

Secrétariat de la Commission de coopération environnementale
Notification du Secrétariat en vertu du paragraphe 24.28(1) de
l'Accord Canada-États-Unis-Mexique

Auteur : Oceana
Partie visée : États-Unis d'Amérique
Date de la communication initiale : Le 4 octobre 2021
Date de la communication révisée : Le 4 janvier 2022
Date de la notification: Le 3 juin 2022
N° de la communication : SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*)

I. INTRODUCTION

1. L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) et l'*Accord de coopération environnementale* (ACE) sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2020, et depuis cette date, le processus relatif aux communications sur les questions d'application (processus SEM, selon l'acronyme anglais), établi en vertu de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (ANACDE), est régi par les articles 24.27 et 24.28 de l'ACEUM. Le Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (ci-après « Secrétariat de la CCE » ou « Secrétariat »)¹ demeure responsable de la mise en œuvre du processus SEM, tel que le prévoit l'ACE².
2. Les articles 24.27 et 24.28 de l'ACEUM prévoient un processus par lequel toute personne d'une Partie ou toute entité établie en vertu des lois d'une Partie à cet accord peut présenter une communication alléguant qu'une Partie omet d'appliquer de manière efficace sa législation de l'environnement. Le Secrétariat de la CCE examine les communications en s'appuyant sur les exigences définies au paragraphes 24.27(1) et (2) de l'ACEUM. S'il conclut qu'elles satisfont à ces exigences, il détermine, conformément aux critères du paragraphe 24.27(3), qu'il convient de demander une réponse à la Partie visée. À la lumière de la réponse de la Partie, le Secrétariat détermine alors si la question soulevée la constitution d'un dossier factuel

¹ La Commission de coopération environnementale (CCE) a été créée en 1994 aux termes de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (ANACDE) conclu par le Canada, le Mexique et les États-Unis (les « Parties »). Les organes constitutifs de la CCE comprennent le Conseil, le Secrétariat et le Comité consultatif public mixte (CCPM).

² Le Secrétariat part du principe que, bien que les dispositions régissant le processus SEM soient définies dans le chapitre 24 de l'ACEUM, certaines procédures connexes ont été établies aux termes de l'*Accord de coopération environnementale* (ACE) conclu par les gouvernements du Canada, du Mexique et des États-Unis, à savoir : le rôle du Secrétariat dans la mise en œuvre du processus relatif aux communications sur les questions d'application, le rôle du Conseil dans l'échange d'informations avec le Comité de l'environnement, la constitution et la diffusion publique de dossiers factuels, et les activités de coopération du Conseil. Le Secrétariat est conscient du paragraphe 2(3) de l'ACE, qui prévoit, entre autres, que « [l]a Commission continuera d'exercer ses activités conformément aux modalités en place au moment de l'entrée en vigueur du présent accord, ce qui comprend ses règles, politiques, lignes directrices, procédures et résolutions, dans la mesure où ces modalités sont compatibles avec le présent accord ». [ACE, paragraphe 2(3), alinéas 4(l) et 4(m), et paragraphes 4(4) et 5(5).]

- et, le cas échéant, en informe le Conseil de la CCE et le Comité de l'environnement³, en indiquant ses motifs, conformément au paragraphe 24.28(1) de l'ACEUM; autrement, il met fin à son examen⁴.
3. Le 4 octobre 2021, l'organisme Oceana (« l'auteur ») a présenté une communication au Secrétariat de la CCE alléguant que les États-Unis omettent d'appliquer de manière efficace la *Marine Mammal Protection Act* (MMPA, Loi sur la protection des mammifères marins), l'*Endangered Species Act* (ESA, Loi sur les espèces en voie de disparition), la *National Environmental Policy Act* (NEPA, Loi nationale sur les politiques environnementales), l'*Outer Continental Shelf Lands Act* (Loi sur le plateau continental extérieur) et les règlements connexes, de même que la *Coast Guard Authorization Act of 2018* (Loi de 2018 sur l'habilitation de la garde côtière), la *Ports and Waterways Safety Act* (PWSA, Loi sur la sécurité des ports et des voies navigables) et la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, afin de protéger la baleine noire de l'Atlantique Nord (*Eubalaena glacialis*) (ci-après la « baleine noire »)⁵.
 4. Le 4 novembre 2021, le Secrétariat a conclu que la communication SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*) ne satisfaisait pas à tous les critères d'admissibilité énoncés à l'article 24.27 de l'ACEUM, du fait que l'auteur devait identifier précisément les dispositions législatives que les États-Unis auraient, selon les allégations, omis d'appliquer de manière efficace, et fournir davantage d'informations sur les recours exercés pour régler les questions soulevées dans la communication. Le Secrétariat a fait part de sa décision à l'auteur et lui a donné la possibilité de présenter une communication révisée dans un délai de 60 jours⁶.
 5. L'auteur a déposé une communication révisée le 4 janvier 2022⁷.
 6. Le 3 février 2022, le Secrétariat a conclu que la communication révisée satisfaisait aux critères d'admissibilité de l'article 24.27 de l'ACEUM et que, conformément au paragraphe 24.27(3), il convenait de demander au gouvernement des États-Unis de répondre aux allégations de l'auteur⁸.

³ Le Comité de l'environnement est établi en vertu du paragraphe 24.26(2) de l'ACEUM et son rôle consiste à « superviser la mise en œuvre » du chapitre 24 de l'ACEUM, tel que le prévoit le paragraphe 24.26(3) de l'ACEUM.

⁴ On trouve un complément d'information au sujet des diverses étapes du processus relatif aux communications sur les questions d'application de la CCE, du Registre des communications, de même que des décisions et des dossiers factuels antérieurs du Secrétariat dans la page Web de la CCE intitulée *Communications sur les questions d'application*, à l'adresse <<http://www.cec.org/fr/communications-sur-les-questions-dapplication/>>.

⁵ SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*), communication présentée en vertu du paragraphe 24.27(1) de l'ACEUM (4 octobre 2021), [communication] à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/21-3-sub_en.pdf>.

⁶ SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*), décision en vertu des paragraphes 24.27(2) et (3) (4 novembre 2021), [première décision] à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/21-3-det_en.pdf>.

⁷ SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*), communication présentée en vertu du paragraphe 24.27(1) de l'ACEUM (4 janvier 2022), [communication révisée] à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/21-3-rsub_en.pdf>.

⁸ SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*), décision en vertu des paragraphes 24.27(2) et (3) (3 févr. 2022), [deuxième décision] à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/21-3-det2_en.pdf>.

7. Le 4 avril 2022, le Secrétariat a reçu la réponse des États-Unis⁹, dans laquelle ils indiquent que bon nombre des questions soulevées par l'auteur font l'objet de procédures judiciaires devant diverses tribunaux fédéraux de district. Les États-Unis citent cinq causes, soit une relative à la *Vessel Speed Rule* (VSR, Règle sur la vitesse des navires) et quatre portant sur des enchevêtrements dans des engins de pêche. La Partie mentionne également dans sa réponse que des procédures administratives sont en cours, et y affirme qu'elle applique de manière efficace les dispositions législatives dont il est question dans la communication. Elle y fournit aussi des renseignements généraux sur les organismes de mise en œuvre et les outils légaux pertinents.
8. Conformément au paragraphe 24.28(1) de l'ACEUM, le Secrétariat de la CCE a examiné la communication SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*) à la lumière de la réponse du gouvernement des États-Unis, et a déterminé que certaines des questions soulevées dans la communication font l'objet de procédures judiciaires en cours. Par conséquent, il ne considère pas que la constitution d'un dossier factuel soit justifiée en ce qui a trait aux questions suivantes :
 - a. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA du fait de l'omission d'actualiser la VSR.
 - b. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA en adoptant une *Risk Reduction Rule* (Règle sur la réduction des risques, aussi dénommée Règle de modification de l'*Atlantic Large Whale Take Reduction Plan* [ALWTRP, Plan de réduction des prises de grandes baleines noires de l'Atlantique] qui ne reconnaît pas le but énoncé dans la MMPA, à savoir un taux de mortalité nul, ou l'exigence de la MMPA voulant qu'un plan de réduction des risques réduise le taux de mortalité accessoire ou de blessures graves à des degrés inférieurs à ceux de prélèvement biologique potentiel.
 - c. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en raison de la formulation d'une opinion biologique assortie de prises anticipées de baleines noires de l'Atlantique Nord supérieures à la limite permise par la loi.
 - d. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en permettant les prises accessoires de baleines noires dans le cadre de la pêche commerciale, et ce, sans autorisation ou permis.
9. Le Secrétariat conclut que la constitution d'un dossier factuel est justifiée relativement aux éléments suivants de la communication :
 - a. La question de savoir si les États-Unis appliquent de manière efficace la VSR, à la lumière du nombre de procédures civiles et pénales relatives à des infractions à cette règle, et des peines imposées dans de tels cas.
 - b. La question de savoir si les États-Unis ont appliqué de manière efficace l'exigence relative à un examen adéquat de solutions de rechange raisonnables et à l'analyse des effets cumulatifs lorsqu'ils ont formulé l'*Environmental Impact Statement* (EIE, Énoncé de répercussions environnementales) dans le cadre de la *Risk Reduction Rule*.

⁹ SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*), réponse des États-Unis présentée en vertu du paragraphe 24.27(4) (4 avril 2022) [réponse], à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/21-3-rsp_en.pdf>.

- c. La question de savoir si les États-Unis appliquent de manière efficace la MMPA et l'ESA, compte tenu du fait qu'ils n'ont pas adopté de règlement d'urgence pour protéger la baleine noire, malgré la possibilité d'une décision en faveur d'un tel règlement.
 - d. La question de savoir si les États-Unis appliquent de manière efficace la MMPA et l'ESA à la lumière du nombre de procédures civiles intentées au cours des onze dernières années en vue de réduire le taux de mortalité et de blessures graves parmi les baleines noires à cause de la pêche commerciale.
10. Les motifs du Secrétariat sont exposés ci-après.

II. RÉSUMÉ DE LA COMMUNICATION

11. La communication révisée et l'information accessible sur les sites Web du gouvernement des États-Unis font état des difficultés auxquelles fait face la population restante de baleines noires et des défis que suscite sa survie. La baleine noire de l'Atlantique Nord figure sur la liste des espèces en voie de disparition depuis 1970 et elle est protégée par l'ESA et la MMPA¹⁰, et les États-Unis ont reconnu que l'enchevêtrement dans des engins de pêche et les collisions avec des navires ont été et sont encore les principales causes de mortalité et de blessures graves d'origine humaine chez ce mammifère¹¹. Entre 1990 et 2010, la population de baleines noires a montré des signes de rétablissement en augmentant de 2,8 % environ par année¹². En 2017, le *National Marine Fisheries Service* (NMFS, Service national des pêches maritimes) a déclaré un événement de mortalité inhabituelle de baleines noires qui se poursuit à ce jour et a constaté que « [...] leur population décline depuis 2010¹³ ». Au cours des dix dernières années,

¹⁰ 50 C.F.R. § 17.11; 50 C.F.R. § 224.101; 35 Fed. Reg. 8,495 (2 juin 1970). Voir également National Marine Fisheries Service (NMFS), *Species Directory –NARW- Overview*, à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/species/north-atlantic-right-whale>>. Nota : Le NMFS fait partie de la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA, Administration océanique et atmosphérique nationale), aussi désignée « NOAA Fisheries » ou tout simplement « NOAA ».

