sources diffuses de pollution et les dépôts atmosphériques de substances toxiques, de même qu’à faire respecter de manière plus efficace les exigences définies dans le cadre des processus d’établissement de normes de qualité de l’eau et de TMDL<sup>48</sup>. » Les auteurs soutiennent par ailleurs que le litige relatif à la TMDL auquel ils font référence « tend à renforcer l’allégation selon laquelle l’EPA omet d’assurer l’application efficace des dispositions pertinentes de la CWA<sup>49</sup>. » En conclusion, ils affirment que « toute contestation d’une TMDL en ce qui concerne le problème des rejets de mercure constituerait une lourde tâche qui ne permettrait pas

---

<sup>42</sup> *Id.* à la p. 39.

<sup>43</sup> *Id.* à la p. 18.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.* à la p. 11.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

nécessairement d'examiner le problème dans son ensemble<sup>50</sup>. » Les auteurs de la communication allèguent en outre qu'il serait également compliqué de contester des permis du NPDES. En somme, constatant que l'allégation concernant l'omission d'assurer l'application efficace de la législation est démontrée par l'ensemble des preuves concernant les omissions alléguées fondées sur le NPDES, les mesures de lutte contre la dégradation, les processus d'établissement de normes de qualité de l'eau ou de TMDL, les auteurs maintiennent qu'il serait « très difficile de tenter de régler le problème en utilisant les recours privés accessibles<sup>51</sup>. »

### III. RÉSUMÉ DE LA RÉPONSE DES ÉTATS-UNIS

Selon les États-Unis, les auteurs allèguent que les États-Unis « omettent d'assurer l'application efficace du Title V de la *Clean Air Act*... et des articles 303 et 402 de la *Clean Water Act*... relativement à des émissions de mercure dans l'air et à des rejets directs de cette substance dans l'eau provenant de centrales électriques au charbon<sup>52</sup>. » Les États-Unis reconnaissent que le mercure est un polluant très persistant et toxique qui s'accumule dans la chaîne alimentaire et que les humains sont exposés au méthylmercure principalement lorsqu'ils consomment du poisson contaminé<sup>53</sup>; les États-Unis affirment cependant qu'ils ont pris d'importantes mesures pour réduire ces risques pour la santé et qu'ils assument les responsabilités qui leur incombent en vertu de la législation nationale en matière d'application de la loi. Les États-Unis affirment également que l'augmentation du nombre d'avis de non-consommation de poisson dont les auteurs de la communication font état s'explique en grande partie par les mesures prises par l'EPA pour régler le problème de contamination des cours d'eau par le mercure et que cette augmentation n'illustre pas en soi une augmentation du niveau de contamination par le mercure ni une omission d'assurer l'application efficace des lois de l'environnement<sup>54</sup>.

En ce qui concerne la CAA et l'allégation selon laquelle les permis délivrés en vertu du Title V ne prévoient aucune restriction quant aux rejets de mercure des centrales électriques alimentées au charbon, ce qui constitue une infraction à la CWA, l'EPA affirme que, « ni la CAA ni ses règlements d'application n'exigent que les permis délivrés en vertu du Title V de la CAA renferment des conditions prévues par la CWA, comme des normes de qualité de l'eau ou des mesures de lutte contre la dégradation<sup>55</sup>. » Les États-Unis soutiennent plutôt que l'EPA a « exercé de manière raisonnable son pouvoir discrétionnaire relativement à l'application de la CAA » et que, bien que les centrales électriques au charbon constituent la plus grande source anthropique de mercure non réglementée en vertu de la CAA, l'Agence a fait des efforts considérables pour lutter

---

<sup>50</sup> *Id.* à la p. 12.

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> Réponse à la p. 1.

<sup>53</sup> *Id.* à la p. 3.

<sup>54</sup> *Id.* aux pp. 29-30.

<sup>55</sup> *Id.* à la p. 21.

contre les rejets de mercure de toutes les sources anthropiques<sup>56</sup>. » Pour étayer cette affirmation, les États-Unis font valoir que « les émissions globales de mercure dans l'air ont diminué de 45 % entre 1990 et 1999 aux États-Unis » et que la *Clean Air Interstate Rule* (CAIR, règle inter-États sur la salubrité de l'air) et la *Clean Air Mercury Rule* (CAMR, règle sur le mercure et la salubrité de l'air), édictées récemment, ont été mises en œuvre et « entraîneront une réduction de près de 70 % des rejets de mercure des centrales électriques par rapport aux niveaux de 1999<sup>57</sup>. » D'après les États-Unis, ces mesures permettront de régler les problèmes soulevés par les auteurs de la communication<sup>58</sup>.

En ce qui a trait à la CWA, les États-Unis affirment essentiellement que « les auteurs de la communication souhaitent qu'on établisse un dossier factuel pour démontrer que les États-Unis omettent d'assurer l'application de la CWA parce qu'ils n'ont pas pris des mesures qui ne sont ni exigées ni autorisées par cette loi<sup>59</sup>. » Dans leur réponse, les États-Unis examinent également chacune des trois allégations des auteurs concernant la CWA.

Selon la première de ces allégations, l'EPA ne s'acquitte pas comme il se doit des responsabilités qui lui incombent dans le cadre du programme d'établissement de TMDL, puisqu'elle ne fait rien pour obliger les centrales électriques au charbon à réduire leurs émissions atmosphériques de mercure. En réponse à cette allégation, l'EPA décrit le programme d'établissement de TMDL<sup>60</sup> et son application en vertu de l'alinéa 303(d) de la CWA. Selon l'EPA, « aux termes de l'alinéa 303(d), chaque État est tenu d'identifier les cours d'eau où les contrôles techniques ne permettent pas de respecter les normes de qualité de l'eau et d'établir des priorités d'intervention.... Les cours d'eau identifiés par les États... constituent la liste dressée en vertu de l'alinéa 303(d)<sup>61</sup>. Les États-Unis affirment que, en vertu des règlements de l'EPA, les États doivent dresser une liste en vertu de l'alinéa 303(d) et la soumettre à l'EPA, et ce, tous les deux ans; dans les cas où elle n'approuve pas la liste d'un État, l'EPA doit dresser une liste pour le compte de l'État<sup>62</sup>. Conformément au sous-sous-alinéa 303(d)(1)(C) de la CWA, les États doivent établir une TMDL pour chaque cours d'eau figurant sur la liste dressée en vertu de l'alinéa 303(d)<sup>63</sup>. Les États-Unis soutiennent que l'EPA est tenue d'établir une TMDL au nom d'un État seulement dans les cas suivants : 1) lorsqu'elle désapprouve une TMDL

---

<sup>56</sup> *Id.* à la p. 23.

<sup>57</sup> *Id.* à la p. 22; voir également *id.* aux pp. 17-20. La CAIR et la CAMR ont été édictées par l'EPA le 10 mars 2005 et le 15 mars 2005, respectivement.

<sup>58</sup> *Id.* à la p. 20.

<sup>59</sup> *Id.* à la p. 24.

<sup>60</sup> Le règlement d'application adopté par l'EPA en 1985 définit la TMDL comme « le total des charges polluantes établies pour les sources ponctuelles, des charges polluantes établies pour les sources diffuses..., plus une marge de sécurité; » c'est-à-dire que, « une TMDL correspond à la quantité maximale d'un polluant qui peut se retrouver dans un cours d'eau tout en respectant les normes de qualité de l'eau définies par l'État (capacité de saturation). » Réponse à la p. 31.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> *Id.*

qui lui est proposée par l'État; 2) lorsqu'un État omet de fournir des données concernant les TDML qui forceraient l'EPA à agir<sup>64</sup>. Par ailleurs, dans leur réponse, les États-Unis précisent que, lorsqu'un État ne fournit pas de TMDL, l'EPA a le pouvoir discrétionnaire de fixer une TMDL, même dans les cas où l'omission de l'État n'oblige pas l'EPA à agir<sup>65</sup>.

Selon l'EPA, « les TMDL définies en vertu du sous-alinéa 303(d)(1) de la Loi sont essentiellement des outils de planification, elles ne sont pas directement applicables... En soi, une TMDL n'interdit aucun comportement ou n'exige pas la prise de mesures. Chaque TDML représente plutôt un objectif qui peut être atteint en adaptant les critères de rejets de polluants de chaque permis du NPDES ou en demandant à l'État de contrôler les sources diffuses<sup>66</sup>. » Les États-Unis maintiennent par conséquent que les allégations des auteurs concernant les TDML sont erronées, puisque le programme de TDML ne constitue nullement un mécanisme de réglementation que l'EPA peut utiliser pour contrôler les sources de pollution diffuses et il ne donne aucun pouvoir de réglementation de ce type de pollution<sup>67</sup>. C'est plutôt conformément à la CWA que les centrales électriques au charbon doivent prendre des mesures de réduction de la pollution lorsqu'elles rejettent des polluants de sources diffuses dans les cours d'eau, « seulement dans la mesure où un État décide d'exiger des mesures de réduction par voie de règlement<sup>68</sup>. » Cela étant, la réponse fournit une description détaillée de la mise en œuvre du programme de TDML par l'EPA, l'Agence précisant qu'elle agit conformément à son mandat.

Dans leur réponse, les États-Unis examinent ensuite l'allégation selon laquelle l'EPA approuve des politiques de lutte contre la dégradation et des procédures de mise en œuvre inadéquates adoptées par les États. Comme pour le programme de TMDL, les États-Unis soutiennent que les auteurs de la communication ne comprennent pas la nature et la portée des dispositions de la CWA concernant la lutte contre la dégradation. Les États-Unis décrivent brièvement le programme de lutte contre la dégradation, précisant qu'il constitue un des trois éléments d'une norme de qualité de l'eau<sup>69</sup>. En vertu de la CWA, ce sont les États qui sont les principaux responsables de l'adoption de telles normes—et, par conséquent, de politiques de lutte contre la dégradation; les politiques adoptées par les

---

<sup>64</sup> *Id.* à la p. 37.

<sup>65</sup> *Id.* à la p. 38.

<sup>66</sup> *Id.* à la p. 31.

<sup>67</sup> *Id.* à la p. 24; voir également *id.* à la p. 32 (« Si une source de pollution est diffuse..., elle n'est pas assujettie à la réglementation prévue dans le cadre du programme de NPDES, [et] le fait qu'on ait défini une TMDL ne donne aucun pouvoir de réglementation additionnel »).

<sup>68</sup> *Id.* à la p. 33. C'est le cas, selon l'EPA, étant donné que, même si la CWA crée le programme de délivrance de permis du NPDES dans le but de régir les charges polluantes des sources ponctuelles, il n'existe aucun programme similaire visant les charges polluantes des sources diffuses.

<sup>69</sup> *Id.* à la p. 44. Les normes de qualité de l'eau comportent trois éléments : 1) l'utilisation désignée du cours d'eau (p. ex., pêche, loisirs, alimentation en eau); 2) des « critères » précisant les quantités de divers polluants qui peuvent être présents dans l'eau sans nuire aux utilisations désignées; 3) une politique de lutte contre la dégradation visant à protéger les utilisations existantes et à maintenir une eau de grande qualité. *Id.*

États doivent cependant aller dans le sens de la politique fédérale de lutte contre la dégradation, adoptée par l'EPA, et être au moins aussi strictes que cette politique<sup>70</sup>. Outre l'adoption de politiques de lutte contre la dégradation, les États doivent prévoir les méthodes de mise en œuvre de ces politiques<sup>71</sup>. Les États-Unis expliquent que, comme les TMDL, les normes de qualité de l'eau ne sont pas directement applicables; même si la CWA exige que les permis pour les sources diffuses (p. ex., les permis du NPDES) précisent des limites d'effluents conformément à la norme de qualité de l'eau, « ce sont les limites d'effluents figurant sur le permis, pas les normes elles-mêmes, qui doivent être respectées en vertu de la CWA<sup>72</sup>. » Par ailleurs, les États-Unis soutiennent que l'EPA n'a pas le pouvoir d'obliger les États à adopter des mesures de lutte contre la dégradation pour régir ou contrôler les sources diffuses de pollution :

[L]a mesure dans laquelle la politique de lutte contre la dégradation adoptée par un État s'applique aux sources diffuses dépend de la mesure dans laquelle la législation de l'État vise ces sources et la mesure dans laquelle l'État applique sa politique de lutte contre la dégradation aux sources diffuses qui ne sont pas réglementées. La réglementation de l'EPA n'oblige pas les États à définir des mesures de contrôle des sources diffuses dans le cadre de leurs politiques de lutte contre la dégradation. L'allégation selon laquelle l'EPA a approuvé des politiques de lutte contre la dégradation et des procédures de mise en œuvre inadéquates adoptées par les États n'est pas fondée... parce que ces politiques et procédures ne visent pas les sources de pollution diffuses, y compris les émissions des centrales électriques au charbon<sup>73</sup>.

La réponse fait ensuite une analyse de la troisième allégation des auteurs, à savoir que l'EPA délivre des permis du NPDES qui autorisent les rejets de mercure dans des eaux polluées et/ou autorise les États à délivrer de tels permis. Les États-Unis expliquent que le permis du NPDES constitue le « principal moyen » d'assurer l'application de la WQS, parce que ce permis « établit des limites précises que doivent respecter chaque pollueur, limites fondées sur les exigences générales et les critères de la WQS<sup>74</sup>. » Ils précisent que les permis du NPDES comportent deux volets : (1) des contrôles techniques qui montrent qu'un équipement particulier permet de réduire la pollution; (2) s'il y a lieu, l'établissement de limites plus strictes illustrant le niveau de contrôle nécessaire pour s'assurer que le milieu récepteur respecte la WQS applicable<sup>75</sup>. Les États-Unis affirment qu'« il est interdit à quiconque de rejeter des polluants dans un cours d'eau des États-Unis, y compris du mercure, à partir d'une source ponctuelle, sauf si un permis a été

---

<sup>70</sup> *Id.* à la p. 45. La politique fédérale de lutte contre la dégradation est intégrée à 40 C.F.R. Part 131.12. L'EPA doit réviser les normes de qualité de l'eau des États pour s'assurer qu'elles respectent la norme fédérale.

<sup>71</sup> *Id.* à la p. 45 (où on précise que les méthodes en question sont souvent appelées des « procédures de mise en œuvre »).

<sup>72</sup> *Id.* à la p. 47 (où on cite *American Wildlands v. Browner*, 94 F. Supp.2d 1150, 1161 (D. Colo., 2000)).

<sup>73</sup> *Id.* à la p. 49; voir également *id.* à la p. 28 (où il est précisé que « [b]ien que les sources diffuses soient responsables d'une grande partie de la pollution de l'eau, le Congrès a décidé de ne pas inclure dans la CWA des dispositions conférant à l'EPA le pouvoir de réglementer ces sources » et établi que « les mesures de contrôle des sources diffuses ne peuvent être exécutables qu'en vertu d'une loi étatique »).

<sup>74</sup> *Id.* à la p. 52.

<sup>75</sup> *Id.* aux pp. 52-53.

délivré en vertu du NPDES ou de la CWA<sup>76</sup>. » Les États-Unis soutiennent cependant que les auteurs de la communication ne comprennent pas bien le règlement visant le NPDES, c'est-à-dire le fait que ce règlement ne prévoit pas l'établissement d'une « interdiction absolue » de délivrer de nouveaux permis à des sources ponctuelles qui rejettent des polluants dans des cours d'eau pollués; des permis peuvent être délivrés à de nouveaux pollueurs « si les rejets n'entraînent pas le non-respect des normes de qualité de l'eau » et aux pollueurs existants, pour autant que le « niveau de qualité de l'eau visé est établi à partir de toutes les normes de qualité de l'eau applicables et respecte ces normes<sup>77</sup>. » La réponse fournit des exemples d'élaboration de permis du NPDES pour faire en sorte qu'un rejet donné soit conforme aux exigences susmentionnées<sup>78</sup>. En somme, les États-Unis affirment que, parce qu'on « peut autoriser [une source ponctuelle]... à rejeter des polluants en vertu du programme de NPDES établi conformément à la [CWA]<sup>79</sup> », l'allégation selon laquelle tout rejet ponctuel dans des eaux polluées constitue en soi une omission d'assurer l'application efficace de la CWA n'est pas fondée.

La réponse décrit également les efforts faits par l'EPA pour améliorer le processus d'autorisation des rejets de mercure dans les cours d'eau et la surveillance de ces rejets. Les États-Unis mentionnent que les données du TRI que les auteurs de la communication ont fourni dans les informations supplémentaires doivent être prises en compte par les responsables de la préparation et de la révision des permis du NPDES. La réponse précise en outre qu'un processus d'analyse établi en 1999 en vue d'améliorer la détection de mercure dissout dans l'eau et le poisson n'a pas été utilisé de manière uniforme, notamment dans les dix États mentionnés par les auteurs de la communication, jusqu'à l'adoption d'une version révisée du processus en 2002. Les États-Unis affirment que, compte tenu de la nouvelle méthode d'analyse et d'autres mesures prévues, la situation actuelle concernant les rejets de mercure provenant des centrales électriques au charbon est très complexe sur le plan juridique, mais elle est « appelée à évoluer et à s'améliorer<sup>80</sup>. » Les États-Unis ajoutent qu'ils sont résolus à examiner attentivement le renouvellement de la quarantaine de permis de centrales électriques au charbon qui ont déclaré d'importants rejets de mercure dans l'eau et dont il est question dans la communication<sup>81</sup>.

La réponse décrit également les mesures prises par les États-Unis au niveau international en ce qui a trait aux utilisations et aux rejets de mercure, ainsi qu'à l'exposition à cette substance<sup>82</sup>. Ces mesures comprennent l'élaboration, en collaboration avec le Canada, d'un plan d'action régional nord-américain relatif au mercure, dans le cadre du

---

<sup>76</sup> *Id.* à la p. 54.

<sup>77</sup> *Id.* à la p. 56.

<sup>78</sup> *Voir id.* aux pp. 56-58.

<sup>79</sup> *Id.* à la p. 24.

<sup>80</sup> *Id.* aux pp. 5-6.

<sup>81</sup> *Id.* aux pp. 9, 56, 67.

<sup>82</sup> *Id.* aux pp. 63-65.

programme d'activités de coopération de la CCE, de même que diverses activités internationales concernant le mercure.

Enfin, les États-Unis soulèvent plusieurs problèmes de procédure. Premièrement, ils soutiennent que les allégations des auteurs de la communication font l'objet de procédures judiciaires et administratives en instance relativement à la CAA et à la CWA<sup>83</sup>. Les États-Unis font donc valoir que, conformément à l'alinéa 14(3)a) de l'ANACDE, le Secrétariat devrait mettre fin à son examen de la communication<sup>84</sup>. Les États-Unis affirment en outre que la législation nationale prévoit de nombreux recours privés pour régler les problèmes soulevés par les auteurs, mais ces derniers n'ont pas utilisé ces recours<sup>85</sup>. À l'appui de ces allégations, les États-Unis ont déposé un document renfermant des informations supplémentaires au Secrétariat le 29 septembre 2005. Dans ce document, ils allèguent que des demandes d'examen judiciaire de la CAIR et de la CAMR, deux règles visant les centrales électriques qui ont été adoptées récemment en vertu de la CAA, ont été déposées devant des tribunaux des États-Unis, et que, par conséquent, le Secrétariat devrait mettre fin à l'examen de la communication<sup>86</sup>. Deuxièmement, les États-Unis soutiennent que « l'avis présumé des auteurs de la communication ne devrait pas être considéré comme un avis en bonne et due forme des allégations complexes et de documents justificatifs volumineux dont il est question dans la communication<sup>87</sup>. »

#### IV. ANALYSE

Après avoir examiné la communication à la lumière de la réponse des États-Unis, le Secrétariat estime que la constitution d'un dossier factuel est justifiée, tel que recommandé dans la présente notification. Le Secrétariat expose ci-après les motifs de sa décision.

##### A. Questions de procédure

Les États-Unis soulèvent trois questions de procédure préjudicielles. Premièrement, ils soutiennent que le Secrétariat ne peut pas examiner le dossier plus avant parce que les questions soulevées dans la communication font l'objet de procédures judiciaires ou administratives en instance. Deuxièmement, ils affirment qu'il existe des recours privés en rapport avec les questions soulevées par les auteurs de la communication, que ces recours n'ont pas encore été utilisés et que, par conséquent, la constitution d'un dossier factuel n'est pas justifiée. Troisièmement, ils soutiennent que les auteurs de la communication n'ont pas fourni un avis adéquat aux États-Unis pour les informer de leurs préoccupations avant de déposer leur communication.

---

<sup>83</sup> Voir *id.* aux pp. 69-73.

<sup>84</sup> *Id.* à la p. 69.

<sup>85</sup> *Id.* aux pp. 73-75.

<sup>86</sup> Réponse supplémentaire à la p. 2.

<sup>87</sup> Réponse à la p. 73.

## 1. Procédures judiciaires et administratives en instance

Aux termes de l'alinéa 14(3)*a*), la Partie qui répond à une communication doit indiquer au Secrétariat « si la question fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative en instance, auquel cas le Secrétariat n'ira pas plus avant ». Conformément à cette disposition, les États-Unis affirment que le Secrétariat ne peut pas examiner la communication plus avant<sup>88</sup>. Les États-Unis allèguent par ailleurs que, même si l'alinéa 14(3)*a*) ne s'appliquait pas, le Secrétariat devrait mettre fin à son examen pour éviter tout dédoublement des efforts ou toute entrave aux autres procédures.

Aux termes du paragraphe 45(3), une « procédure judiciaire ou administrative » désigne

- a) toute mesure nationale d'ordre judiciaire, quasi-judiciaire ou administratif prise par une Partie en temps opportun et en conformité avec sa législation intérieure. De telles mesures comprennent : la médiation ou l'arbitrage, le processus de délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation; le processus d'obtention d'une assurance d'observation volontaire ou d'un accord d'observation; le recours à une instance administrative ou judiciaire pour obtenir des sanctions ou des réparations; et le processus de délivrance d'une ordonnance administrative; et
- b) une procédure internationale de règlement des différends qui lie la Partie.

Le Secrétariat a déjà dit que la question préjudicielle de savoir si une procédure administrative ou judiciaire est en instance doit être interprétée de manière stricte pour respecter pleinement le but et l'objet de l'ANACDE, plus particulièrement le paragraphe 14(3). Seules les procédures clairement définies à l'alinéa 45(3)*a*), mises en oeuvre par une Partie<sup>89</sup> en temps opportun en conformité avec sa législation intérieure, et concernant le même sujet que les allégations présentées dans la communication, devraient faire en sorte que le Secrétariat n'aille pas plus avant en vertu du paragraphe 14(3)<sup>90</sup>. Le Secrétariat a souligné que les questions relevant de l'alinéa 45(3)*a*) sont exclues pour éviter tout dédoublement des efforts et ne pas entraver la poursuite en instance<sup>91</sup>. Le Secrétariat a par ailleurs indiqué que ces considérations peuvent être pertinentes même si les procédures en instance qui se rapportent à la même question que les allégations soulevées dans une communication ne sont pas visées par l'alinéa 45(3)*a*), de telle sorte que l'alinéa 14(3)*a*) ne s'applique pas<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> *Id.* à la p. 67.