¹¹ Ces faits sont documentés dans des rapports produits par le gouvernement depuis 1995. Voir p. ex., National Marine Fisheries Service, North Atlantic Right Whale (*Eubalaena glacialis*): Western North Atlantic Stock – Stock Assessment (1995) à l'adresse <https://media.fisheries.noaa.gov/dam-migration/ao1995whnr-w_508.pdf>. Voir également NOAA Fisheries, North Atlantic Right Whale (*Eubalaena glacialis*) Vessel Speed Rule Assessment, (juin 2020), [Vessel Speed Rule Assessment], à l'adresse <https://media.fisheries.noaa.gov/2021-01/FINAL_NARW_Vessel_Speed_Rule_Report_Jun_2020.pdf?null>.

¹² Pace RM, Corkeron PJ, Kraus SD, « State-space mark-recapture estimates reveal a recent decline in abundance of North Atlantic right whales », (2017) *Ecol. Evol.* 7, 8730-8741, à l'adresse <[doi:10.1002/ece3.3406](https://doi.org/10.1002/ece3.3406)>.

¹³ Voir Réponse, p. 20 (« En 2017, la NOAA a établi que, contrairement à ce qu'elle croyait auparavant, la population de baleines noires était en déclin depuis 2010. »). Voir également NOAA, *2017–2022 North Atlantic Right Whale Unusual Mortality Event*, à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/national/marine-life-distress/2017-2022-north-atlantic-right-whale-unusual-mortality-event>> (« Dans le cadre du processus d'enquête sur l'événement de mortalité inhabituelle, la NOAA a réuni une équipe de scientifiques indépendants chargés de coordonner le *Working Group on Marine Mammal Unusual Mortality Events* [Groupe de travail sur les événements de mortalité inhabituelle chez les mammifères marins] mis sur pied pour examiner et interpréter les données recueillies, orienter l'échantillonnage de baleines échouées, évaluer les efforts d'observation, revoir les considérations logistiques et déterminer les prochaines étapes de l'enquête. Nous enquêtons toujours sur ces mortalités, mais les constatations préliminaires indiquent que les interactions humaines seraient la principale cause de décès de la majorité des baleines échouées, plus précisément des collisions avec un navire ou un enchevêtrement dans des filets. De plus, des documents indiquent que 16 baleines vivantes ont été gravement blessées à la suite d'une collision avec un navire ou d'un enchevêtrement durant la période visée [2017-2021] »).

218 baleines noires ont probablement succombé à un enchevêtrement dans des engins de pêche ou à une collision avec un bateau¹⁴. Entre 2000 et 2017, environ 20 % de la population de baleines noires a été tuée ou gravement blessée¹⁵. Depuis 2017, plus de 10 % de la population a été tuée ou gravement blessée¹⁶. Ces statistiques correspondent aux décès et blessures observés. Même si une baleine survit à une collision avec un navire ou à un enchevêtrement, sa croissance peut être retardée et la probabilité qu'elle se reproduise peut être plus faible¹⁷.

12. Dans la communication révisée, l'auteur allègue que les États-Unis omettent d'appliquer de manière efficace la MMPA, l'ESA, la NEPA, la *Ports and Waterways Safety Act* et les règlements connexes.
13. Les allégations de l'auteur peuvent se résumer de la manière suivante :
 - a. L'omission d'appliquer de manière efficace la *Vessel Speed Rule* du fait d'un nombre insuffisant de procédures civiles et pénales intentées pour des infractions à cette règle.
 - b. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA découlant d'une omission d'actualiser la VSR « désuète et d'application trop restreinte¹⁸ ».
 - c. L'omission d'appliquer de manière efficace l'ESA en ne consultant pas le NMFS et en n'appliquant pas de manière efficace la NEPA en raison de l'absence d'une analyse des *Port Access Route Studies* (PARS, études des voies d'accès aux ports) en ce qui concerne la Northern New York Bight (baie du nord de New York) et le littoral du New Jersey.
 - d. L'omission d'appliquer de manière efficace plusieurs exigences édictées dans la NEPA relativement à l'établissement d'un EIE pour la *Risk Reduction Rule*.
 - e. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA en n'adoptant pas une *Risk Reduction Rule* qui ne soutient pas le but énoncé dans la MMPA, à savoir un taux de mortalité nul ou l'exigence de la MMPA voulant qu'un plan de réduction des risques réduise le taux de mortalités accessoires ou de blessures graves à un niveau inférieur à celui de l'élimination biologique potentielle établie.
 - f. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en formulant une opinion biologique assortie de prises anticipées de baleines noires supérieures à la limite permise par la loi.
 - g. L'omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en n'adoptant pas un règlement d'urgence, en ne délivrant pas de permis et d'autorisations de prises

¹⁴ Courriel de Colleen Coogan aux membres de l'*Atlantic Large Whale Take Reduction Team* et à leurs remplaçants (26 oct. 2020) (indiquant que « comme la population a atteint un sommet en 2011 en s'établissant à 481, après le dénombrement de 103 naissances, environ 218 baleines noires de l'Atlantique Nord sont mortes de causes présumément anthropiques, soit environ 24 décès de baleines par année »).

¹⁵ Voir Vessel Speed Rule Assessment, point i.

¹⁶ Voir NOAA, *North Atlantic Right Whale Calving Season 2021*, à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/national/endangered-species-conservation/north-atlantic-right-whale-calving-season-2021>>.

¹⁷ Vessel Speed Rule Assessment, p. 38. Voir Joshua D. Stewart et al., Decreasing body lengths in North Atlantic right whales, (2021), *Current Biology* 31, 1 à 6, à l'adresse <<https://doi.org/10.1016/j.cub.2021.04.067>>.

¹⁸ Communication révisée, paragr. 11.

accessoires, et en n'intentant pas de poursuites civiles en vue de réduire la mortalité et les blessures graves observées chez les baleines noires en rapport avec la pêche commerciale.

14. Un sommaire détaillé des allégations de l'auteur se trouvent aux paragraphes 7 à 13 de la décision du Secrétariat en date du 3 février 2022¹⁹.

III. RÉSUMÉ DE LA RÉPONSE

15. Les États-Unis ont répondu que bon nombre des questions soulevées dans la communication font l'objet de litiges en cours devant divers tribunaux fédéraux de district. La Partie cite cinq causes, l'une d'elles porte sur la *Vessel Speed Rule* et les quatre autres sur des enchevêtrements dans des engins de pêche²⁰.
16. La Partie informe le Secrétariat que « [la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA)] a également engagé des poursuites devant des tribunaux administratifs pour des infractions à la VSR²¹ ».
17. Les États-Unis affirment en outre qu'« il n'est pas justifié de constituer un dossier factuel, parce qu'il n'apporterait aucun élément nouveau à l'égard des enjeux soulevés et ne fournirait pas d'autres renseignements pertinents au public, les questions de fait centrales liées à l'application des lois en question étant déjà publiques²² ». La Partie renvoie à la North Atlantic Right Whale (*Eubalaena glacialis*) Vessel Speed Rule Assessment²³ (évaluation de la règle sur la vitesse des bateaux en rapport avec la baleine noire de l'Atlantique Nord) et aux dossiers administratifs déposés dans le cadre de procédures judiciaires intentées au fil des ans²⁴.
18. De plus, dans leur réponse, les États-Unis affirment qu'ils appliquent de manière efficace les lois environnementales dont il est question dans la communication.
19. Premièrement, en ce qui a trait à l'application efficace des lois environnementales relativement aux collisions avec des bateaux :
- a. Les États-Unis répondent que « la NOAA a utilisé les pouvoirs que lui confère l'article 112 de la MMPA pour promulguer un règlement visant à réduire le risque de collision entre des bateaux et des baleines noires²⁵ » et que la « NOAA révisé actuellement sa réglementation pour réduire encore plus le risque de collision entre des

¹⁹ Deuxième décision, paragr. 7 à 13.

²⁰ Voir la réponse, p. 1.

²¹ *Id.*, Voir également *id.*, p. 14, citant NOAA, *Enforcement Charging Information*, à l'adresse <<https://www.gc.noaa.gov/enforce-actions-2021.html>>.

²² *Id.*, p. 2.

²³ *Id.*, p. 11 et 12, qui cite la Vessel Speed Rule Assessment. Nota : Bien qu'il soit daté de juin 2020, ce rapport n'a pas été rendu public avant janvier 2021. Voir Taking of Marine Mammals Incidental to Commercial Fishing Operations; *Atlantic Large Whale Take Reduction Plan Regulations*; dispositions de l'*Atlantic Coastal Fisheries Cooperative Management Act*; American Lobster Fishery, 86 Fed. Reg 51970, 52002 (17 septembre 2021) [Risk Reduction Rule].

²⁴ Réponse, p. 24.

²⁵ *Id.*, p. 15 et 16.

- bateaux et des baleines noires²⁶ ». La Partie décrit par ailleurs les consultations menées en vertu de l'ESA pour protéger les baleines noires de collisions avec des bateaux²⁷.
- b. Les États-Unis décrivent le processus de *Port Access Route Study* (PARS, étude des voies d'accès aux ports) en expliquant que ce processus « n'est pas une mesure fédérale importante aux fins de la NEPA, puisqu'il ne sert qu'à formuler des recommandations sur de possibles mesures réglementaires de l'*U.S. Coast Guard*²⁸ » (USCG, Garde côtière des États-Unis). De plus, « parce que l'étude d'une voie d'accès n'est pas une mesure fédérale, l'USCG ne mène pas de consultations sur des espèces en voie de disparition ou des mammifères marins dans le cadre du processus d'étude²⁹ ». Par conséquent, « [...] l'USCG s'acquittera de toutes les obligations énoncées dans la NEPA et consultera les ressources pertinentes en vue d'adopter de règles dans la foulée d'une PARS [...]»³⁰.
 - c. Enfin, les États-Unis décrivent les mesures prises pour appliquer la VSR, en indiquant que « les amendes et les sanctions constituent un outil, mais qu'elles sont généralement utilisées en dernier recours. Dans le cas de la VSR, la NOAA fournit du soutien, de la formation et de l'éducation en matière de conformité à la communauté réglementée en vue de favoriser le respect des limites de vitesse³¹ ».
 - d. La Partie fournit deux exemples de mesures d'application de la VSR qu'elle prend avant d'engager des poursuites civiles : 1) la NOAA adresse des « lettres aux contrevenants potentiels pour les encourager à se conformer volontairement à la VSR »; depuis novembre 2021, l'organisme a adressé 250 de ces lettres³²; 2) « l'USCG surveille également la vitesse des bateaux et si elle détecte une infraction potentielle, elle peut tenter d'entrer en communication avec l'équipage du bateau pour lui demander de réduire sa vitesse. Depuis 2014, l'USCG a fait plus de 200 tentatives de contact pour favoriser le respect de la VSR³³ ».
20. Deuxièmement, en ce qui a trait à l'application efficace de la législation environnementale relative à l'enchevêtrement dans des engins de pêche :
- a. Les États-Unis décrivent le processus de la NEPA concernant le projet de règle de réduction des risques visant à modifier le plan de réduction des prises de baleines noires³⁴. Ils évoquent des travaux menés par l'*Atlantic Large Whale Take Reduction Team* (ALWTRT, Équipe de réduction des prises de grandes baleines de l'Atlantique) en vue d'élaborer un cadre et une cible de réduction des risques pour la baleine noire « à partir des objectifs énoncés à l'article 118 de la MMPA³⁵ ». La Partie conclut en indiquant que « la NOAA s'est entièrement acquittée des obligations que lui impose

²⁶ Id., p. 16.