<sup>89</sup> Les États-Unis mentionnent que le Secrétariat n'a pas appliqué l'alinéa 14(3)*a*) dans le cas des procédures judiciaires ou administratives intentées contre une partie, par opposition à celles intentées par une Partie. *Id.* aux pp. 67-68.

<sup>90</sup> SEM 00-004 (BC Logging), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (27 juillet 2001); SEM-98-004 (BC Mining), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (11 mai 2001); SEM-97-001 (BC Hydro), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (28 avril 1998).

<sup>91</sup> SEM-97-001 (BC Hydro), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (28 avril 1998).

<sup>92</sup> *Id.*



La première procédure à laquelle les États-Unis font référence se rapporte à la CAA. Selon la Partie, plusieurs États, organisations environnementales et groupes industriels ont déposé des requêtes concernant l'examen de trois règles définies en vertu de la CAA et visant les centrales électriques, règles qui ont été publiées dans le registre fédéral, les plus importantes étant la CAIR et la CAMR<sup>93</sup>. Dans la mesure où les auteurs de la communication affirment que les États-Unis omettent de contrôler directement les émissions diffuses de mercure dans l'air à partir de centrales électriques au charbon, comme le prévoit la CWA, ces procédures relatives à la CAA sont pertinentes. C'est la CAA, et non la CWA, qui prévoit les mesures les plus claires pour réglementer les émissions des centrales électriques; comme les États-Unis l'indiquent dans leur réponse, les pouvoirs de l'EPA à cet égard sont beaucoup moins clairs dans le contexte de la CWA. Bien que les États-Unis n'aient pas utilisé ces procédures judiciaires et que, par conséquent, l'alinéa 14(3)a) ne s'applique pas, le Secrétariat conclut que la constitution d'un dossier factuel relativement aux allégations des auteurs selon lesquelles les États-Unis omettent d'appliquer la CWA pour contrôler directement ou limiter les émissions atmosphériques des centrales électriques pourrait constituer un doublement d'efforts ou faire entrave aux procédures en instance. Le Secrétariat met donc fin à son examen de cet aspect de la communication.

Cette décision n'a toutefois aucune incidence sur les autres allégations selon lesquelles les États-Unis omettent 1) de s'assurer que les permis du NPDES délivrés aux centrales électriques sont conformes aux critères de qualité de l'eau pour ce qui est des rejets de mercure dans les milieux récepteurs, et 2) de tenir compte des émissions atmosphériques (à défaut de les contrôler ou de les réglementer) des centrales électriques au charbon, tant par l'adoption de TMDL qu'en prenant en considération les sources diffuses lorsqu'ils délivrent ou examinent des permis du NPDES<sup>94</sup>. Les États-Unis n'ont fait état d'aucune procédure en instance qui empêcherait de poursuivre l'examen de la première de ces allégations, mais ils font valoir que des procédures prévues par la CWA sont en instance et que d'autres sont prévues, ce qui empêche la poursuite de l'examen de la seconde allégation. Plus précisément, les États-Unis affirment que « des citoyens ont pris des mesures judiciaires en vertu de la CWA... pour exiger que l'EPA établisse des TMDL dans 39 États, et ce, avant une date donnée. L'EPA est donc tenue, en vertu d'ordonnances du tribunal ou de jugements d'accord... de définir des TMDL dans 22

---

<sup>93</sup> Réponse à la p. 70; voir également la réponse supplémentaire à la p. 2.

<sup>94</sup> Selon le Secrétariat, cette distinction explique pourquoi les auteurs de la communication ont annexé les deux permis délivrés en vertu de la CAA, Title V. Ces permis, qui ne prévoient aucune mesure de contrôle des émissions atmosphériques de mercure, sont fournis à l'appui de l'affirmation faite par les auteurs de la communication selon laquelle l'EPA omet d'assurer l'application efficace des dispositions de la CWA aux termes desquelles il faut tenir compte des sources de pollution diffuses (pour démontrer que l'EPA ne respecte pas les dispositions de la CWA, par opposition à celle de la CAA). Voir également la communication à la p. 17 (où on peut lire que l'EPA prend des mesures relativement au projet de règlement sur le mercure mais que ce règlement vise des intérêts privés... dans le cadre de la *Clean Air Act* et qu'il n'est pas directement visé par la communication).

États<sup>95</sup>. » Quatre des dix États (l'Alabama, l'Ohio, la Pennsylvanie et la Virginie occidentale) mentionnés dans la communication sont visés par des jugements d'accord. Les États-Unis ne précisent cependant pas si ces poursuites civiles ou ces jugements d'accord se rapportent à l'établissement de TMDL pour les plans d'eau qui sont mentionnés par les auteurs de la communication. Par exemple, le jugement d'accord de la Virginie occidentale auquel les États-Unis font référence a été conclu en juillet 1997 et ne semble viser que les segments des cours d'eau pollués qui avaient été identifiés à cette époque; le Secrétariat ne dispose d'aucune information indiquant que des segments de cours d'eau pollués par le mercure étaient visés par la poursuite ou le jugement d'accord<sup>96</sup>.

Le Secrétariat ne peut pas affirmer catégoriquement qu'un dossier factuel risquerait de constituer un dédoublement d'efforts ou d'entraver les procédures en instance dans ces quatre États; dans les six autres États, aucune procédure n'a été intentée relativement aux TMDL. Le Secrétariat conclut que les procédures en instance n'empêchent pas la poursuite de l'examen des allégations faites par les auteurs relativement aux TMDL 1) dans les États où les procédures judiciaires en instance ne se rapportent pas à l'allégation voulant que ces TMDL ne tiennent pas compte des émissions diffuses atmosphériques de mercure à partir de centrales électriques au charbon, et 2) dans les États où il n'y a aucune procédure administrative ou judiciaire en instance relativement à la pertinence des TMDL définies par l'État ou à l'omission alléguée des États-Unis d'adopter des TMDL pour l'État<sup>97</sup>.

## 2. Accessibilité de recours privés

Conformément à l'alinéa 14(3)b), une Partie peut informer le Secrétariat que des recours privés sont offerts aux auteurs d'une communication et indiquer si ces recours ont été utilisés ou non. Dans sa réponse, la Partie affirme que le Secrétariat ne devrait pas recommander la constitution d'un dossier factuel étant donné que des recours privés sont prévus par la CAA et la CWA et que les auteurs de la communication ne les ont pas utilisés.

À la lumière de la décision du Secrétariat, à savoir que les procédures en instance relativement au contrôle et à la réglementation des émissions de mercure, entreprises en vertu de la CAA, empêchent la poursuite de l'examen de certains aspects de la communication, il n'y a pas lieu d'analyser plus avant l'accessibilité de recours privés en vertu de la CAA.

---

<sup>95</sup> Réponse à la p. 67.

<sup>96</sup> Voir US EPA, The Mid-Atlantic States: Total Maximum Daily Loads, Lawsuits, à l'adresse <http://www.epa.gov/reg3wapd/tmdl/law.htm>.

<sup>97</sup> Dans leur réponse, les États-Unis n'indiquent pas si des procédures judiciaires ou administratives sont en instance relativement aux TMDL en Illinois, en Indiana, au Kentucky, au Michigan, en Caroline du Nord ou au Texas.

En ce qui a trait à la CWA, les États-Unis affirment que de nombreux recours privés sont offerts aux auteurs de la communication<sup>98</sup>. Par exemple, diverses mesures prévoient un examen administratif ou judiciaire des mesures administratives; par ailleurs, l'alinéa 505(a)(2) de la CWA prévoit également la possibilité d'intenter des poursuites civiles. Bien que ces recours administratifs et judiciaires soient offerts aux auteurs de la communication, ces derniers soutiennent qu'il « n'est ni pratique ni réaliste pour des particuliers et des organisations non gouvernementales dont les ressources sont limitées d'utiliser un recours privé pour chercher à obtenir réparation à la suite d'un problème transnational d'une telle portée et d'une telle complexité<sup>99</sup>. » Par ailleurs, les auteurs de la communication tentent d'inclure la question de l'application de la législation de l'environnement relativement aux effets cumulatifs et généralisés de la pollution provenant des centrales électriques au charbon sur l'environnement et la santé humaine, pour que leur communication soit conforme au processus de communications des citoyens<sup>100</sup>. Le Secrétariat conclut donc que l'existence de recours privés n'empêche pas de poursuivre l'examen de la communication ou de recommander la constitution d'un dossier factuel.

### 3. Pertinence de l'avis donné aux États-Unis

Les États-Unis affirment que « l'avis envoyé par les auteurs de la communication ne devrait pas être considéré comme un avis approprié concernant les allégations complexes faites dans la communication et les pièces justificatives volumineuses<sup>101</sup>. » Bien que les documents mentionnés dans la communication ont une vaste portée<sup>102</sup>, ils se rapportent à toutes les allégations faites par les auteurs de la communication. Par ailleurs, les auteurs ont dit qu'ils n'avaient reçu aucune réponse avant le dépôt de la communication, ce que les États-Unis n'ont pas réfuté. Le Secrétariat note également que les auteurs de la communication « n'allèguent pas seulement une omission d'agir sur la base du NPDES, des politiques de lutte contre la dégradation, des WQS ou des TMDL », mais plutôt « une omission systémique et généralisée démontrée par l'ensemble de la preuve fournie<sup>103</sup>. » Les nombreux exemples de litiges cités dans la communication et dans la réponse illustrent l'intérêt public porté aux questions complexes soulevées par les auteurs de la communication<sup>104</sup>. Compte tenu de ces considérations, le Secrétariat estime que l'avis donné aux États-Unis ne constitue pas un motif suffisant pour recommander de ne pas préparer un dossier factuel.

---

<sup>98</sup> Réponse à la p. 70. Les États-Unis en donnent six exemples.

<sup>99</sup> Communication aux pp. 16-17.

<sup>100</sup> Voir SEM-99-002 (Oiseaux migrateurs), Notification conformément au paragraphe 15(1) (15 décembre 2000) (« [...] plus la portée de l'omission alléguée est vaste, plus l'allégation risque de justifier la constitution d'un dossier factuel, toutes choses étant égales par ailleurs. »)

<sup>101</sup> Réponse à la p. 73. Le Secrétariat note que l'alinéa 14(1)e) est rédigé à la voix passive et ne précise pas que la communication écrite soumise aux autorités compétentes doit provenir de l'auteur d'une communication.

<sup>102</sup> Voir la communication à la p. 13, annexes 6 et 7.

<sup>103</sup> Communication, annexe 12 à la p. 12.

<sup>104</sup> Voir, p. ex., communication, annexe 12A.

## **B. La constitution d'un dossier factuel est justifiée**

Après avoir examiné la communication à la lumière de la réponse des États-Unis, le Secrétariat conclut que la réponse laisse en suspens des questions fondamentales soulevées par les auteurs de la communication relativement au respect, par l'EPA, des obligations qui lui incombent en vertu des articles 303 et 402 de la CWA et qu'un dossier factuel pourrait apporter des précisions à cet égard. Plus particulièrement et tel qu'indiqué ci-après, un dossier factuel permettrait d'éclaircir les allégations des auteurs selon lesquelles l'EPA 1) omet d'assurer l'application efficace de la CWA en délivrant ou en renouvelant des permis du NPDES (ou en autorisant les États à délivrer ou à renouveler de tels permis) qui autorisent les rejets ponctuels de mercure dans des cours d'eau pollués, et 2) ne tient pas compte des émissions atmosphériques de mercure lorsqu'elle applique les dispositions de la CWA qui exigent l'adoption de TMDL pour les cours d'eau pollués par le mercure. La présente notification accorde une importance primordiale aux nombreux renseignements fournis tant dans la communication que dans la réponse au sujet de la gravité et l'étendue du problème de pollution par le mercure des cours d'eau des États-Unis et au sujet des risques élevés pour la santé humaine. Le Secrétariat expose ses motifs ci-après.

### **1. La constitution d'un dossier factuel relativement aux allégations concernant les permis du NPDES est justifiée**

Les auteurs affirment que le fait que l'EPA délivre ou renouvelle des permis du NPDES, ou qu'elle autorise les États à délivrer ou renouveler de tels permis, qui autorisent les rejets ponctuels de mercure des centrales électriques au charbon dans des cours d'eau qui ne respectent pas les WQS relatives au mercure (c.-à-d. les cours d'eau pollués par le mercure), constitue une omission d'assurer l'application efficace de CWA. Les allégations des auteurs portent principalement sur 36 centrales alimentées au charbon situées dans les dix États mentionnés qui rejettent du mercure directement dans l'eau<sup>105</sup>. Ils fournissent des données extraites du TRI sur le total des rejets ponctuels de mercure provenant des centrales électriques au charbon en 2001 et 2002 dans les dix États, de même que des données sur chaque centrale pour 2002<sup>106</sup>. Ils fournissent également des informations qui montrent que huit de ces dix États ont émis des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure visant soit les lacs soit les rivières de l'État, ou encore tous les cours d'eau, et que les deux autres États ont émis de tels avis relativement à des cours d'eau donnés<sup>107</sup>. Les auteurs de la communication fournissent

<sup>105</sup> Communication, annexe 12D (23 de ces 36 centrales ont rejeté moins de 1 kg, 11 ont rejeté entre 1 et 5 kg et 2 ont rejeté plus de 25 kg).

<sup>106</sup> Communication, annexe 12 aux pp. 3-4 et annexe 12D. Ces renseignements indiquent que les centrales électriques ont rejeté un total de 106 kg de mercure dans les cours d'eau de ces États en 2001 et 92 kg en 2002.

<sup>107</sup> Selon les auteurs de la communication, l'Ohio, la Pennsylvanie, l'Illinois et le Kentucky ont émis des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure visant tous les lacs et rivières, le Michigan a émis un avis visant tous les lacs de l'État, l'Indiana a émis un avis visant toutes les rivières de l'État et la

donc des informations indiquant que la majorité, voire la totalité des centrales électriques qu'ils ont identifiées rejettent du mercure dans des cours d'eau visés par des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure. Même s'ils n'ont pas nommé les cours d'eau dans lesquels chaque centrale déversait ses rejets<sup>108</sup>, les auteurs ont identifié les cours d'eau récepteurs du Michigan visés par un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure et dans lesquels trois centrales ont rejeté du mercure en 2002. Les auteurs affirment que, dans les cours d'eau visés par des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure, le niveau de mercure dépasse les niveaux établis dans les WQS et ils fournissent des preuves de l'existence d'un lien étroit entre les avis de non-consommation et le non-respect des normes relatives au mercure.

Ces informations soulèvent des questions fondamentales sur l'efficacité des mesures prises par les États-Unis pour s'assurer que les permis des centrales visées par la communication ne favorisent pas la contamination par le mercure des milieux récepteurs, compte tenu des autres sources de mercure. Comme l'illustre le passage ci-après, la réponse des États-Unis laisse en suspens ces questions fondamentales.

Dans *Arkansas v. Oklahoma*<sup>109</sup>, la Cour suprême des États-Unis résume comme suit le programme de délivrance de permis du NPDES :

La Loi [sur la qualité de l'eau] prévoit deux ensembles de mesures visant la qualité de l'eau. Les « limites d'effluents », qui sont établies par l'EPA, restreignent les quantités, les débits et les concentrations de substances données qui sont rejetées à partir de sources ponctuelles. Les « normes de qualité de l'eau » sont habituellement promulguées par les États et elles établissent la condition souhaitée d'un cours d'eau. Ces normes, appliquées parallèlement aux limites d'effluents, permettent de mieux contrôler de nombreuses sources ponctuelles, même si chaque installation respecte les limites d'effluents, de manière à éviter que la qualité de l'eau soit inférieure aux niveaux acceptables.

\*\*\*\*\*

Le NPDES constitue le principal outil utilisé pour faire respecter les limites et les normes... L'alinéa 301(a) de la [CWA]... interdit, de manière générale, les rejets d'effluents dans les eaux navigables, sauf dans les cas où un permis du NPDES a été délivré à la source ponctuelle. L'article 402 définit le régime de délivrance des permis du NPDES et décrit deux systèmes de délivrance de permis : les programmes étatiques, qui doivent satisfaire aux exigences fédérales et être approuvés par l'EPA, et un programme fédéral administré par l'EPA<sup>110</sup>.

---

Virginie occidentale a émis un avis visant tous les cours d'eau sur son territoire. Tous les autres États visés ont émis des avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure visant certains cours d'eau. Voir la communication, annexe 12, tableau 3.

<sup>108</sup> Les auteurs de la communication disent qu'ils ont eu de la difficulté à obtenir les permis du NPDES des centrales électriques qu'ils ont identifiées. Communication, annexe 12 à la p. 10.

<sup>109</sup> 503 U.S. 91 (1992).

<sup>110</sup> *Id.* aux pp. 101-102 (les citations internes sont omises).

En vertu de la réglementation de l'EPA relative au NPDES, il faut établir des limites d'effluents fondées sur la qualité de l'eau<sup>111</sup> relativement à « tout polluant qui est ou peut être rejeté en quantité suffisante pour causer, ou être susceptible de causer le non-respect des normes de qualité de l'eau applicables dans l'État, ou contribuer au non-respect de ces normes<sup>112</sup>. » Selon les États-Unis, « lorsqu'il détermine la nécessité d'établir une limite d'effluents concernant le mercure rejeté par une source ponctuelle donnée, le responsable de l'élaboration du permis doit tenir compte des autres mesures de contrôle visant d'autres sources ponctuelles et diffuses qui rejettent du mercure dans le plan d'eau en question<sup>113</sup>. Lorsque la concentration de mercure dans un plan d'eau dépasse ou est susceptible de dépasser les normes de qualité de l'eau, il faut réviser les permis du NPDES et les modifier, s'il y a lieu<sup>114</sup>.

Les États-Unis affirment que l'émission d'un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure ne signifie pas nécessairement qu'un cours d'eau ne satisfait pas aux WQS, mais ils reconnaissent que, « sur une base individuelle, les cours d'eau visés par un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure pourraient ne pas satisfaire les critères relatifs à leur utilisation désignée<sup>115</sup>. » Par conséquent, comme le font remarquer les États-Unis, « les États et l'EPA ont désigné de nombreux plans d'eau visés par un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure qui ne respectent pas non plus les normes de qualité de l'eau relativement à la

---

<sup>111</sup> Selon les États-Unis, il n'existe aucune limite d'effluents fondée sur la technologie concernant le mercure. Voir la réponse à la p. 55 (où il est indiqué que l'EPA a envisagé l'établissement de telles limites en 1982 lorsqu'elle a promulgué les *Effluent Limitations Guidelines for the Steam Electric Power Generating Point Source Category*, mais elle ne l'a pas fait).

<sup>112</sup> Réponse à la p. 59 (où on cite 40 C.F.R. § 122.44(d)(1)(i)).

<sup>113</sup> Réponse à la p. 59. Voir aussi 40 C.F.R., sous-sous-alinéa 122.44(d)(1)(ii) (« Lorsqu'on détermine si un rejet cause ou pourrait raisonnablement causer le dépassement ou contribue au dépassement... du seuil établi dans la norme de qualité de l'eau de l'État, l'organisme de délivrance des permis applique des procédures qui tiennent compte des mesures de contrôle visant les sources de pollution ponctuelles et diffuses... »).

<sup>114</sup> Voir 40 C.F.R., sous-alinéa 122.44(d)(1). La modification des modalités des permis du NPDES est régie par 40 C.F.R., article 124.5 et 40 C.F.R., article 122.62, en vertu desquelles on peut modifier les modalités des permis lorsqu'il est établi que cette modification est justifiée. La disposition 122.62 prévoit notamment que des « informations » constituent un des éléments pouvant justifier une modification. Cette disposition se lit comme suit :

[TRADUCTION]

On peut modifier un permis pendant sa période de validité pour cette raison seulement si les informations n'étaient pas accessibles au moment où le permis a été délivré (à l'exception des règlements révisés, des directives ou des méthodes d'essai), et que, si elles l'avaient été, elles auraient justifié l'établissement de conditions différentes à ce moment-là. En ce qui a trait aux permis généraux du NPDES... cela comprend toute information démontrant que les effets cumulatifs sur l'environnement sont inacceptables. Dans le cas d'une nouvelle source ou d'un permis du NPDES délivré à un nouveau pollueur... cela comprend toute information importante obtenue à la suite d'un test d'effluents qui doit être fait après la délivrance du permis, tel qu'exigé par le sous-sous-alinéa 122.21(k)(5)(vi) ou 122.21(h)(4)(iii).

<sup>115</sup> Réponse à la p. 50.

concentration de mercure<sup>116</sup>. » Dans la partie de leur communication portant sur les TMDL dans les dix États qui retiennent leur attention, les auteurs disent qu'il est fort probable qu'un plan d'eau visé par un tel avis ne respecte pas les normes de qualité de l'eau relativement au mercure<sup>117</sup>. Par exemple, selon les auteurs de la communication, en Illinois, tous les plans d'eau visés par un avis spécial sur le mercure sont également considérés comme contaminés par le mercure; c'est également le cas des plans d'eau visés par un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure en Indiana et au Michigan<sup>118</sup>. Les auteurs de la communication parlent également de l'existence de TMDL qui visent à éliminer les avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure ou qui se rapportent à la concentration de mercure dans les tissus des poissons<sup>119</sup>. Par conséquent, même si un avis de non-consommation de poisson ne signifie pas nécessairement que la WQS relative au mercure n'est pas respectée, lorsqu'on examine la communication et la réponse, on constate qu'il existe un lien étroit entre ces deux éléments. Le Secrétariat est d'avis que ce lien suffit à soulever des questions fondamentales quant à savoir si les centrales électriques visées qui rejettent du mercure dans des cours d'eau faisant l'objet d'un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure font également des rejets dans des cours d'eau pollués par le mercure.

En réponse à ces questions fondamentales, les États-Unis ne fournissent aucune information indiquant que l'un ou l'autre des plans d'eau dans lesquels les 36 centrales visées par la communication rejettent du mercure—la majorité, voire la totalité, de ces plans d'eau faisant vraisemblablement l'objet d'un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure—n'est pas pollué par le mercure. Les États-Unis soutiennent cependant que, même si ces cours d'eau sont pollués, les auteurs de la communication supposent à tort que les rejets de mercure dans des cours d'eau pollués par le mercure sont interdits en vertu de la CWA. Des tribunaux ont en effet établi que, même si la CWA interdit les rejets ponctuels dans des cours d'eau aux États-Unis, sauf si ces rejets sont autorisés aux termes d'un permis du NPDES<sup>120</sup>, elle n'interdit pas de manière catégorique les rejets dans des eaux polluées<sup>121</sup>. L'EPA a promulgué des règlements en vertu desquels les autorités responsables de la délivrance des permis du NPDES peuvent délivrer un permis autorisant de nouvelles sources de rejets dans des eaux polluées, sauf dans les cas où le rejet « entraînera le non-respect des normes de qualité de l'eau ou contribuera au non-respect de ces normes<sup>122</sup> », et renouveler le permis des sources

---

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> Communication, annexe 12, aux pp. 13-35.