²⁷ Id., p. 16.

²⁸ Id., p. 17.

²⁹ Id.

³⁰ Id., p. 18.

³¹ Id.

³² Id.

³³ Id.

³⁴ Id., p. 19 et 20.

³⁵ Id., p. 21.

l'article 7 de l'ESA, à savoir de s'assurer que ses actions ne nuisent pas à la survie d'espèces inscrites sur la liste de l'ESA³⁶ ».

- b. Les États-Unis analysent l'opinion biologique de 2021 au sujet des pêcheries au homard américain et au crabe nordique, de même que d'autres pêcheries « groupées » dans la grande région de l'Atlantique³⁷, qui « concluait que ces pêcheries, telles que modifiées par le règlement (qui était un projet à l'époque) de mise en œuvre de l'*ALWTRP Amendment Rule* de 2021³⁸, de même que l'engagement de la NOAA à prendre des mesures de réduction des risques, tel qu'énoncé dans le cadre de conservation, ne compromettraient pas la survie de la baleine noire³⁹ ». Qui plus est, « la NOAA a également effectué une analyse de l'*ALWTRP Amendment Rule* de 2021 en vertu de l'article 7, et en a conclu, le 25 mai 2021, que les mesures étaient « avantageuses dans l'ensemble » pour la baleine noire⁴⁰ ».
- c. Enfin, les États-Unis expliquent les mesures qu'ils ont prises pour appliquer le règlement relatif à l'ALWTRP, notamment le *Cooperative Enforcement Program* (Programme de collaboration pour l'application de la loi), exécuté en partenariat « avec des organismes étatiques et territoriaux d'application de la loi dans les secteurs des ressources marines et naturelles afin d'accroître notre présence, notre visibilité et nos interactions avec l'industrie réglementée⁴¹ ». La Partie affirme qu'elle a recours à des « règlements sommaires », qui peuvent prendre la forme d'un paiement de 500 \$, « pour résoudre certains cas d'infraction avant de déposer des accusations formelles⁴² ». Sans fournir d'informations additionnelles, elle affirme que « depuis 2019, la NOAA a utilisé les règlements sommaires dans seize cas d'infractions à l'ALWTRP⁴³ ».
- d. Les États-Unis mentionnent également que « l'*Office of Law Enforcement* (Bureau d'application de la loi) de la NOAA utilise également des véhicules téléguidés pour inspecter de manière plus efficace les engins de pêche au homard en haute mer⁴⁴ ». Au sujet des résultats, ils indiquent que « [d]epuis juillet 2021, la NOAA a effectué 110 heures de patrouilles avec des véhicules téléguidés dans l'habitat de la baleine noire. Parallèlement à ces patrouilles, la NOAA a transmis des courriels à plus de 1 000 détenteurs d'un permis fédéral de pêche au homard pour leur rappeler qu'ils

³⁶ Id., p. 21.

³⁷ NMFS, Endangered Species Act Section 7 Consultation on the: (a) Authorization of the American Lobster, Atlantic Bluefish, Atlantic Deep-Sea Red Crab, Mackerel/Squid/Butterfish, Monkfish, Northeast Multispecies, Northeast Skate Complex, Spiny Dogfish, Summer Flounder/Scup/Black Sea Bass, and Jonah Crab Fisheries and (b) Implementation of the New England Fishery Management Council's Omnibus Essential Fish Habitat Amendment 2 (Consultation No. GARFO-2017-00031), 27 mai 2021, [BioOp 2021] à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/resource/document/biological-opinion-10-fishery-management-plans>>.

³⁸ Atlantic Large Whale Take Reduction Plan (ALWTRP) Amendment Rule, aussi dénommée « Risk Reduction Rule ».

³⁹ Réponse, p. 22.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Id.

⁴² Id.

⁴³ Id.

⁴⁴ Id.

doivent se conformer aux exigences relatives aux engins de pêche visant à protéger les baleines noires⁴⁵ ».

21. Les États-Unis fournissent également des renseignements généraux sur les organismes de mise en œuvre, les outils légaux pertinents et l'historique des règlements et des programmes de la NOAA relatifs à la baleine noire⁴⁶.
22. En résumé, la réponse des États-Unis comprend trois grandes affirmations :
 - 1) La plupart des questions en cause font l'objet de procédures judiciaires et administratives en instance.
 - 2) Un dossier factuel n'est pas justifié parce que l'information sur l'application des lois en cause est déjà publiquement accessible.
 - 3) Les États-Unis appliquent de manière efficace les lois environnementales en question.

IV. ANALYSE

A. Questions préliminaires

i. La Partie informe le Secrétariat de l'existence de procédures judiciaires en cours

23. Citant l'alinéa 27(4)a) de l'ACEUM, les États-Unis font savoir que « l'application par les organismes fédéraux américains des dispositions légales mentionnées par l'auteur est actuellement contestée devant divers tribunaux nationaux aux États-Unis⁴⁷ ». Ils font référence à cinq poursuites, la première portant sur la VSR et les quatre autres, sur des enchevêtrements dans des engins de pêche :
 - a. *Whale and Dolphin Conservation, et al, v. NMFS, et al.*, No. 21-cv-112 (D.D.C. 2021).
 - b. *District 4 Lodge of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge 207, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 21-cv-275 (D. Me. 2021).
 - c. *Center for Biological Diversity, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 18-cv-112 (D.D.C. 2021).
 - d. *Maine Lobstermen's Association, et al., v. NMFS, et al.*, No. 21-cv-2509 (D.D.C. 2021).
 - e. *Richard Strahan v. McKiernan*, No. 1:22-cv-10364 (D. Mass. 2022)⁴⁸.
24. Le paragraphe 24.27(4) de l'ACEUM prescrit que « [l]a Partie indique au Secrétariat de la CCE [...] si la question en cause fait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative en instance, auquel cas le Secrétariat de la CCE n'ira pas plus avant [...]»⁴⁹.

⁴⁵ Id., p. 23.

⁴⁶ Voir, de manière générale *id.*, p. 3 à 13.

⁴⁷ *Id.*, p. 1.

⁴⁸ Dans la réponse, le nom de l'affaire est erronément cité comme « Man Against Xtinction v. McKiernan », qui est un titre utilisé par ce plaignant dans des causes antérieures, mais dans cette cause, il utilise son nom, Richard Strahan.

⁴⁹ ACEUM, paragraphe 24.27(4), à l'adresse <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/24.aspx?lang=fra>>.

25. Le Secrétariat considère que le critère permettant de déterminer si une procédure judiciaire ou administrative est en instance doit être interprété de manière restrictive afin de donner plein effet à l'objet et au but de l'ACEUM⁵⁰.
26. Le Secrétariat s'appuie sur des décisions antérieures au sujet de cas où la question de procédures en instance a été soulevée. Il a invariablement conclu que les procédures d'application de la loi et les procédures de défense portant sur la question qui fait l'objet de la communication correspondent à la définition d'une procédure judiciaire ou administrative en instance⁵¹.
27. Le Secrétariat cherche également à savoir si la Partie agit en temps opportun et conformément à sa législation, et tient compte de la possibilité que la procédure puisse mener à la résolution du problème soulevé dans la communication. Le Secrétariat a conclu que l'exclusion de telles procédures en instance permet d'éviter le dédoublement d'efforts et de prévenir une ingérence dans des actions en instance⁵².
28. Le Secrétariat donnera un aperçu de chaque poursuite, y compris les allégations en cause dans chacune d'elles et leur état d'avancement. Il clarifiera par la suite la mesure dans laquelle les questions soulevées dans la communication pourraient faire l'objet de procédures judiciaires en instance⁵³. Si les causes décrites ci-après portent sur la même question que la communication et qu'elles pourraient régler le problème, le Secrétariat mettra fin à son examen pour éviter tout dédoublement d'efforts ou toute ingérence.

ii. *Whale and Dolphin Conservation*

29. Après qu'une demande de rejet ait été partiellement acceptée, la question toujours en cause dans l'affaire *Whale and Dolphin Conservation* est de savoir si le NMFS a répondu dans un

⁵⁰ Le Secrétariat ne peut interpréter l'ACEUM comme une autorisation à prendre une décision en se fondant sur la simple allégation de l'existence d'une procédure en cours. Voir SEM-01-001 (*Cytrar II*), décision du Secrétariat en vertu du paragraphe 14(3) de l'ANACDE, p. 4 (13 juin 2001) (« Le Secrétariat adhère au principe de transparence qui sous-tend l'ANACDE et, partant, il ne peut interpréter l'Accord comme une autorisation de tenir compte de la seule affirmation d'une Partie pour déterminer que la condition établie à l'alinéa 14(3)a) est remplie et qu'il doit mettre un terme à l'examen de la communication »).

⁵¹ Décisions antérieures rendues en vertu de l'ANACDE : Voir SEM-07-001 (*Minera San Xavier*), Décision du Secrétariat en vertu du paragraphe 15(1), paragr. 33 (15 juillet 2009). Voir également SEM-05-002 (*Îles Coronado*), Notification du Secrétariat au Conseil en vertu du paragraphe 15(1) à l'effet que la constitution d'un dossier factuel est justifiée, p. 12 à 14 (18 janvier 2007).

⁵² Décisions antérieures rendues en vertu de l'ANACDE : SEM-01-001 (*Cytrar II*), Décision du Secrétariat en vertu du paragraphe 14(3) de l'ANACDE (13 juin 2001); SEM-97-001 (*BC Hydro*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (27 avril 1998); SEM-03-003 (*Lake Chapala II*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (18 mai 2005); SEM-04-005 (*Centrales électriques au charbon*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (5 décembre 2005); SEM-05-002 (*Îles Coronado*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (18 janvier 2007).

⁵³ SEM-15-002 (*Gestion des déchets de téléviseurs analogiques*), Décision du Secrétariat en vertu du paragraphe 15(1) à l'effet que la constitution d'un dossier factuel n'est pas justifiée; paragr. 17 (2 décembre 2016) (« Le Secrétariat conclut qu'il ne faut pas mettre fin à l'examen de la communication parce que les actes contestés dans les *amparos* annoncés par le Mexique ne sont les mêmes que les questions soulevées par les auteurs de la communication SEM-15-002 » [*traduction*]).