<sup>118</sup> *Id.* aux pp. 18-19, 22.

<sup>119</sup> *Id.* aux pp. 25-26, 30-32.

<sup>120</sup> *Oregon Natural Desert Ass'n v. Dombeck*, 172 F.3d 1092, 1096 (9<sup>th</sup> Cir. 1998).

<sup>121</sup> *Arkansas*, 503 U.S. à la p. 108 (« Bien que plusieurs dispositions de la Loi exigent la conformité aux normes de qualité de l'eau des États, les parties n'ont fait état d'aucune disposition prévoyant l'interdiction totale des rejets dans un plan d'eau qui ne satisfait pas ces normes »).

<sup>122</sup> Réponse à la p. 56.

existantes dans la mesure ou les conditions établies « sont fondées sur les normes de qualité de l'eau et respectent ces normes<sup>123</sup>. » Selon les États-Unis,

Lorsqu'il s'agit de déterminer si un nouveau rejet entraînera le non-respect des normes de qualité de l'eau ou contribuera au non-respect de ces normes (ou de fixer une limite de rejets existants fondée sur les normes de qualité de l'eau et conformes à ces normes)... chaque cas est analysé individuellement. Jusqu'à maintenant, l'EPA n'a pas officiellement interprété ses règlements en ce qui concerne les conditions, le cas échéant, qui permettraient de délivrer un permis à de nouvelles sources ou à des pollueurs existants, ou encore d'autoriser de nouveaux rejets dans des eaux polluées. Dans les faits, cependant, les permis sont été délivrés conformément aux règlements en vigueur<sup>124</sup>.

Les États-Unis soutiennent que les permis délivrés à des « installations qui doivent respecter des limites d'effluents égales ou inférieures soit aux critères numériques de qualité de l'eau, soit à une quantification d'un critère narratif de qualité de l'eau<sup>125</sup> » sont « conformes aux objectifs environnementaux fondamentaux énoncés dans la CWA<sup>126</sup>. » Par exemple, dans le cadre de cette approche, si le titulaire d'un permis rejette un polluant dans un cours d'eau pollué et dont le critère de qualité de l'eau est fixé à 10 ppm, il n'entraîne pas le non-respect des normes de qualité de l'eau relativement à la substance en question et ne contribue pas à ce non-respect, pour autant que les effluents contiennent moins de 10 ppm de la substance<sup>127</sup>. Selon l'interprétation faite par l'EPA, nonobstant l'existence d'un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure, l'EPA peut autoriser les rejets de mercure à partir de sources ponctuelles existantes ou nouvelles dans des cours d'eau qui ne sont pas conformes aux normes de qualité de l'eau, et ce, sans que cela constitue une infraction à la CWA.

Cependant, même si on suppose que cette interprétation est correcte, la réponse des États-Unis fournit peu d'informations sur la façon dont les permis délivrés aux centrales électriques visées par la communication tiennent compte des normes de qualité de l'eau des cours d'eau récepteurs et des autres sources de mercure rejeté dans ces cours d'eau. En ce qui a trait aux données du TRI sur lesquelles les auteurs de la communication fondent leurs allégations relatives au NPDES, on peut lire ce qui suit dans la réponse :

---

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Id.* à la p. 57.

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> *Id.* à la p. 58. L'EPA donne trois autres exemples qui montrent que, lorsqu'elle délivre des permis de rejets directs d'effluents dans des plans d'eau pollués, elle s'assure que ces rejets « n'entraîneront pas le non-respect des normes de qualité de l'eau ou ne contribueront pas au non-respect de ces normes. » *Id.*

<sup>127</sup> *Voir id.* (« Lorsque le niveau naturel du polluant dans les eaux réceptrices est supérieur au critère établi, on considère que la WQS n'est pas respectée, ce qui a des effets néfastes sur le milieu aquatique et la santé humaine. Par contre, dans le cas d'une source ponctuelle qui rejette un polluant en respectant le critère établi au point de rejet, les effluents renfermeront une concentration inférieure à la concentration présente dans les eaux réceptrices et ils n'entraîneront donc pas d'augmentation de la concentration du polluant dans le cours d'eau. Une telle installation peut, dans les faits, favoriser une diminution de la concentration du polluant dans le cours d'eau à la suite de l'augmentation du débit. »).



[TRADUCTION]

À la suite d'un examen des permis des centrales électriques au charbon identifiées par les auteurs de la communication dans les dix États..., on constate que ce n'est que tout récemment que le seuil de déclaration au TRI des rejets de mercure par les centrales électriques a été considérablement abaissé. Pour cette raison, les responsables de l'élaboration des permis du NPDES n'ont jamais eu l'habitude de tenir compte du TRI comme source d'information pertinente sur les rejets possibles de mercure. L'EPA encouragera les responsables étatiques de l'élaboration des permis, selon qu'il y a lieu, à tenir compte des données du TRI concernant les centrales électriques au charbon des dix États mentionnés dans la communication et elle s'attend à ce que les centrales fournissent des explications si les données déclarées ne respectent pas les seuils établis<sup>128</sup>.

La réponse indique que l'EPA « examinera attentivement » les permis du NPDES dont les auteurs de la communication font état à l'annexe 12 et « portera une attention particulière » à ces permis et que les données du TRI mentionnées par les auteurs « devraient être prises en compte par les responsables étatiques de la délivrance des permis et le personnel de l'EPA responsable de la révision des permis au moment du renouvellement du permis de ces installations<sup>129</sup>. » Cependant, le fait que les États-Unis reconnaissent que les responsables de l'élaboration des permis n'ont jamais eu l'habitude de tenir compte des données du TRI (ce que conclut l'EPA) suscite des interrogations sur la nature des informations dont ils ont tenu compte. La réponse soulève également des questions sur les permis des centrales visées par la communication, en indiquant que, entre 1999 et 2002, de nombreux responsables de l'élaboration des permis n'utilisaient pas les méthodes les plus récentes pour détecter la présence de mercure dans les effluents, ce qui les a amenés à déterminer qu'il « n'y a pas de risque raisonnable que les normes de qualité de l'eau ne soient pas respectées<sup>130</sup>. » En outre, le Secrétariat note que l'ébauche de TMDL pour la Cashie River, en Caroline du Nord<sup>131</sup> prévoit des rejets de mercure de 8 g/année à partir toutes les sources ponctuelles, et que les données du TRI fournies par les auteurs de la communication font état de rejets annuels de mercure variant de 400 à 26 000 g/année pour les 36 centrales visées par la communication. Que la TMDL de la Cashie River soit représentative ou non, pareille disparité met en évidence les questions fondamentales soulevées dans la communication.

La réponse laisse donc en suspens les questions fondamentales quant à savoir si les permis du NPDES délivrés aux centrales électriques visées par la communication respectent les WQS applicables aux eaux réceptrices et tiennent compte des autres sources de rejet de mercure dans ces eaux. Un dossier factuel aiderait à déterminer quelles informations ont été prises en compte par l'EPA et les États au moment de la délivrance, de l'approbation, de la révision ou de la modification des permis mentionnés. Lors de la constitution d'un dossier factuel, le Secrétariat réunirait des faits qui permettraient de déterminer si les eaux réceptrices respectent ou non les normes de

---

<sup>128</sup> Réponse aux pp. 60-61.

<sup>129</sup> *Id.* à la p. 63.

<sup>130</sup> *Id.* à la p. 60.

<sup>131</sup> Communication, annexe 12 à la p. 27. La TMDL définit la charge totale de diverses sources qu'on ne peut excéder pour que la WQS de la rivière soit respectée.

qualité de l'eau relativement au mercure et, si ces normes ne sont pas respectées, de savoir s'il a été établi que les rejets ne donneraient pas lieu ou ne contribueraient pas au non-respect des normes de qualité de l'eau ou que les conditions du permis respectent ces normes, et, le cas échéant, de déterminer comment cela a été fait. Le Secrétariat réunirait notamment des informations sur le lien entre les avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure et les normes de qualité des eaux réceptrices<sup>132</sup>. Le dossier factuel fournirait également des informations sur le lien entre les permis du NPDES et les données du TRI, y compris celles données qui servent de fondement à l'élaboration et à l'examen des permis du NPDES (ou des permis équivalents des États) délivrés aux centrales au charbon des dix États mentionnés dans la communication. Enfin, comme nous l'expliquons en détail ci-après, étant donné que, en vertu de la CWA, il faut définir des TMDL pour tous les plans d'eau pollués, le programme d'établissement de TMDL pourrait également obliger les États ou l'EPA à modifier les conditions des permis du NPDES accordés aux centrales au charbon qui rejettent du mercure dans des eaux polluées; le dossier factuel fournirait donc des informations qui permettraient de déterminer la mesure dans laquelle l'EPA a tenu compte des TMDL, le cas échéant, visant les plans d'eau dans lesquels les centrales électriques rejettent du mercure, lors de son examen des permis du NPDES mentionnés par les auteurs de la communication<sup>133</sup>.

Pour les raisons susmentionnées, le Secrétariat conclut que les questions fondamentales demeurent sans réponse en ce qui a trait aux allégations concernant le NPDES et qu'un dossier factuel sur ces questions irait dans le sens des objectifs de l'ANACDE.

## **2. La constitution d'un dossier factuel sur les allégations relatives aux TMDL dans les États où il n'y a aucune procédure en instance à ce sujet est justifiée**

Les auteurs de la communication affirment que les États-Unis ne s'acquittent pas efficacement de l'obligation qui leur incombe de s'assurer que les États ou l'EPA adoptent des TMDL pour le mercure visant les plans d'eau qui ne respectent pas les normes de qualité de l'eau relativement au mercure. En vertu de l'alinéa 303(d) de la CWA, les États doivent dresser la liste de tous les plans d'eau qui coulent sur leur

---

<sup>132</sup> Voir la réponse à la p. 62 (où on analyse les recommandations de l'EPA concernant l'alinéa 304(a) de la CWA). L'EPA a établi un lien entre les avis de non-consommation de poisson et les normes de qualité de l'eau dans le contexte de l'établissement de TMDL. Voir, p. ex., EPA, *Guidance Document, "Use of Fish and Shellfish Advisories and Classifications in 303(d) and 305(b) Listing Decisions,"* 24 octobre 2000, accessible à l'adresse <http://www.epa.gov/waterscience/library/wqstandards/shellfish.pdf>; TMDL Development in the Ochocknee River Watershed, 28 février 2002, accessible à l'adresse [http://www.epa.gov/Region4/water/tmdl/georgia/ochockkonee/final\\_tmdls/OchockkoneeHgFinalTMDL.pdf](http://www.epa.gov/Region4/water/tmdl/georgia/ochockkonee/final_tmdls/OchockkoneeHgFinalTMDL.pdf); State of Ohio Environmental Protection Agency, 2004 Integrated Water Quality Monitoring and Assessment Report (qui traite de l'utilisation et de l'examen des avis de non-consommation de poisson pour déterminer qu'un cours d'eau ne respecte pas les normes de qualité de l'eau et dresser la liste des cours d'eau pollués en Ohio en vertu de l'alinéa 303(d) de la CWA), accessible à l'adresse <http://www.epa.state.oh.us/dsw/tmdl/2004IntReport/2004OhioIntegratedReport.html>.

<sup>133</sup> Voir *infra*, alinéa IV(B)(iii).

territoire pour lesquels les contrôles technologiques<sup>134</sup> ne permettent pas d'assurer le respect des normes de qualité de l'eau<sup>135</sup>. Ces plans d'eau sont considérés comme des segments pollués et ils constituent, collectivement, la liste dressée en vertu de l'alinéa 303(d) par chaque État<sup>136</sup>. Les États doivent établir l'ordre de priorité des plans d'eau figurant sur leur liste en fonction de la gravité de la pollution et des utilisations des plans d'eau et, conformément à l'ordre établi, définir des TMDL qui établissent la charge totale de polluants, tant naturels que provenant de sources ponctuelles et diffuses, qui favoriseront le respect des normes de qualité de l'eau<sup>137</sup>. Les listes dressées en vertu de l'alinéa 303(d) et les TMDL sont soumises à l'examen de l'EPA<sup>138</sup>. Une fois l'approbation de l'EPA obtenue, « les plans d'eau identifiés et les TMDL sont intégrés au processus de planification des États mis en place en vertu du sous-alinéa 303(e)(3)<sup>139</sup> » et sont visés par la législation fédérale sur la lutte contre la pollution de l'eau<sup>140</sup>. Si l'EPA ne donne pas son approbation, elle a 30 jours pour « dresser sa propre liste des plans d'eau et fixer les TMDL qui favoriseront le respect des normes de qualité de l'eau applicables<sup>141</sup>. »

Les auteurs de la communication soutiennent que, pour que l'EPA s'acquitte efficacement des obligations qui lui incombent en vertu du programme de TMDL, elle doit tenir compte des sources de pollution diffuses, y compris le mercure émis dans l'air par les centrales électriques qui se dépose ensuite dans l'eau, et imposer des limites de rejet<sup>142</sup>. La communication fournit des informations détaillées sur l'état d'avancement de l'établissement de TMDL dans les dix États visés<sup>143</sup>. Les auteurs concluent ce qui suit :

---

<sup>134</sup> Selon les États-Unis, il n'existe aucune limite fondée sur la technologie concernant la concentration de mercure dans les effluents. Voir la réponse à la p. 55 (où il est indiqué que l'EPA a envisagé l'établissement de telles limites en 1982 lorsqu'elle a promulgué les *Effluent Limitations Guidelines for the Steam Electric Power Generating Point Source Category*, mais elle ne l'a pas fait; ces directives n'auraient jamais été révisées).

<sup>135</sup> *Pronsolino*, 291 F.3d à la p. 1127.

<sup>136</sup> *Idaho Sportsmen's Coalition v. Browner*, 951 F. Supp. 962, 965 (W.D. Wash., 1996).

<sup>137</sup> *Sierra Club v. Hankinson*, 939 F. Supp. 865, 867 (N.D. Ga., 1996).

<sup>138</sup> *Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. à la p. 965 (indiquant que, en vertu de la CWA, un tel examen doit être effectué dans un délai de 30 jours).

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> *Arkansas*, 503 U.S. à la p. 110 n.13 (indiquant que l'alinéa 122.4(d) de 40 C.F.R., qui s'applique tant aux permis délivrés dans le cadre d'un programme d'État approuvé qu'à ceux délivrés par l'EPA, « inclut efficacement dans la législation fédérale les normes définies par les États qui sont considérées par l'Agence applicables comme applicables. Dans pareille situation, les normes de qualité de l'eau des États... sont intégrées à la législation fédérale sur la lutte contre la pollution de l'eau »).

<sup>141</sup> *Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. aux pp. 965-966. Si aucune disposition de la CWA ne définit la nature exacte des obligations de l'EPA dans les cas où un État ne prend aucune mesure, les tribunaux ont établi que « le Congrès a prévu que l'EPA doit intervenir lorsqu'un État omet de soumettre une liste ou de définir une TMDL. » *Alaska Center for the Environment v. Browner*, 20 F.3d aux pp. 981 et 983 (9<sup>th</sup> Cir., 1994).

<sup>142</sup> Les auteurs de la communication et la Partie s'entendent pour dire que les dépôts de mercure attribuables aux émissions atmosphériques provenant des centrales électriques constituent une source diffuse de pollution de l'eau.

<sup>143</sup> Communication, annexe 12 aux pp. 13-36.

De manière générale, nous avons constaté que, bien qu'elles soient souvent incomplètes, les listes dressées en vertu de l'alinéa 303(d), identifient dans une large mesure les plans d'eau visés par un avis de non-consommation de poisson, mais que les États ou l'EPA font peu de suivi, s'il en est, quant à l'établissement des listes des plans d'eau en vue de l'établissement de TMDL.... À l'exception de la Caroline du Nord, nous avons obtenu peu de preuves indiquant que des TMDL avaient été fixées pour les plans d'eau contaminés par des dépôts de mercure. Dans les cas où nous avons trouvé des TMDL pour les plans d'eau contaminés par le mercure, un examen plus poussé permettait habituellement de conclure que la contamination provenait d'une source locale et non des dépôts atmosphériques répandus de mercure.... Dans un secteur qui n'est pas visé par la communication, nous avons trouvé un exemple de TMDL qui... établit que les dépôts de mercure sont la principale source de contamination de l'eau<sup>144</sup>.

Les auteurs de la communication reconnaissent qu'il est difficile pour les États de fixer des TMDL qui tiennent compte des dépôts répandus de mercure, le problème étant souvent de nature interétatique<sup>145</sup>. Selon le Secrétariat, l'information fournie dans la communication soulève des questions fondamentales quant à savoir si l'EPA s'acquitte de ses obligations et veille à ce que des TMDL soient fixées pour les plans d'eau pollués dans les dix États visés.

Les États-Unis affirment que l'EPA n'a pas les pouvoirs nécessaires, en vertu de la CWA, pour contrôler la pollution de source diffuse, que ce soit par l'établissement de TMDL ou par d'autres moyens<sup>146</sup>. Les États-Unis disent plus précisément que, même s'ils conviennent que les États doivent fixer des TMDL pour les plans d'eau qui ne respectent pas la WQS en fonction de l'ordre de priorité établi, ils soutiennent que la CWA ne donne pas à l'EPA le pouvoir d'exiger des États qu'ils contrôlent la pollution de source diffuse au moyen de TMDL<sup>147</sup>. Donc, selon les États-Unis, « le fait que l'EPA n'a pas exigé que les dix États visés fixent des TMDL pour le mercure... ne prouve nullement que les États-Unis omettent d'assurer l'application efficace de la CWA<sup>148</sup>.

Les États-Unis reconnaissent que, même si les TMDL ne servent pas à imposer des restrictions aux sources diffuses, elles doivent tenir compte des charges polluantes attribuables à ces sources et prévoir de telles charges. D'après les États-Unis, les TMDL sont « essentiellement des outils d'information<sup>149</sup> » qui « représentent le niveau à atteindre relativement à un polluant, en adaptant les critères de rejet de polluants inclus sur les permis du NPDES ou établis par un État qui adopte des mesures de contrôle des sources

---

<sup>144</sup> *Id.* aux pp. 14-15.

<sup>145</sup> *Id.* à la p. 15.

<sup>146</sup> Réponse à la p. 33 (où on peut lire que « les dispositions de l'alinéa 303(d) relatives aux TMDL ne confèrent aucun pouvoir d'exécution additionnel au niveau fédéral et que l'EPA ne peut pas imposer des contrôles aux sources diffuses »).

<sup>147</sup> *Id.* à la p. 37 (où la Partie explique que la CWA n'exige une intervention de l'EPA que si l'Agence désapprouve la liste dressée par l'État en vertu de l'alinéa 303(d); autrement dit, dans la mesure où elle approuve la liste, l'EPA n'a aucun devoir d'agir).

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Id.*

diffuses<sup>150</sup>. » Les États-Unis ont déclaré que, « [b]ien qu'une TMDL ne définit aucune exigence exécutoire [par les entités réglementées], elle peut servir d'outil d'évaluation et de planification que les autorités locales, étatiques et fédérales peuvent utiliser pour imposer des mesures de contrôle ou fixer des objectifs de réduction de la pollution dans le but de respecter les normes de qualité de l'eau applicables<sup>151</sup>. »

Les États-Unis définissent ainsi la TMDL :

[Une TMDL équivaut au] total des charges polluantes pour les sources ponctuelles, des charges de pollution pour les sources diffuses et des charges de pollution naturelle. Si les rejets dans des eaux réceptrices proviennent d'une seule source ponctuelle, la TMDL correspond alors au total de la charge polluante de cette source, des charges de pollution de toute source de pollution diffuse, des charges de pollution naturelle, des tributaires ou des segments adjacents.... Le processus d'établissement de TMDL constitue une option pour contrôler les sources diffuses<sup>152</sup>.

Les États-Unis soulignent que, bien que la CWA n'oblige pas les États à adopter des mesures de contrôle des sources diffuses, ceux qui n'appliquent pas de telles mesures (dont, d'après les auteurs, les dix États nommés dans la communication) ne peuvent atteindre les niveaux visés qu'en vertu de la CWA, soit en prévoyant des limites d'effluents dans les permis du NPDES—c'est-à-dire le volet « charge polluante » de la TMDL<sup>153</sup>. Les États-Unis disent clairement que cela s'applique, qu'une TMDL ait été fixée ou non; lorsqu'on a adopté une TMDL, la « charge polluante » doit être répartie entre les sources ponctuelles au moyen des permis<sup>154</sup>. Cependant, lorsqu'on calcule la

---

<sup>150</sup> *Id.* à la p. 32; voir également *Sierra Club v. Meiburg*, 296 F.3d, aux pp.1021, 1025 (11<sup>th</sup> Cir., 2002) (indiquant que les TMDL représentent la concentration visée d'un polluant dans le plan d'eau visé par la TMDL).

<sup>151</sup> SEM-98-003 (Grands Lacs), Réponse des États-Unis à la communication (3 décembre 1999). Voir également la communication, annexe 7 à la note 26 et le texte d'accompagnement.

<sup>152</sup> 40 C.F.R. 130.2(i); voir également *Friends of the Earth v. U.S. E.P.A.*, 346 F. Supp.2d aux pp. 182, 185 (D.D.C., 2004) (indiquant que les TMDL sont calculées « au niveau voulu pour favoriser le respect des normes de qualité de l'eau avec... une marge de sécurité qui tient compte des données manquantes sur les liens entre les limites d'effluents et la qualité de l'eau »); *San Francisco BayKeeper v. Browner*, 147 F. Supp.2d aux pp. 991, 995 (N.D. Cal., 2001) (« Les TMDL visent à établir des charges polluantes et des charges de pollution pour les sources de polluants, afin de s'assurer que la somme de tous les polluants ne dépasse pas la TMDL. Autrement dit, aux termes de la CWA, chaque État doit déterminer la quantité maximale de chaque type de polluant qu'un plans d'eau peut recevoir sans que cela constitue un non-respect des normes de qualité de l'eau »).

<sup>153</sup> La Cour suprême a indiqué que les normes de qualité de l'eau « constituent un supplément aux limites d'effluents de telle sorte de nombreuses sources ponctuelles, nonobstant le respect des limites d'effluents par chaque installation, peuvent faire l'objet d'une réglementation plus stricte afin de prévenir la dégradation de la qualité de l'eau à des niveaux inacceptables. » *Arkansas*, 503 U.S. à la p. 101. On comprend implicitement qu'une réglementation plus stricte des rejets ponctuels—qui peuvent être visés directement par la CWA au moyen des permis du NPDES—est fondée sur l'établissement du niveau de pollution de source diffuse—qu'on ne peut réglementer directement—observé dans les eaux polluées et en modifiant les limites d'effluents en conséquence.