- délai déraisonnable⁵⁴ à une demande présentée par les plaignants en 2020 au sujet de l'établissement de règles⁵⁵. Les plaignants demandaient que l'agence renforce la VSR pour protéger la baleine noire et « s'acquitte de l'obligation que lui confèrent l'ESA et la MMPA relativement à la survie et au rétablissement de l'espèce⁵⁶ ».
30. Si les plaignants ont gain de cause et que la cour accède à leur demande, celle-ci rendra un jugement déclaratoire « déclarant que le NMFS a retardé de manière déraisonnable l'application de mesures finales relativement à la demande de 2020 des plaignants⁵⁷ » et fixant une date limite pour que le NMFS prenne des mesures finales relativement à la demande de 2020, soit 30 jours « si le NMFS a l'intention de rejeter la demande de 2020 des plaignants en tout ou en partie » ou « si le NMFS a l'intention d'accueillir la demande de 2020 des plaignants, il doit édicter un projet de règle dans les 45 jours suivant l'ordonnance de la cour et une règle finale dans les 120 jours suivant la publication du projet de règle dans le *Federal Register* (registre fédéral)...⁵⁸ ».
 31. Les plaignants ont déposé une requête en jugement sommaire le 4 février 2022⁵⁹ et le NMFS a déposé une requête incidente en jugement sommaire le 4 mars 2022⁶⁰. Depuis, les deux parties ont déposé des réponses et des répliques; les motions sont donc en instance d'une décision de la cour.
 32. L'auteur affirme que, pour appliquer de manière efficace les mesures de protection de la baleine noire et les interdictions de prises illégales édictées dans la MMPA et l'ESA, il faut actualiser la VSR, parce qu'elle est « désuète et d'application trop restreinte⁶¹ ». L'auteur affirme que cette « négligence réglementaire constitue une omission par le gouvernement des États-Unis d'appliquer de manière efficace ses lois environnementales⁶² ».
 33. Dans l'affaire *Whale and Dolphin Conservation*, la cour pourrait déterminer que le NMFS a t déraisonnablement tardé à répondre à la demande, et fixer une date limite à cet égard. La

⁵⁴ *Cobell v. Norton*, 240 F.3d 1081, 1096 (D.C. Cir., 2001) (« Lors de l'examen d'une allégation de délai déraisonnable, la cour tient compte de quatre facteurs : premièrement, "la cour doit déterminer avec certitude le délai écoulé depuis la date où l'agence avait un devoir d'agir"; deuxièmement, "le caractère raisonnable du délai doit être jugé 'dans le contexte de la loi' qui autorise l'action de l'agence"; troisièmement, "la cour doit examiner les conséquences du délai"; quatrièmement, la cour doit dûment tenir compte de "tout plaidoyer d'erreur administrative, de commodité administrative, de difficulté pratique à exécuter un mandat légal ou de la nécessité d'établir des priorités dans un contexte de ressources limitées" »).

⁵⁵ Memorandum Opinion and Order, *Whale and Dolphin Conservation, et al. v. NMFS, et al.*, No. 21-cv-112 (D.D.C., 10 nov. 2021).

⁵⁶ *Whale and Dolphin Conservation, Center for Biological Diversity, Conservation Law Foundation, Defenders of Wildlife, Humane Society of the United States, and the Humane Society Legislative Fund, Petition for Rulemaking to Prevent Deaths and Injuries of Critically Endangered North Atlantic Right Whales from Vessel Strikes*, 3 (6 août 2020), à l'adresse <https://defenders.org/sites/default/files/2020-08/NARW%20Ship%20Speed%20Petition%20FINAL%20%2808.06.2020%29_0.pdf>.

⁵⁷ Plaintiffs' Motion for Summary Judgment, p. 30, *Whale and Dolphin Conservation, et al. v. NMFS, et al.*, No. 21-cv-112 (D.D.C., 4 févr. 2022).

⁵⁸ *Id.*, p. 31.

⁵⁹ Voir *id.*

⁶⁰ Defendants' Cross Motion for Summary Judgment, *Whale and Dolphin Conservation, et al. v. NMFS, et al.*, No. 21-cv-112 (D.D.C., 4 mars 2022).

⁶¹ Communication révisée, p. 4, paragr. 11.

⁶² *Id.*

poursuite pourrait par conséquent régler la question soulevée dans la communication au sujet de l'actualisation de la VSR si le NMFS accepte la demande et entreprend l'établissement de règles en vue de réviser la VSR⁶³.

34. Le NMFS a lancé le processus d'établissement de règles en vue de la révision de la VSR. Dans leur réponse, les États-Unis expliquent que « la NOAA révisé actuellement sa réglementation afin de réduire davantage les collisions entre des bateaux et des baleines noires. Le 1^{er} mars 2022, le NMFS a soumis le projet de règle à l'examen réglementaire de l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA, Bureau de l'information et des affaires réglementaires)⁶⁴ »; il sera « publié plus tard ce printemps » et mis à la disposition du public pour fin de commentaires⁶⁵.
35. Il y a une forte probabilité de dédoublement des efforts étant donné que le processus à venir d'établissement d'une règle portera peut-être sur les lacunes de l'actuelle VSR⁶⁶, et il pourrait mener à une version révisée de la VSR qui reconnaît les mandats de protection des baleines noires édictés par la MMPA et l'ESA.
36. Compte tenu de la possibilité que la poursuite permette de régler la question soulevée dans la communication et d'une forte probabilité de dédoublement des efforts⁶⁷, le Secrétariat n'examinera pas plus avant la question de savoir s'il faut actualiser la VSR pour confirmer les mesures de protection et les interdictions prévues par la MMPA et l'ESA.

iii. *Local Lodge 207*

37. Une seule question est en cause dans cette affaire, celle de savoir si la fermeture annuelle de la *Lobster Management Area 1* (LMA 1, zone de gestion du homard) à la pêche au homard avec lignes de bouées verticales entre octobre et janvier, pour réduire le risque d'enchevêtrement de

⁶³ Le Secrétariat note que la question en cause dans l'affaire en instance est celle de savoir si le gouvernement a « retardé déraisonnablement » la réponse à une demande d'établissement de règle en vertu de l'*Administrative Procedure Act*, qui est différente, sur les plans légal et factuel, de la question plus générale soulevée dans la communication concernant l'omission du gouvernement d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA, et ce, du fait d'avoir omis d'actualiser la réglementation pour faire respecter les mandats légaux. Quoi qu'il en soit, la poursuite pourrait résoudre la question si le NMFS accepte la demande et révisé la VSR.

⁶⁴ Réponse, p. 16.

⁶⁵ Voir *id.*, p. 23 et 24.

⁶⁶ Voir *id.*, p. 12 (au sujet de la *Vessel Speed Rule Assessment*, « Le rapport conclut que l'actuelle réglementation sur la vitesse des navires est utile, mais qu'il faut y apporter des modifications pour réduire davantage le risque de collision avec des navires. À partir des conclusions et des recommandations énoncées dans le rapport et des commentaires du public, la NOAA s'apprête à modifier la VSR sur la vitesse et prévoit publier un projet de règle au printemps 2022. »).

⁶⁷ Décisions antérieures rendues en vertu de l'ANACDE : SEM-01-001 (*Cytrar II*), Décision du Secrétariat en vertu du paragraphe 14(3) de l'ANACDE, p. 4 (13 juin 2001); SEM-97-001 (*BC Hydro*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (27 avril 1998); SEM-03-003 (*Lac de Chapala II*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (18 mai 2005); SEM-04-005 (*Centrales au charbon*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (5 décembre 2005); SEM-05-002 (*Îles Coronado*), Notification en vertu du paragraphe 15(1) (18 janvier 2007).

- baleines noires, établie en vertu de la *Risk Reduction Rule*, est arbitraire en vertu de l'*Administrative Procedure Act* (APA, Loi sur les procédures administratives)⁶⁸.
38. « Les plaignants ne contestent pas l'opinion biologique de 2021 ou l'[EIE finale]... Ils contestent plutôt la fermeture de la LMA 1 imposée par la règle finale des défendeurs, qu'ils jugent arbitraire selon les conclusions scientifiques formulées dans ces publications, et le fait qu'elle ne reconnaît pas que les données sont insuffisantes et que des hypothèses non fiables sous-tendent ces conclusions...⁶⁹ ».
39. Cette affaire est actuellement suspendue à la cour de district, pendant que l'*U.S. Court of Appeals for the First Circuit* (Cour fédérale d'appel de la première circonscription) détermine si l'appel déposé par le défendeur concernant l'ordonnance interdictive temporaire et l'injonction préliminaire que la cour de district a accordée le 16 octobre 2021, qui prévient temporairement la fermeture de la LMA 1⁷⁰ avant que l'ordonnance interdictive temporaire et l'injonction préliminaire, soient -mêmes suspendus en attendant l'appel de ladite Cour fédérale⁷¹.
40. Si les plaignants ont gain de cause et que le tribunal accède à leur demande, le tribunal déclarerait que la clause de la *Risk Reduction Rule* qui prévoit la fermeture saisonnière annuelle de la LMA 1 est arbitraire, évacuant potentiellement cette partie de la règle et la renvoyant à l'agence pour un examen plus poussé et une révision⁷².
41. La question soulevée dans cette affaire diffère de celle qui fait l'objet de la communication. Les plaignants contestent la fermeture annuelle de la LMA 1 en vertu de la *Risk Reduction Rule* la qualifiant d'arbitraire en vertu de l'APA. Les auteurs affirment que la Partie a omis d'appliquer de manière efficace la norme d'intégrité scientifique décrite dans la NEPA lors de l'évaluation de la *Risk Reduction Rule*. Par ailleurs, cette affaire n'est pas susceptible de régler la question soulevée dans la communication.

iv. Center for Biological Diversity

42. Cette affaire a été initialement présentée en 2018 et contestait l'opinion biologique de 2014 sur l'application continue des mesures de gestion de la pêche au homard américain⁷³. Le

⁶⁸ Plainte, p. 5, 34, *District 4 Lodge of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge 207, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:21-cv-275 (D. Me., 27 sept. 2021).

⁶⁹ *Id.*, p. 34, qui renvoie à l'opinion biologique de 2021.

⁷⁰ Voir Order on Motion for Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction [Ordonnance], *District 4 Lodge of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge 207, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 21-cv-275 (D. Me., 16 oct. 2021).

⁷¹ Ordonnance, *District 4 Lodge of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge 207, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 21-1873 (1st Cir., 16 nov. 2021). Voir également NOAA, Northeast Lobster Fisherman: Lobster Management Area 1 Restricted Area Now in Effect, (17 nov. 2021), à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/bulletin/northeast-lobster-fishermen-lma-1-restricted-area-now-effect>>.

⁷² Plainte, p. 38, *District 4 Lodge of the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local Lodge 207, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:21-cv-275 (D. Me., 27 sept. 2021).

⁷³ NMFS, Endangered Species Act Section 7 Consultation on the Continued Implementation of Management Measures for the American Lobster Fishery BiOp (31 juillet 2014), à l'adresse <https://repository.library.noaa.gov/view/noaa/24956/noaa_24956_DS1.pdf>.

9 avril 2020, la Cour a accepté la requête du plaignant concernant un jugement sommaire⁷⁴, annulant plus tard la partie de l'opinion biologique de 2014 faisant état de la possibilité que la pêche au homard américain nuise à la baleine noire. La Cour a renvoyé l'opinion biologique à l'agence et ordonné au NMFS de présenter des rapports d'avancement réguliers de ses travaux visant à promulguer de nouvelles règles et à produire une nouvelle opinion biologique⁷⁵.