<sup>154</sup> Voir la réponse à la p. 59 :

TMDL, on doit établir la charge polluante conjointement avec les allocations des sources diffuses et naturelles de pollution.

Des tribunaux des États-Unis ont affirmé que les TMDL doivent tenir compte de la pollution de source diffuse, et ce, même si elles n'imposent pas de limites réglementaires à ces sources<sup>155</sup>. Selon un tribunal, les TMDL ne constituent pas un outil de réglementation conventionnel; elles sont plutôt un élément de l'ensemble d'outils de mise en œuvre de mesures, qui comprennent les mesures fédérales de contrôle des sources ponctuelles, les plans étatiques ou locaux de réduction de la pollution de source ponctuelle et diffuse, de même que l'évaluation de l'impact de telles mesures sur la qualité de l'eau, et ce, en vue d'atteindre les objectifs fixés en matière de qualité de l'eau pour tous les plans d'eau du pays<sup>156</sup>. » L'EPA peut bien entendu superviser le programme de TMDL de la manière prévue par la loi, et ce, sans exiger ou imposer des mesures de contrôle des polluants de source diffuse, mais elle doit tout de même tenir compte des sources diffuses. Ainsi, dans l'affaire *Pronsolino v. Nastri*, la neuvième cour de circuit a établi que la liste dressée en vertu de l'alinéa 303(d) et les TMDL s'appliquent aux cours d'eau pollués uniquement par des sources diffuses<sup>157</sup>. Le tribunal expose ses motifs comme suit :

La liste qui doit être dressée en vertu du sous-sous-alinéa 303(d)(1)(A) doit inclure tous les plans d'eau contaminés par des sources ponctuelles et diffuses; le libellé ne prête à aucune autre interprétation. Par ailleurs, en vertu du sous-sous-alinéa 303(d)(1)(C), les TMDL « sont fixées à un niveau qui favorise le respect des normes de qualité de l'eau applicables.... » Il faut donc calculer les TMDL, du moins pour les eaux mélangées, en fonction des sources diffuses de pollution; autrement, il sera impossible d'atteindre les

---

Le règlement relatif au NPDES... prévoit l'établissement d'une limite d'effluents pour tout polluant qui est ou pourrait être rejeté à un niveau qui « entraînera ou pourrait raisonnablement entraîner un dépassement du niveau autorisé par les normes de qualité de l'eau de l'État, ou qui peut contribuer à un tel dépassement. Lorsqu'il cherche à savoir s'il y a lieu de fixer une limite d'effluents pour le mercure à une source ponctuelle donnée, le responsable de l'élaboration du permis doit tenir compte des mesures de contrôle appliquées à d'autres sources ponctuelles et diffuses qui rejettent du mercure dans les eaux en question.

Voir également 40 C.F.R., sous-sous-alinéa 122.44(d)(1)(ii) (« Lorsqu'il cherche à savoir si un rejet entraîne ou pourrait raisonnablement entraîner la contamination du cours d'eau au-delà... d'un critère énoncé dans une norme de qualité de l'eau de l'État, ou contribue à une telle contamination, l'organisme de délivrance des permis doit appliquer des procédures qui tiennent compte des mesures de contrôle appliquées aux sources ponctuelles et diffuses de pollution... »).

<sup>155</sup> Voir, p. ex., *Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. à la p. 965 (« Le calcul des TMDL facilite la prise en compte des impacts cumulatifs des rejets de sources ponctuelles multiples, et l'évaluation de ces impacts conjointement avec ceux de sources diffuses »).

<sup>156</sup> *Pronsolino v. Nastri*, 291 F.3d aux pp. 1123, 1129 (9<sup>th</sup> Cir., 2002).

<sup>157</sup> *Id.* aux pp. 1132-1133; voir également *id.* à la p. 1131 (où on reconnaît que « le règlement de l'EPA qui s'applique aux listes dressées en vertu du sous-alinéa 303(d)(1) et aux TMDL vise le respect des normes de qualité de l'eau, peu importe la source de pollution »); 40 C.F.R. § 130.7(c)(1)(ii) (il faut fixer une TMDL pour tous les polluants qui entraînent le non-respect des normes de qualité de l'eau).

normes de qualité de l'eau applicables, qui n'établissent aucune distinction entre les sources de pollution<sup>158</sup>.

Le fait que l'EPA ne soit pas tenue de contrôler les polluants de source diffuse n'excuse pas le fait qu'elle ne tienne pas compte de ce type de pollution lorsqu'elle révisé ou fixe les TMDL<sup>159</sup>.

Même si l'examen ne porte que sur l'obligation qu'a l'EPA de s'assurer que les TMDL tiennent compte des sources diffuses de pollution par le mercure (et non de la limiter), les États-Unis affirment qu'ils s'acquittent efficacement de leurs obligations. En ce qui a trait à l'allégation des auteurs selon laquelle l'EPA devrait intervenir et fixer ses propres TMDL lorsque les mesures prises par un État sont inadéquates, les États-Unis soutiennent que l'EPA « n'a pas le pouvoir d'exiger que les États fixent des TMDL pour le mercure<sup>160</sup>. Les États-Unis soutiennent plutôt que, même si l'EPA a le pouvoir discrétionnaire de fixer une TMDL pour un État<sup>161</sup>, elle n'est tenue de le faire que dans les cas suivants : 1) lorsqu'elle désapprouve une TMDL fixée par un État, 2) lorsqu'un État a présenté une proposition implicite qui équivaut en quelque sorte à une décision de ne pas fixer de TMDL<sup>162</sup>. La théorie de la proposition implicite ne s'applique que lorsque l'État omet de soumettre des TMDL pour tout polluant et n'a pas l'intention de le faire<sup>163</sup>, ce qui ne semble pas être le cas des dix États visés par la communication<sup>164</sup>. Les États-Unis soulignent également que les États peuvent tenir compte de la complexité d'une TMDL lorsqu'ils planifient l'établissement de TMDL et que « l'établissement de TMDL pour le mercure, plus particulièrement les sources diffuses de mercure, comme les dépôts atmosphériques, est un processus particulièrement complexe<sup>165</sup>. Les États-Unis ne prétendent pas que la complexité du processus d'établissement de TMDL ne justifie pas la décision de ne pas fixer de TMDL pour les cours d'eau contaminés par le mercure, mais ils affirment que cette complexité constitue un motif raisonnable pour l'État de retarder l'élaboration de TMDL pour le mercure dans son calendrier d'établissement de TMDL. Les États-Unis reconnaissent cependant que l'EPA a approuvé ou fixé des

---

<sup>158</sup> *Pronsolino*, 291 F.3d à la p. 1139; voir également *San Francisco Baykeeper v. Whitman*, 297 F.3d à la p. 877, 880 (9<sup>th</sup> Cir., 2002) (Les TMDL visent à faire en sorte qu'on tient compte des impacts cumulatifs des rejets de sources ponctuelles multiples et de la pollution de source diffuse »).

<sup>159</sup> Pour d'autres décisions pertinentes, voir *Friends of Wild Swan v. U.S. E.P.A.*, 130 F. Supp.2d aux pp. 1184, 1188 (D. Mont., 1999), *San Francisco BayKeeper*, 147 F. Supp.2d à la p. 991, et *Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. à la p. 962.

<sup>160</sup> Réponse à la p. 37.

<sup>161</sup> *Id.* à la p. 38.

<sup>162</sup> *Id.* aux pp. 37-38.

<sup>163</sup> *San Francisco Baykeeper*, 297 F.3d aux pp. 882-883. Compte tenu de la portée limitée de cette théorie, les auteurs disent que « la théorie de la proposition implicite constitue l'une des plus grandes préoccupations relativement à tout recours privé prévu en vertu de l'alinéa 303(d). » Communication, annexe 12 à la p. 8.

<sup>164</sup> Voir la communication, annexe 12, aux pp. 13-36.

<sup>165</sup> *Id.* à la p. 36.

TMDL pour le mercure relativement à 221 cours d'eau dans 16 États et dans le District of Columbia, incluant les sources atmosphériques de mercure<sup>166</sup>.

Étant donné que plusieurs États ont fixé des TMDL relativement aux dépôts atmosphériques de mercure pour de nombreux cours d'eau, et ce, malgré la complexité du processus<sup>167</sup>, et puisque l'EPA n'a pas exercé son pouvoir légal d'établir des TMDL pour le mercure dans l'un ou l'autre des dix États qui nous occupent<sup>168</sup>, le Secrétariat conclut que la réponse laisse en suspens des questions fondamentales soulevées dans la communication au sujet de l'établissement de TMDL pour le mercure dans les États où il n'y a aucune procédure judiciaire en instance à ce sujet, notamment l'Illinois, l'Indiana, le Kentucky, le Michigan, la Caroline du Nord et le Texas. Sont également inclus les États visés par des jugements d'accord qui ne se rapportent pas à l'élaboration de TMDL pour les cours d'eau contaminés par le mercure.

Bien qu'aucun délai précis ne soit fixé pour l'établissement de TMDL<sup>169</sup>, compte tenu des pouvoirs qu'a l'EPA de rejeter la liste dressée par un État conformément à l'alinéa 303(d) si l'État n'a pas inclus les cours d'eau contaminés par le mercure, et de fixer des TMDL, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, dans les cas où un État ne le fait pas, le Secrétariat estime qu'il n'est pas nécessaire que l'EPA soit tenue de promulguer des

---

<sup>166</sup> *Id.*

<sup>167</sup> La communication qui nous occupe diffère des communications « Ontario Power Generation » et « Grands Lacs », au sujet desquelles le Secrétariat a déterminé que la constitution d'un dossier factuel n'était pas justifiée, en ce que, dans le cas présent, on a fixé des TMDL pour le mercure qui tiennent compte des dépôts atmosphériques pour de nombreux cours d'eau. En outre, une TMDL peut inclure une marge de sécurité qui tient compte de certaines incertitudes. *Voir Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. à la p. 966 (« Le Congrès a établi que les TMDL peuvent comporter une marge de sécurité qui tient compte de certaines données manquantes, le manque de données précises ne devant pas servir à justifier le report de l'adoption d'une TMDL ») (40 C.F.R., sous-alinéa 130.7(c)(1)).

<sup>168</sup> Réponse à la p. 38.

<sup>169</sup> *Comparer Idaho Sportsmen's Coalition*, 951 F. Supp. à la p. 967 (citations internes omises), où le tribunal a établi que le calendrier proposé par l'EPA autorisant l'Idaho à fixer « toutes les TMDL nécessaires » selon le calendrier annuel constituait une infraction à la CWA, en raison de la « lenteur extrême » du processus. Le tribunal a précisé que

[c]ompte tenu de leur rôle dans le cadre de la stratégie d'amélioration de la qualité de l'eau définie en vertu de la CWA, les TMDL doivent être établies dans les plus brefs délais.... Pour qu'elles soient utiles, les TMDL doivent être fixées dès les premières étapes du programme de l'État.... [Ainsi, même si] un calendrier peut définir des échéances précises relativement à l'établissement de quelques TMDL à court terme pour des segments contaminés qui ont fait l'objet d'études détaillées et fixer uniquement des objectifs de planification généraux pour l'établissement à long terme de TMDL pour des segments contaminés sur lesquels il existe peu de données[.]... « Court terme » et long terme » peuvent correspondre tout au plus à quelques mois et quelques années.

à *San Francisco Baykeeper*, 297 F.3d à la p. 880 (une affaire plus récente entendue par la 9<sup>e</sup> cour de circuit qui a confirmé la validité des directives de 1997 de l'EPA, selon lesquelles il peut s'écouler entre 8 et 13 ans entre l'inscription d'un cours d'eau sur la liste dressée conformément à l'alinéa 303(d) et l'élaboration de TMDL par l'État).