43. Après que le NMFS ait finalisé l'opinion biologique de 2021, le 27 mai 2021, et la *Risk Reduction Rule*, le 17 septembre 2021, les plaignants ont déposé leur plainte complémentaire et modifiée⁷⁶.
44. Les allégations formulées dans la plainte, qui demeure d'actualité, sont les suivantes :
 - a. Le NMFS a omis d'émettre l'opinion biologique de 2021 conformément à l'ESA et à son règlement d'application, ce qui contrevient à l'APA.
 - i. Plus précisément, l'opinion biologique de 2021 « ne tient pas compte de la totalité des effets de la mesure en limitant de manière inadéquate la portée géographique de la mesure visant les activités de pêche dans les eaux fédérales[,]...en élargissant de manière inadéquate la portée temporaire de la mesure pour inclure la totalité du cadre [de conservation], [y compris]... trois futures règles qu'on prévoit adopter entre maintenant et 2030... [, en] définissant de manière inadéquate la zone visée par la mesure comme incluant uniquement la zone où se déroulent les activités de pêche conformément aux permis fédéraux... [et en] incluant de manière inappropriée les effets des pêcheries étatiques modifiés par la règle finale dans les effets cumulatifs plutôt que dans les effets de la mesure⁷⁷ ».
 - b. « Parce que le NMFS a omis de produire un [énoncé légal sur les prises accessoires] autorisant des prises accessoires anticipées létales et non létales de baleines noires [en vertu de la MMPA et de l'ESA], il a omis de produire l'opinion biologique de 2021 conformément à l'ESA et à son règlement d'application, ce qui contrevient à l'APA⁷⁸ ».
 - i. L'opinion biologique de 2021 « prévoit que des baleines noires continueront d'être tuées et gravement blessées, à un taux annuel moyen de 3,17 décès et blessures graves sur cinq ans, dans le cadre de la pêche au homard dans les eaux étatiques et fédérales, même après la mise en œuvre complète de la *Final Rule*⁷⁹ ».

⁷⁴ Ordonnance, *Center for Biological Diversity, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:18-cv-112 (D.D.C., 9 avril 2020).

⁷⁵ Ordonnance, *Center for Biological Diversity, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:18-cv-112 (D.D.C., 19 août 2020).

⁷⁶ Première plainte supplémentaire et modifiée, *Center for Biological Diversity, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:18-cv-112 (D.D.C., 10 sept. 2021). Nota : les plaignants ont déposé une deuxième plainte supplémentaire et modifiée le 17 septembre 2021 « afin d'ajouter un renvoi à la publication dans le *Federal Register* de la règle finale en cause ici [...]. Tous les autres paragraphes demeurent inchangés ». Deuxième plainte supplémentaire et modifiée, p. 1, *Center for Biological Diversity, et al., v. Raimondo, et al.*, No. 1:18-cv-112 (D.D.C., 17 sept. 2021).

⁷⁷ Deuxième plainte supplémentaire et modifiée, p. 31, paragr. 133 à 135.

⁷⁸ Voir *id.*, 33, paragr. 147.

⁷⁹ *Id.*, p. 32, paragr. 142.

- ii. L'opinion biologique de 2021 prévoit également que des baleines noires continueront de s'enchevêtrer dans des engins de pêche à un taux annuel de 9,14 % de la population sur cinq ans⁸⁰.
 - iii. En ce qui a trait aux prises létales prévues de baleines noires, l'opinion biologique de 2021 ne comporte pas d'énoncé légal sur les prises accessoires. Notamment, le NMFS n'a jamais autorisé les prises accessoires létales ou non létales de baleines noires dans le cadre de pêcheries commerciales, conformément au sous-alinéa 101(a)(5)(E) de la MMPA⁸¹.
- c. Le NMFS a omis d'émettre la *Risk Reduction Rule* conformément à la MMPA, ce qui constitue une infraction à l'APA, parce que la règle « ne renferme pas de mesures de réduction du taux de mortalité et de blessures graves pour la baleine noire sous le [taux de prélèvement biologique potentiel (PBP)] dans un délai de six mois⁸² ».
- d. « L'omission continue du NMFS de réduire le taux de mortalité et de blessures graves des baleines noires à des niveaux non significatifs approchant [le taux de mortalité visé de zéro] dans le délai prévu par la MMPA constitue une mesure non appliquée, ce qui contrevient à la loi, ou une mesure retardée de manière déraisonnable, en vertu de l'APA⁸³ ».
- i. « Aux termes de l'article 118 de la MMPA, le NMFS doit établir des règles promulguant un plan de réduction des prises en vue de les faire baisser à un taux inférieur au PBP et à des niveaux non significatifs approchant [le taux de mortalité visé de zéro] le taux de mortalité et de blessures graves pour les baleines noires résultant de la pêche au homard, et de modifier le plan, selon les besoins, pour atteindre les cibles fixées à l'article 118⁸⁴ ».
45. À l'heure actuelle, toutes les parties ont déposé des requêtes, entre décembre 2021 et février 2022, en vue d'obtenir un jugement sommaire, et les réponses et répliques sont en cours de préparation.
46. Si les plaignants ont gain de cause et que la Cour accède à leur demande, celle-ci déclarerait que l'opinion biologique de 2021 va à l'encontre de l'ESA et de l'APA et l'annulerait. La Cour déclarerait que la *Risk Reduction Rule* enfreint la MMPA et l'APA et la renverrait à l'agence pour fin de révision. De plus, la Cour « [d]éclarerait que l'omission du NMFS de réduire le taux de mortalité et de blessures graves des les baleines noires dans le contexte de la pêche au homard à des taux inférieurs au PBP et/ou à des taux non significatifs approchant [le taux visé de mortalité zéro] dans les délais prescrits par la MMPA constitue une mesure que l'agence refusait illégalement de prendre ou tardait déraisonnablement à prendre », et « ordonne que l'autorisation délivrée par le NMFS pour la pêche au homard prévienne que des torts irréparables soient causés à la baleine noire, une espèce en danger critique de disparition⁸⁵ ».

⁸⁰ *Id.*, p. 33, paragr. 144.

⁸¹ Voir *id.*, 32, paragr. 141.

⁸² *Id.*, p. 33, paragr. 150. Voir également *id.* p. 33, paragr. 151.

⁸³ *Id.*, p. 34, paragr. 156.

⁸⁴ *Id.*, p. 34, paragr. 154.

⁸⁵ *Id.*, p. 35.

47. Plusieurs des questions soulevées dans la communication font l'objet de cette procédure judiciaire.
48. L'auteur allègue que « la *Final Risk Reduction Rule* qui modifie le plan de réduction des prises de baleines noires ne satisfait pas aux exigences de la législation » en vertu de la MMPA⁸⁶. Plus précisément, la règle ne reconnaît pas le but visé par la MMPA, soit un taux zéro de mortalité⁸⁷, et l'exigence de la MMPA selon laquelle un plan de réduction des prises d'un stock stratégique réduit le taux de mortalité ou de blessures graves accessoires à des niveaux inférieurs à celui de prélèvement biologique potentiel établi⁸⁸.
49. L'affaire *Center for Biological Diversity* traite de ces deux questions, tel que le précisent les points c) et d) précédents, et pourrait régler les questions soulevées dans la communication.
50. L'auteur allègue que l'opinion biologique de 2021 produite pour les secteurs des pêches au homard américain et au crabe nordique, de même que pour d'autres pêcheries « groupées » dans la grande région de l'Atlantique viole la MMPA et l'ESA, parce que les prises anticipées sont trop élevées : « Compte tenu du but visé, soit un niveau de PBP inférieur de 0,8 au taux de la MMPA et à un taux zéro de prises légales conformément à l'ESA, le *NARW Conservation Framework* (Cadre de conservation de la baleine noire) précise qu'au jour un, les pêches au homard et au crabe excéderont de 29 le nombre de prises létales autorisées en vertu de l'ESA et de 2,69 celles autorisées par la MMPA, et qu'elles dépasseront de 1,9 celles du PBP⁸⁹ ».
51. *Center for Biological Diversity*, couvre ces deux questions, tel que précisé aux points c. et d. ci-haut et pourrait régler les questions soulevées dans la communication.
52. L'auteur affirme que le NMFS enfreint et omis d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en autorisant des prises accessoires de baleines noires dans le cadre d'activités de pêche commerciale, et ce, sans permis ni autorisation⁹⁰.
53. L'affaire *Center for Biological Diversity* traite de ces deux questions, tel que le précise le point b) précédent, et pourrait régler les questions soulevées dans la communication.
54. Les questions soulevées dans la communication et qui sont examinées ci-dessus doivent être exclues d'un examen plus approfondi afin d'éviter un dédoublement des efforts et une ingérence dans les procédures judiciaires en cours.

v. *Maine Lobstermen's Association*

55. Déposée le 27 septembre 2021, cette affaire porte sur l'opinion biologique de 2021 et s'appuie sur les allégations suivantes :

⁸⁶ Communication révisée, p. 14, paragr. 45.

⁸⁷ *Id.*, p. 14, paragr. 44.

⁸⁸ *Id.*, p. 14, paragr. 45.

⁸⁹ Communication, p. 6, paragr. 22. Nota : La communication révisée, p. 13, paragr. 43, note de bas de page 102 comprend les allégations de l'auteur au sujet de la BiOp, qui se trouvent aux paragr. 20 à 23 de la communication initiale.

⁹⁰ Communication révisée, p. 14 et 15, paragr. 47 et 48.

- a. L'opinion biologique de 2021 surestime de manière arbitraire et illégale l'incidence de la pêche au homard américain et les risques qu'elle présente⁹¹.
 - b. Le cadre de conservation de l'opinion biologique de 2021 impose de manière arbitraire et illégale des réductions de la pêche au homard américain⁹².
 - c. Le NMFS a privé la *Maine Lobstermen's Association* du statut de demandeur en vertu de l'article 7 de l'ESA et ce, de manière arbitraire et illégale⁹³.
 - d. Le NMFS s'est fié de manière arbitraire et illégale à l'opinion biologique de 2021 lorsqu'il a établi la *Risk Reduction Rule*⁹⁴.
56. À l'heure actuelle, toutes les parties ont déposé, entre décembre 2021 et février 2022, des requêtes en vue d'obtenir un jugement sommaire, et les réponses et répliques sont en cours de préparation.
57. Si les plaignants ont gain de cause et que la Cour accède à leur demande, celle-ci « déclarerait que les défendeurs, lorsqu'ils ont produit l'opinion biologique de 2021, y compris le cadre de conservation et la *TRP Rule*, ont enfreint l'ESA et l'APA en surestimant de manière substantielle les effets de la pêche au homard américain, y compris celle du homard du Maine, sur la baleine noire, et en imposant des cibles de conservation et des restrictions inutiles et inappropriées au secteur de la pêche au homard du Maine⁹⁵ ». De plus, la Cour « renverrait, sans vacatur, l'opinion biologique de 2021 au NMFS, y compris le cadre de conservation et l'[ALW]TRP Rule, pour qu'elle soit conforme à l'ESA et à l'APA⁹⁶ ».
58. Cette affaire ne soulève pas les mêmes questions que la communication, bien qu'elle conteste l'opinion biologique de 2021 et la *Risk Reduction Rule*. Les questions soulevées par l'auteur relativement à l'opinion biologique de 2021 et à la *Risk Reduction Rule* sont soulevées dans l'affaire *Center for Biological Diversity*, comme cela est indiqué précédemment. De plus, la poursuite ne réglera vraisemblablement pas les questions soulevées dans la communication puisque les plaignants de l'industrie cherchent des réparations légales directement opposées à celles recherchées par l'auteur.

vi. Strahan

59. La plainte, qui a été déposée le 9 mars 2022, contient une allégation pertinente d'infraction à l'ESA :
- Une infraction à l'interdiction énoncée à l'article 9 de l'ESA « en continuant d'exiger l'utilisation de lignes de bouées verticales sur les engins de pêche dont le déploiement dans les eaux de l'État du Massachusetts est réglementé par [le NMFS ainsi que la *Division of Marine Fisheries* (DMF, Division de la pêche maritime) et la *Massachusetts*

⁹¹ Plainte, p. 26, *Maine Lobstermen's Association, et al., v. NMFS, et al.*, No. 1:21-cv-2509 (D.D.C., 27 sept. 2021).