TMDL pour ces États pour recommander la constitution d'un dossier factuel. L'examen des mesures prises par un gouvernement pour s'acquitter des obligations précises qui lui incombent en vertu des articles 14 et 15 de l'ANACDE ne s'est pas limité aux obligations qui prennent la forme d'un devoir d'agir. Les tribunaux des États-Unis ont en effet établi, de manière générale, que les décisions prises par le gouvernement en matière d'exécution de la loi tiennent compte du pouvoir discrétionnaire des agences et ne sont donc habituellement pas soumises à un examen judiciaire, mais ces décisions sont pourtant visées par les articles 14 et 15<sup>170</sup>. Par conséquent, le Conseil a donné instruction au Secrétariat de constituer des dossiers factuels réunissant des faits qui illustrent la façon dont un gouvernement exerce son pouvoir discrétionnaire, pour permettre aux personnes intéressées de tirer leurs propres conclusions sur la question de savoir si l'exercice par le gouvernement de ce pouvoir constitue une omission de s'acquitter pleinement de ses obligations<sup>171</sup>. Dans le cas qui nous occupe, la communication porte essentiellement sur l'obligation fondamentale qu'a l'EPA de s'assurer que le programme de TMDL est mis en œuvre de manière systématique pour contrôler les sources diffuses de mercure, plus particulièrement les émissions atmosphériques provenant des centrales électriques, une obligation qui, selon les auteurs de la communication, exige une attention particulière de l'EPA, puisque les cours d'eau d'un État peuvent être contaminés par des dépôts de mercure attribuables aux émissions atmosphériques de centrales électriques d'autres États<sup>172</sup>.

Pour les raisons qui précèdent, le Secrétariat conclut qu'il est justifié de constituer un dossier factuel pour examiner les questions fondamentales qui sont laissées en suspens dans la réponse. Ces questions se rapportent à la responsabilité qu'a l'EPA d'approuver ou de fixer des TMDL pour le mercure dans les dix États qui nous occupent, sauf dans les cas où des procédures sont en instance ou lorsqu'on a conclu des jugements d'accord sur les TMDL pour le mercure. Le dossier factuel présenterait des informations sur les mesures prise par les États et l'EPA, s'il en est, relativement aux sources diffuses de polluants lors de l'établissement de TMDL pour le mercure, y compris la façon de calculer les charges polluantes des sources diffuses et les outils de modélisation que l'EPA utilise pour estimer l'apport de sources atmosphériques données à la pollution des cours d'eau<sup>173</sup>. Le dossier factuel permettrait également d'examiner la mesure dans laquelle les cours d'eau contaminés par le mercure figurent dans les listes dressées en vertu de l'alinéa 303(d) par les États qui nous occupent et toute mesure prise par l'EPA dans le cas des listes qui ne sont pas complètes.

---

<sup>170</sup> Voir *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. à la p. 821 (1985).

<sup>171</sup> C'est le cas de tous les dossiers factuels que le Conseil a autorisés jusqu'à maintenant; ceux relatifs aux communications « Cozumel », « Oldman River II » et « Tarahumara » sont particulièrement intéressants.

<sup>172</sup> Voir la communication à la p. 36 (« S'il est vrai que les raisons de ces omissions [d'adopter des TMDL dans les dix États qui nous occupent] sont variées..., la nature systémique de l'omission d'assurer l'application efficace de la loi est démontrée par l'absence quasi-totale de mesures et, surtout, l'omission parallèle d'agir de l'EPA. »)

<sup>173</sup> Voir la réponse aux pp. 39-40 (où on peut lire que les charges polluantes peuvent être des estimations tantôt raisonnablement exactes, tantôt très approximatives, et qu'elles peuvent viser des catégories ou des sous-catégories de sources).

### 3. La constitution d'un dossier factuel relatif aux allégations sur la lutte contre la dégradation n'est pas justifiée

Les auteurs de la communication allèguent par ailleurs que l'EPA omet d'assurer l'application efficace de la CWA en approuvant les politiques de lutte contre la dégradation et les processus de mise en œuvre proposés par les États qui ne favorisent pas une protection adéquate des cours d'eau contre les dépôts atmosphériques de mercure<sup>174</sup>. Ils soutiennent que l'EPA ne s'est pas acquittée de sa responsabilité d'éviter la dégradation des cours d'eau, soit de manière fondamentale, en ne prévenant pas la dégradation de la qualité de l'eau attribuable aux émissions de mercure provenant des centrales électriques au charbon, soit sur le plan des procédures, en omettant, par exemple, d'exiger l'adoption de pratiques exemplaires de gestion. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les auteurs de la communication allèguent également que, chaque fois qu'un cours d'eau propre à la pêche qui doit faire l'objet de mesures de protection et est visé par un avis de non-consommation de poisson contaminé par le mercure devient impropre à la pêche, on considère que les normes de qualité de l'eau relatives au mercure et les dispositions de la CWA sur la lutte contre la dégradation ne sont pas respectées<sup>175</sup>.

Les principaux éléments du programme de lutte contre la dégradation prévu par la CWA sont définis dans *American Wildlands v. Browner*<sup>176</sup> :

Les politiques de lutte contre la dégradation adoptées par les États dans le cadre de l'établissement de normes de qualité de l'eau doivent aller dans le sens de la politique fédérale de lutte contre la dégradation. La réglementation de l'EPA définit trois niveaux de protection de la qualité de l'eau. Au niveau I, on définit la norme minimale de qualité de l'eau visant tous les cours d'eau et on exige que 'les utilisations existantes de l'eau et le niveau de qualité de l'eau nécessaire à la protection de ces utilisations soient maintenus et protégés.' Selon les mesures de protection de niveau II, lorsque la qualité de l'eau est supérieure au niveau nécessaire au maintien de la vie aquatique et des activités récréatives, elle doit être maintenue, sauf si l'État établit qu'il faut 'autoriser une dégradation de la qualité de l'eau pour permettre d'importantes activités de développement économique ou social dans le secteur concerné.' Les mesures de protection de niveau III prévoient que, lorsqu'un cours d'eau 'constitue une importante ressource nationale, par exemple, les eaux des parcs nationaux et étatiques et des refuges fauniques et les eaux qui sont extrêmement importantes sur le plan récréatif ou écologique, il faut maintenir et protéger la qualité de l'eau'<sup>177</sup>.

Les États sont tenus de soumettre leurs politiques et procédures de lutte contre la dégradation à l'EPA, qui doit les approuver dans un délai de soixante jours si elle juge

<sup>174</sup> Communication aux pp. 10 et 11.

<sup>175</sup> Communication, annexe 12 à la p. 14; voir également la communication aux pp. 12-13.

<sup>176</sup> 260 F.3d 1192 (10<sup>th</sup> Cir., 2001).

<sup>177</sup> *Id.* aux pp. 1194-1195 (où on cite 40 C.F.R., alinéa 131.12(a)).

qu'elles sont conformes aux normes fédérales<sup>178</sup>. Si elles ne sont pas conformes, l'EPA a quatre-vingt-dix jours pour en aviser l'État et indiquer les changements à apporter; si l'État n'adopte pas les changements voulus dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis, l'EPA est tenue de promulguer les politiques et procédures pour l'État<sup>179</sup>. La communication et la réponse indiquent clairement que ce programme a fait l'objet de nombreux litiges aux États-Unis, de telle sorte qu'on connaît relativement bien son fonctionnement.

Comme nous l'avons vu précédemment, les auteurs de la communication affirment que « la politique fédérale de lutte contre la dégradation prévoit l'inclusion de mesures de contrôle des sources ponctuelles et diffuses de pollution dans... la politique de lutte contre la dégradation adoptée par les États<sup>180</sup>. » Les allégations que font les auteurs au sujet de la lutte contre la dégradation portent principalement sur la pollution diffuse attribuable aux émissions atmosphériques des centrales électriques au charbon. Puisque le Secrétariat a décidé de mettre fin à son examen des aspects de la communication relatifs à l'omission de l'EPA de contrôler ces émissions au moyen de la CWA, il n'y a pas lieu de poursuivre l'analyse des allégations relatives à la lutte contre la dégradation. Les procédures prévues par la CAA et décrites à la section IV.A.1 du présent document constituent le meilleur moyen de régler les questions de contrôle des émissions atmosphériques de mercure.

Les allégations relatives au lien entre les avis de non-consommation de poisson et la contamination des cours d'eau seraient examinées parallèlement à celles portant sur le NPDES dans le dossier factuel. Il n'est par contre pas justifié de constituer un dossier factuel relativement aux allégations selon lesquelles l'EPA approuve des programmes inadéquats de lutte contre la dégradation ou omet de définir ses propres programmes de lutte contre la dégradation dans les cas où les États n'apportent pas les changements demandés par l'EPA pour rendre leurs politiques et procédures de lutte contre la dégradation conformes à la CWA.

## V. RECOMMANDATION

Pour les raisons susmentionnées, le Secrétariat estime que la communication justifie, à la lumière de la réponse des États-Unis, la constitution d'un dossier factuel et informe par la présente le Conseil de sa décision. Comme nous l'avons vu précédemment, il est justifié de constituer un dossier factuel et de présenter des informations sur les allégations selon lesquelles l'EPA omet d'assurer l'application efficace des articles 303 et 402 de la CWA dans les dix États mentionnés en délivrant ou en renouvelant des permis du NPDES (ou en autorisant les États à délivrer ou à renouveler de tels permis) qui autorisent les rejets

---

<sup>178</sup> *Ohio Valley Environmental Coalition v. Horinko*, 279 F. Supp.2d aux pp. 732, 738-739 (S.D.W.Va., 2003).

<sup>179</sup> *Id.* à la p. 739.

<sup>180</sup> Communication, annexe 12, p. 15.

de mercure à partir de sources ponctuelles, rejets qui ne respectent pas les critères de qualité de l'eau définis pour les cours d'eau récepteurs relativement au mercure, qui entraînent le non-respect de ces critères ou y contribuent. Le Secrétariat recommande également la constitution d'un dossier factuel pour examiner les mesures prises par l'EPA relativement à l'établissement de TMDL pour les cours d'eau contaminés par le mercure dans les dix États qui nous occupent, sauf dans les cas où des procédures sont en instance ou des jugements d'accord ont été convenus relativement aux TMDL pour le mercure.

L'élaboration d'un dossier factuel relativement aux questions susmentionnées ira dans le sens des objectifs de l'ANACDE en mettant en évidence, entre autres, les efforts de promotion des politiques et pratiques de prévention de la pollution, en favorisant la protection et l'amélioration de l'environnement pour le bien-être des générations actuelles et futures, de même qu'en favorisant l'observation des lois et réglementations environnementales<sup>181</sup>. Ces objectifs sont particulièrement importants compte tenu de la gravité des effets néfastes du mercure sur l'environnement et la santé humaine, plus particulièrement sur les enfants et les femmes enceintes, ce que reconnaissent tant les auteurs de la communication que la Partie. Par conséquent, conformément au paragraphe 15(1), et pour les motifs exposés dans le présent document, le Secrétariat informe le Conseil qu'il estime que la constitution d'un dossier factuel relativement à la communication faciliterait l'atteinte des objectifs de l'ANACDE.

Soumis respectueusement le 5 décembre 2005.

### **Secrétariat de la Commission de coopération environnementale**

*(original signé)*  
par : William V. Kennedy  
Directeur exécutif

---

<sup>181</sup> Voir l'ANACDE, article 1.