⁹² *Id.*, p. 28.

⁹³ *Id.*, p. 29.

⁹⁴ *Id.*, p. 30.

⁹⁵ *Id.*, p. 30.

⁹⁶ *Id.*, p. 31.

Marine Fisheries Advisory Commission (MFAC, Commission consultative du Massachusetts sur la pêche)] qui délivrent aussi des permis⁹⁷ ».

60. Le plaignant décrit le risque que présente le fait de poursuivre l'utilisation de lignes de bouées verticales pour les espèces de baleines comme la baleine noire au large des côtes du Massachusetts. Cette plainte met l'accent sur le fait que le NMFS et la MFAC exigent l'utilisation de lignes de bouées verticales sur les engins de pêche. Cette question n'ayant pas été soulevée dans la communication, elle n'est donc pas pertinente en rapport avec les questions soulevées dans la communication qui peuvent justifier la constitution d'un dossier factuel.

vii. Mesures d'application de la VSR

61. Les États-Unis ont informé le Secrétariat que « la NOAA a elle aussi intenté des poursuites administratives à propos d'infractions à la VSR⁹⁸ ». Plus précisément, les États-Unis affirment que la NOAA a engagé des poursuites dans plusieurs causes dans le cadre desquelles elle réclame des sanctions pécuniaires au civil pour infraction à la VSR⁹⁹. Selon les États-Unis, chacune de ces mesures d'application est une « procédure administrative en instance »; ils précisent que « les causes en cours dans le cadre desquelles des sanctions pécuniaires sont réclamées au civil pour infraction à la VSR sont des procédures administratives en instance liées à une question soulevée dans la communication d'Oceana¹⁰⁰ ».
62. Ces mesures correspondent à la définition de « procédure administrative » figurant dans l'ANACDE, à savoir « toute mesure nationale d'ordre judiciaire, quasi-judiciaire ou administratif prise par une Partie en temps opportun et en conformité avec sa législation [...]. De telles mesures comprennent [...] le recours à une instance administrative ou judiciaire pour obtenir des sanctions ou des réparations [...] »¹⁰¹. Cependant, la principale question est la suivante : les procédures administratives en instance peuvent-elles résoudre la question soulevée dans la communication?
63. Le Secrétariat a préalablement déterminé qu'il ne pouvait pas aller de l'avant quand une communication soulevait des préoccupations à l'égard d'un seul projet mené par une seule entreprise, et quand des procédures administratives en instance visant le projet en question étaient en rapport avec la question soulevée dans la communication¹⁰².
64. Ici, cependant, la question soulevée dans la communication a de plus grande portée; l'auteur se demande si les États-Unis appliquent efficacement la VSR et si suffisamment d'actions

⁹⁷ Plainte, p. 17 et 18, paragr. 54 *Strahan v. McKiernan*, No. 1:22-cv-10364 (D. Mass., 9 mars 2022).

⁹⁸ Réponse, p. 1.

⁹⁹ *Id.* p. 14, citation de NOAA, Enforcement Charging Information, à l'adresse <https://www.gc.noaa.gov/enforce-actions-2021.html>.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 14.

¹⁰¹ Paragraphe 45(3) de l'ANACDE. Nota : L'ACEUM ne donnant pas de définition d'une procédure judiciaire ou administrative, le Secrétariat s'appuie sur l'ANACDE.

¹⁰² SEM-07-005 (*Résidus de forage à Cunduacán*). Décision en vertu du paragraphe 14(3) de l'ANACDE, paragr. 8 (8 avril 2009) [Trois procédures administratives en instance : 1) une procédure administrative devant le *Procuraduría Federal de Protección al Ambiente* (Profepa, Bureau du procureur fédéral chargé de la protection de l'environnement); 2) une procédure administrative devant le *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa* (Tribunal fédéral de justice fiscale et administrative); 3) une procédure pénale devant le *Procuraduría General de la República* (PGR, Bureau du procureur général de la République).

individuelles sont intentées pour réclamer des sanctions pécuniaires au civil et faire augmenter le taux de conformité à la règle et, en fin de compte, à la MMPA et à l'ESA¹⁰³.

65. Dans sa réponse, la Partie renvoie au site Web de la NOAA¹⁰⁴ où sont consignés les amendes et les règlements consécutifs à des infractions à divers règlements, dont la VSR. En examinant les dossiers accessibles au public, on voit le nombre de poursuites civiles intentées en 2020 et 2021 et au début de 2022 :

| Période | Nombre d'infractions à la règle sur la vitesse des bateaux ayant donné lieu à des accusations, à des règlements ou à une résolution. |
|-------------------------|--|
| Janvier à juin 2020 | 0 |
| Juillet à décembre 2020 | 2 |
| Janvier à avril 2021 | 3 |
| Mai à août 2021 | 2 |
| Septembre 2021 | 0 |
| Octobre 2021 | 0 |
| Novembre 2021 | 1 |
| Décembre 2021 | 0 |
| Janvier 2022 | 2 |
| Février 2022 | 3 |

66. À cause du chevauchement entre les accusations portées et le règlement ou la résolution des cas d'infractions visant certains navires et certains exploitants¹⁰⁵, les données ci-dessus représentent dix causes uniques sur une période de 26 mois.
67. Les États-Unis concluent « qu'il est donc inutile de constituer un dossier factuel concernant l'application de la VSR par la NOAA, car celle-ci publicise déjà les causes qu'elle porte devant les tribunaux et explique comment elle gère les sanctions en cas d'infraction¹⁰⁶ ».
68. Les efforts de la NOAA en matière d'application de la loi *relèvent bien* du domaine public, mais il n'existe *aucune* comparaison facilement accessible entre ces efforts et les infractions à la VSR observées ou détectées, pas plus que l'on ait essayé d'établir un lien entre ces infractions et les cas de blessures ou de mort de baleines noires. En d'autres termes, il est impossible d'évaluer l'efficacité globale des efforts d'application de la loi par la NOAA à partir des documents accessibles au public.

¹⁰³ Communication révisée, p. 2–4, paragr. 3 à 8.

¹⁰⁴ NOAA, Enforcement Charging Information, à l'adresse <<https://www.gc.noaa.gov/enforce-office7.html>>.

¹⁰⁵ Les deux infractions ayant donné lieu à des accusations entre juillet et décembre (NE1807536 et SE1903534) ont fait l'objet d'un règlement entre janvier et avril 2021 et entre mai et août 2021, respectivement. En ce qui concerne l'infraction NE2102027, le règlement a eu lieu en février 2022, après qu'une accusation ait été portée en janvier 2022.

¹⁰⁶ Réponse, p. 18.

69. En outre, certains éléments indiquent que la NOAA sait que ses efforts d'application de la loi sont insuffisants. En 2020, NOAA Fisheries a produit le document intitulé *North Atlantic Right Whale (Eubalaena glacialis) Vessel Speed Rule Assessment*. Cette évaluation visait à « déterminer si la VSR permettait vraiment de réduire l'incidence des cas de mortalité et de blessures graves chez les baleines noires imputables aux collisions avec des bateaux, et à trouver des moyens de l'améliorer¹⁰⁷ ». Elle a révélé des problèmes inquiétants (par exemple, « dans certaines portions des [zones de gestion saisonnière] le taux de conformité des marins était faible – moins de 25 % pour les plus gros navires commerciaux à l'extérieur de quatre ports du sud-est¹⁰⁸ »), ainsi que des problèmes de conformité avec les petits bateaux (de moins de 65 pieds)¹⁰⁹.
70. L'évaluation de la VSR a également mis en lumière les domaines sur lesquels il faudra se pencher : « Il faut étudier plus en détail les conséquences des blessures non mortelles subies par les baleines noires lors de collisions avec des bateaux, évaluer les préoccupations en matière de conservation causées par la circulation de petits bateaux et renforcer notre capacité à faire appliquer la réglementation sur la vitesse¹¹⁰ ». Ce document indiquait en outre qu'« [...] il existe une limite importante à cette évaluation de la conformité. Les données indiquant le nombre de déroutements pour des raisons de sécurité étant difficilement accessibles, nous ne pouvons aucunement déterminer dans quelle proportion la clause de déroutement a été légalement invoquée¹¹¹ ». L'évaluation s'est appuyée sur des données recueillies jusqu'au début de 2020¹¹².
71. L'existence de poursuites individuelles n'empêche pas le Secrétariat d'évaluer l'efficacité du programme d'application de la loi dans son ensemble, surtout lorsqu'il y a des milliers d'infractions et de contrevenants potentiels¹¹³. À propos de la communication *Centrales électriques au charbon*, le Secrétariat a déterminé que les questions soulevées dans la communication justifiaient la constitution d'un dossier factuel malgré les ordonnances des tribunaux ou les jugements d'accord exigeant que l'EPA établisse des *Total Maximum Daily*

¹⁰⁷ *Vessel Speed Rule Assessment*, p. i.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, p. i–ii.

¹¹¹ Voir *id.*, p. 9.

¹¹² Voir *id.*, p. 36.

¹¹³ *Id.*, p. 2 (« Un grand nombre de navires circulent le long de la côte est américaine et empiètent largement sur d'importants habitats de la baleine noire. Cette circulation concerne des milliers de navires océaniques comptant parmi les plus gros et des navires de plaisance, de pêche ou à autre usage commercial de petite taille ou de taille intermédiaire. »). Voir aussi Oceana, *Vessel Speed Report in Voluntary DMA*, p. 1, à l'adresse <<https://usa.oceana.org/wp-content/uploads/sites/4/DMA-AIS-Data-FINAL.pdf>> (on a découvert que 446 navires distincts ont traversé la DMA (zone de gestion dynamique) de Nantucket du 22 janvier au 6 mars 2020, dont 183 à une vitesse supérieure à 10 nœuds); Oceana, *Vessel Speed Report in Mandatory SMA*, p. 1, à l'adresse <<https://usa.oceana.org/wp-content/uploads/sites/4/SMA-AIS-Data-FINAL.pdf>> (on a découvert que 516 navires distincts ont traversé la SMA (zone de gestion saisonnière) de Block Island du 22 janvier au 6 mars 2020, dont 60 à une vitesse supérieure à 10 nœuds).

Loads (TMDL, charges quotidiennes maximales totales) dans quatre des dix États mentionnés dans la communication¹¹⁴. Le Secrétariat a conclu ceci :

« [...] 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; 2) dans les États où il n'y a aucune procédure administrative ou judiciaire en instance relativement à la pertinence des TMDL définie par l'État ou à l'omission alléguée des États-Unis d'adopter des TMDL pour l'État¹¹⁵ ».

72. Le Conseil s'est dit d'accord et a demandé au Secrétariat de constituer un dossier factuel à propos du fait que la *Clean Water Act* (CWA, Loi sur la qualité de l'eau) autorise 40 centrales électriques au charbon dans dix États à émettre du mercure à partir de sources diffuses, et de répondre à la question suivante : « Comment l'EPA a-t-elle réagi à l'omission éventuelle par certains États américains de dresser une liste des voies navigables polluées par du mercure, conformément à l'alinéa 303(d) de la CWA, ou d'établir des TMDL pour ces voies navigables?¹¹⁶ » À première vue, cette question semble faire double emploi avec les ordonnances des tribunaux ou les jugements d'accord exigeant que l'EPA établisse des TMDL dans quatre des dix États, mais c'est une question distincte de portée plus large à propos de la façon dont l'EPA réagit aux cas de non-conformité et fait appliquer la *Clean Water Act*. En bref, le Conseil a préalablement autorisé la constitution d'un dossier factuel malgré l'existence de certaines procédures en instance, afin que le dossier factuel examine les questions d'application et de conformité à plus grande échelle.
73. En outre, dans la communication SEM-21-002 (*Marsouin du golfe de Californie*), le Secrétariat a récemment recommandé la constitution d'un dossier factuel malgré les quatre plaintes déposées auprès du Bureau du procureur général de la République, l'exécution de 10 mandats d'arrêt et de 2 mandats de perquisition, et 29 dossiers d'enquête¹¹⁷. La question principale consistait à déterminer si la Partie mentionne dans sa réponse « le taux d'efficacité des mesures d'inspection et de surveillance, et [les] éléments permettant d'évaluer l'efficacité des mesures d'application mises en œuvre par le Mexique en lien avec la sauvegarde du totoaba et du marsouin du golfe de Californie¹¹⁸ ». Si l'on ne connaît pas l'efficacité des mesures d'application de la loi envisagées, l'existence de cas individuels d'application de la loi à l'égard de contrevenants ne démontre pas que la Partie applique de manière efficace les lois environnementales en question. Il reste en fait des questions ouvertes qui peuvent être

¹¹⁴ SEM-04-005 (*Centrales électriques au charbon*), 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), p. 15 (5 décembre 2005) [*Centrales électriques au charbon*].

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Directive au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale concernant la communication sur des questions d'application (SEM-04-005) alléguant que les États-Unis d'Amérique omettent d'assurer l'application efficace des dispositions de la *Clean Air Act* (Loi sur la qualité de l'air) et de la *Clean Water Act* relativement aux rejets de mercure des centrales électriques au charbon, p. 2 (23 juin 2008); à l'adresse <http://www.cec.org/wp-content/uploads/wpallimport/files/04-5-res_fr.pdf>.

¹¹⁷ Voir SEM-21-002 (*Marsouin du golfe de Californie*), Notification du Secrétariat conformément à l'article 24.28 de l'ACEUM (1^{er} avril 2022).

¹¹⁸ *Id.*, paragr. 81.

examinées dans un dossier factuel. Cela va dans le sens de l'engagement qu'ont pris les Parties d'assurer un degré élevé de protection de l'environnement dans l'ACEUM et l'ACE¹¹⁹.

74. Il se peut donc que le Secrétariat constitue un dossier factuel afin d'évaluer l'efficacité globale des efforts que déploie la NOAA pour appliquer la VSR.

viii. La communication prouve que les recours privés que prévoit le droit de la Partie ont été exercés

75. Les États-Unis soutiennent qu'« il existe des recours privés que l'auteur n'a pas exercés », et mentionnent la disposition de l'ESA

qui permet à toute personne d'intenter une poursuite au civil et de faire appel aux recours appropriés relativement à certaines actions. Cela inclut la possibilité d'imposer l'intervention d'organismes fédéraux (à l'exception du NMFS et du [*Fish and Wildlife Service*]) et de particuliers (dont les pêcheurs ou les exploitants de bateaux naviguant à grande vitesse), si ladite personne présume qu'une action enfreint certaines dispositions de l'ESA ou de son règlement d'application¹²⁰.

76. Les États-Unis mentionnent également la disposition suivante de l'APA sur les poursuites intentées par des citoyens : « L'auteur aurait donc pu intenter une poursuite de citoyen au sujet de toute question qu'il soulève dans sa communication, et solliciter un recours aux États-Unis par les voies judiciaires appropriées¹²¹ ». Enfin, la réponse précise que « l'auteur a la possibilité de rencontrer les représentants de l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA, Bureau de l'information et des affaires réglementaires) à titre de partie intéressée afin de discuter de questions ayant trait à la [VSR proposée]¹²² ».

77. Le Secrétariat a constaté qu'il fallait interpréter au sens large l'exercice de recours privés, et qu'il est possible de répondre à ce critère en déposant une plainte ou en mentionnant une plainte qu'a déposée une autre personne, organisation ou entité. On évalue ce critère en fonction d'une norme de raisonabilité, en n'oubliant pas que, dans certains cas, il existe des obstacles à l'exercice de tels recours¹²³.

¹¹⁹ ACEUM, paragraphe 24.2(2). ACE, alinéas 1e) et 10(2)a) et f).

¹²⁰ Réponse, p. 23.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ SEM-18-001 (*Brûlage agricole transfrontalier*), paragr. 27 et 28 de la décision prise en vertu des paragraphes 14(1) et (2) de l'ANACDE (19 février 2018) (« Dans des situations similaires, le Secrétariat a déterminé si des mesures raisonnables avaient été prises avant la présentation d'une communication. Il a également tenu compte du fait que, dans certains cas, le manque de ressources peut limiter la capacité d'un auteur à exercer des recours privés avant de présenter une communication. Le Secrétariat considère que des facteurs économiques et sociaux peuvent constituer un obstacle à de tels recours ».)

78. Le Secrétariat avait déjà constaté que « l'alinéa 14(2)c) de l'ANACDE n'impose aucune obligation d'épuiser tous les recours¹²⁴ ». Le texte de cet alinéa est identique à celui de l'alinéa 24.27(3)c) de l'ACEUM¹²⁵.
79. Par ailleurs, le Secrétariat a déjà conclu « que l'existence de recours privés n'empêche pas de poursuivre l'examen de la communication ou de recommander la constitution d'un dossier factuel¹²⁶ ».
80. Au cours de l'analyse qu'il a menée en vertu du paragraphe 24.27(3), le Secrétariat a examiné dans ses deux décisions les poursuites et les demandes d'établissement de règles mentionnées par l'auteur, et estime « que les recours privés que prévoit le droit de la Partie ont été exercés relativement aux questions soulevées par l'auteur¹²⁷ ».
81. Le Secrétariat estime que les poursuites et les demandes d'établissement de règles mentionnées par l'auteur constituent un effort raisonnable en vue d'exercer des recours privés. Il n'a donc trouvé aucune raison justifiant la révision de sa décision en vertu du paragraphe 24.27(3).

B. À propos des allégations figurant dans la communication SEM-21-003

82. Le Secrétariat va déterminer si, à la lumière de la réponse des États-Unis, la constitution d'un dossier factuel est justifiée à propos de la présumée omission d'appliquer de manière efficace les lois en rapport avec les questions restantes n'ayant été soulevées lors d'aucune des procédures judiciaires en instance décrites précédemment.
- i. Omission d'assurer l'application efficace de la VSR en n'intentant pas suffisamment de poursuites civiles et pénales pour des infractions à la règle**
83. L'auteur affirme que les États-Unis n'assurent pas une application efficace de la VSR¹²⁸ parce qu'ils n'intentent pas suffisamment de poursuites civiles ou pénales pour infraction à la règle¹²⁹. Il précise le nombre de poursuites civiles découlant d'infractions à la règle depuis 2010, en insistant sur les périodes au cours desquelles aucune mesure d'application de la loi n'a été prise. L'auteur fait référence à sa propre analyse de la conformité, mentionnant qu'il a découvert « des milliers d'infractions par année », et affirme que les infractions à la règle sont « monnaie courante »¹³⁰.
84. Cette question n'est soulevée dans aucune des procédures judiciaires en instance. Même si la cause *Whale and Dolphin Conservation* porte en partie sur la VSR, cette question n'y est pas soulevée.
85. En réponse à cette allégation, la Partie fait la remarque suivante :

¹²⁴ SEM-19-004 (*Chouette rayée*), décision en vertu du paragraphe 14(3) de l'ANACDE, paragr. 16 (20 mars 2020) (en réponse à l'allégation d'un auteur qui disait avoir « entièrement épuisé tous les recours privés nationaux disponibles. »).

¹²⁵ Paragraphe 14(2) de l'ANACDE et alinéa 24.27(3)c) de l'ACEUM.

¹²⁶ Centrales électriques au charbon, notification du 5 décembre 2005, p. 19.

¹²⁷ Deuxième décision, paragr. 50.

¹²⁸ 50 C.F.R. § 224.105.

¹²⁹ Communication révisée, paragr. 6 et 7.

¹³⁰ *Id.*, paragr. 8.

« Depuis 2010, la NOAA a intenté plus de 70 procédures administratives au civil pour des infractions à la VSR, dont un cas qui s'est récemment soldé par un règlement de 288 000 \$, et la NOAA a reçu plus de 2 millions de dollars en sanctions. Il est donc inutile de constituer un dossier factuel portant sur l'application de la VSR par la NOAA, car elle publicise déjà les causes qu'elle porte devant la justice et explique comment elle évalue les sanctions imposées aux contrevenants¹³¹ ».

86. Notant que les amendes et les sanctions « sont généralement un outil de dernier recours¹³² », les États-Unis donnent des exemples de la façon dont ils cherchent à appliquer la VSR grâce à une « aide à la conformité, à la sensibilisation, à la formation et à l'éducation¹³³ ».
87. Les États-Unis mentionnent aussi « une exception à la règle, qui est liée à la sécurité et autorise les bateaux à aller plus vite que 10 nœuds quand les conditions océanographiques, hydrographiques et météorologiques limitent sérieusement leur manœuvrabilité¹³⁴ », et font observer que « le rapport de l'auteur n'a examiné aucune preuve relative à l'exception de sécurité¹³⁵ ». Cependant, les États-Unis eux-mêmes ne fournissent pas d'information sur l'ampleur du recours à l'exception de sécurité, mais reconnaissent les possibilités d'abus :
- « L'organisme ne dispose pas actuellement de données lui permettant de vraiment savoir dans quelle mesure les bateaux utilisent le déroutement pour raison de sécurité, mais on sait que certains d'entre eux peuvent invoquer de sérieux problèmes de manœuvrabilité sans raison valable. Il n'existe aucun mécanisme efficace permettant à l'organisme de recueillir ces données à partir des entrées exigées dans le journal de bord lorsqu'un bateau recourt aux déroutements pour raison de sécurité¹³⁶ ».
88. Bien qu'il soit difficile de s'appuyer sur les données disponibles afin de déterminer si l'exception pour raison de sécurité est utilisée de façon légitime, il est au moins possible d'examiner ces données pour déterminer à quelle fréquence elles sont généralement utilisées¹³⁷. Pour remédier à ce problème, l'évaluation formule la recommandation suivante : « Afin de faciliter l'application de la VSR et de mieux comprendre l'étendue des répercussions en matière de sécurité, le NMFS devrait examiner les modifications apportées à la formulation réglementaire, notamment la récente possibilité d'émettre des avis électroniques sur les déroutements pour raison de sécurité¹³⁸ ».
89. À la vue des statistiques pertinentes, on peut se demander si les États-Unis appliquent efficacement la VSR. Un document de la NOAA indique que « [l]es menaces les plus urgentes pour la survie des baleines noires sont l'enchevêtrement dans les engins de pêche et les collisions avec des bateaux, et qu'ensemble, elles sont responsables d'au moins 86 cas de décès et de blessures graves aux États-Unis et au Canada entre 2000 et 2017, soit environ 20 % de la

¹³¹ Réponse, p. 18.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Réponse, p. 18 et 19.

¹³⁵ *Id.*, p. 19.

¹³⁶ *Vessel Speed Ruel Assessment*, p. 37.

¹³⁷ *Id.*, p. 5. Voir 50 C.F.R. § 224.105(c).

¹³⁸ *Id.*, p. 37.

- population existante¹³⁹ ». De 2017 à aujourd'hui, plus de 10 % de la population restante a été tuée ou gravement blessée¹⁴⁰.
90. Les États-Unis ont adopté la VSR en 2008¹⁴¹. Depuis 2010, la NOAA a intenté plus de 70 procédures administratives au civil pour des infractions à la VSR et reçu plus de 2 millions de dollars en sanctions¹⁴².
91. Le nombre de lettres que la NOAA a adressées aux contrevenants potentiels (elle en a identifié 250 pendant une récente période de cinq mois¹⁴³) donne à penser que les infractions à la VSR sont beaucoup plus nombreuses que les poursuites civiles; on peut alors se poser des questions à propos du degré d'efficacité de l'application de cette règle. Les données provenant de la NOAA et de sources publiques comme Global Fishing Watch¹⁴⁴ pourraient aider à comparer les efforts d'application de la loi par la NOAA aux infractions réelles.
92. Depuis 2014, l'USCG a essayé à plus de 200 reprises de contacter l'équipage de bateaux afin de l'encourager à se conformer à la VSR¹⁴⁵.
93. Au chapitre des résultats, les États-Unis notent que « la vitesse moyenne des bateaux en transit a diminué dans les zones de gestion saisonnière [ZGS] actives depuis l'entrée en vigueur de la VSR¹⁴⁶ ». Néanmoins, la réponse de la Partie et l'évaluation de la VSR reconnaissent qu'il y a du travail à faire : « Toutefois, certains domaines précis où la conformité est limitée se démarquent et nécessitent une attention particulière. Dans les ZGS du nord-est, on a observé des taux de conformité plus élevés que dans celles du centre du littoral de l'Atlantique et du sud-est¹⁴⁷ ». Plus précisément :
- « Dans certaines ZGS, un nombre disproportionné de bateaux dépassent les 10 nœuds, en particulier les navires océaniques à l'entrée des canaux maritimes. Ces navires océaniques entrant dans les ports du sud alors que le pilote est aux commandes représentent une très forte proportion des bateaux naviguant à une vitesse excessive. En outre, un nombre disproportionné de porte-conteneurs et de bateaux de plaisance se déplacent à une vitesse dépassant 12 nœuds. Il faut donc appliquer la loi et faire de la sensibilisation dans ces secteurs de l'industrie pour garantir la conformité et réduire de façon significative le risque de collision avec des bateaux, quel qu'en soit le type¹⁴⁸ ».
94. Malgré l'existence de la VSR, les procédures civiles relatives à des infractions, les sanctions, l'aide à la conformité, la sensibilisation, la formation, l'éducation, l'envoi de lettres aux contrevenants potentiels et les tentatives de communication par radio de l'USCG, les baleines

¹³⁹ *Vessel Speed Rule Assessment*, p. i (citations internes omises).

¹⁴⁰ NOAA, *North Atlantic Right Whale Calving Season 2021*, à l'adresse <<https://www.fisheries.noaa.gov/national/endangered-species-conservation/north-atlantic-right-whale-calving-season-2021>>.

¹⁴¹ Réponse, p. 11.

¹⁴² *Id.*, p. 18.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Global Fishing Watch, à l'adresse <<https://globalfishingwatch.org/>>.

¹⁴⁵ Réponse, p. 18.

¹⁴⁶ *Vessel Speed Rule Assessment*, p. 10.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 35. Voir aussi réponse, p. 12.

¹⁴⁸ Évaluation de la VSR, p. 37.

noires continuent de se faire heurter par des bateaux au large des côtes américaines¹⁴⁹. L'auteur et la Partie conviennent que, dans les faits, les États-Unis n'ont pas encore atteint leur objectif de zéro décès pour les baleines noires imposé par la MMPA, pas plus qu'ils n'ont empêché la prise illégale de baleines noires en invoquant la MMPA ou l'ESA¹⁵⁰.

95. Le Secrétariat a examiné de nombreuses communications soulevant des questions à propos des activités d'application de la loi, notamment aux États-Unis. À propos de la communication *Centrales électriques au charbon*, le Secrétariat a indiqué que :

« [I]es 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, alors que ces décisions sont visées par les articles 14 et 15 [de l'ANACDE]. 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 obligations¹⁵¹ ».

96. Cette communication présente une situation similaire, et le Secrétariat pourrait constituer un dossier factuel qui présente les faits relatifs à la façon dont les États-Unis exercent leur pouvoir discrétionnaire d'appliquer la VSR, à savoir :

- a. Est-ce que les bateaux ont recours à l'exception de sécurité, dans la mesure où elle profite efficacement d'un vide juridique dans la VSR?
 - i. À quelle fréquence les bateaux invoquent-ils l'exception de sécurité pour justifier le déplacement plus rapide d'un bateau?
 - ii. Quelle proportion d'un parcours moyen avec recours à cette exception est effectuée à vitesse élevée?
 - iii. À quelle vitesse les bateaux se déplacent-ils en moyenne quand ils invoquent l'exception?
 - iv. Le recours à l'exception est-il plus fréquent dans certaines régions géographiques ou par certains types de bateau?
- b. Est-ce que les quelque 70 procédures administratives au civil qu'a intentées la NOAA depuis 2010, parallèlement à l'utilisation d'autres outils de vérification de conformité¹⁵², font que la règle est efficacement appliquée?

¹⁴⁹ *Id.*, p. 35 (« Depuis que la VSR est entrée en vigueur, le nombre total de décès de baleines noires signalés à la suite de collisions avec des navires a diminué, mais le nombre de blessures graves et mineures a augmenté. Cela témoigne des progrès réalisés jusqu'à maintenant, mais prouve aussi qu'il faut déployer plus d'efforts pour réduire encore l'incidence de ces collisions »).

¹⁵⁰ Voir la communication révisée, paragr. 44 et 45; réponse, p. 7 à 10; *Vessel Speed Rule Assessment*, p. 22, 25 et 26.

¹⁵¹ *Centrales électriques au charbon*, p. 33 (citant *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. à la p. 821 [1985] et notant que « [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 »).

¹⁵² Réponse, p. 18.

- c. Dans quelle mesure les poursuites intentées par la NOAA pour des infractions à la VSR touchent-elles les bateaux responsables des collisions avec les baleines noires?
 - i. Quelle proportion des 70 poursuites intentées depuis 2010 vise des propriétaires et des exploitants de bateaux étant entrés en collision avec des baleines noires?
- d. Comment un agent de l'*Office of Law Enforcement* (Bureau d'application de la loi) de la NOAA détermine-t-il qu'une prétendue infraction est assez « significative » pour justifier d'autres actions dans cette cause¹⁵³?
- e. Comment un avocat de la NOAA détermine-t-il s'il faut « recommander de porter des accusations dans le cadre du processus de poursuites administratives civiles de la NOAA ¹⁵⁴? »
- f. Comment la NOAA identifie-t-elle les contrevenants potentiels à la VSR afin de leur adresser une lettre les encourageant à s'y conformer?
 - i. Délai entre une infraction potentielle et l'expédition de la lettre.
 - ii. Façon dont la NOAA décide à quels contrevenants potentiels il faudrait adresser une lettre au lieu d'intenter des poursuites civiles à leur endroit.
 - iii. Nombre de lettres adressées depuis l'entrée en vigueur de la VSR, en 2008, et répartition géographique des contrevenants potentiels.
- g. Dispose-t-on de données sur l'efficacité ou l'incidence des mesures de conformité volontaire, comme les lettres et les tentatives de l'USCG visant à communiquer avec l'équipage des bateaux qui enfreignent potentiellement la VSR?

ii. Omission d'appliquer de manière efficace l'ESA en ne consultant pas le NMFS, et omission d'appliquer de manière efficace la NEPA en n'analysant pas les études des voies d'accès aux ports dans la baie de New York et le littoral du New Jersey en vertu de la NEPA

97. L'auteur allègue que l'USCG omet de se conformer à l'exigence de consultation énoncée dans l'ESA¹⁵⁵ en ne consultant pas le NMFS à propos de ces deux études des voies d'accès aux ports¹⁵⁶. Il allègue également que l'USCG omet de se conformer à la NEPA¹⁵⁷ en ne réalisant pas d'évaluation environnementale ou d'EIE pour les deux études en question¹⁵⁸.
98. Il n'y a aucune procédure judiciaire en instance portant sur ces allégations d'omissions d'assurer l'application efficace de l'ESA et de la NEPA en lien avec les deux études des voies d'accès aux ports.

¹⁵³ NOAA Office of General Counsel – Enforcement Section, Policy for the Assessment of Civil Administrative Penalties and Permit Sanctions (24 juin 2019), à l'adresse <<https://www.gc.noaa.gov/documents/Penalty-Policy-CLEAN-June242019.pdf>>.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ 16 U.S.C. § 1536(a)(2).

¹⁵⁶ Voir la communication révisée, p. 7 et 8, paragr. 23 à 26.

¹⁵⁷ 42 U.S.C. § 4332(c).

¹⁵⁸ Communication révisée, p. 8 et 9, paragr. 23, 27 et 28.

99. Les États-Unis répondent que les études des voies d'accès aux ports ne constituent ni des mesures fédérales importantes justifiant le besoin de mener une analyse en vertu de la NEPA, ni des mesures fédérales justifiant une consultation en vertu de l'ESA¹⁵⁹.
100. Les États-Unis expliquent que les études des voies d'accès aux ports sont « préliminaires » par nature, et sont censées guider l'USCG quand elle « détermine si elle devrait engager un processus d'établissement de règles fédérales afin d'instaurer ou de modifier une mesure d'organisation du trafic maritime¹⁶⁰ ». Une fois que l'USCG commencera à établir des règlements applicables au trafic maritime, elle se conformera à ses obligations en vertu de la NEPA et aux règles de consultation énoncées à l'article 7 de l'ESA à ce moment-là¹⁶¹.
101. La Cour suprême des États-Unis affirme depuis longtemps que les enquêtes et les rapports préliminaires n'imposent pas l'obligation de mener une évaluation des incidences environnementales en vertu de la NEPA; en fait, cette obligation s'applique uniquement lorsqu'une mesure fédérale importante (par exemple, un règlement) est efficacement proposée¹⁶². En ce qui concerne plus précisément cette communication, le litige mentionné par les États-Unis à la note de bas de page 17 de leur réponse (*Defenders of Wildlife v. Gutierrez*) s'est soldé par un règlement en 2008; dans le règlement à l'amiable, l'USCG a accepté de « mener une consultation en vertu du sous-alinéa 7(a)(2) au sujet de futurs dispositifs de séparation du trafic (TSS, *Traffic Separation Schemes*), de modifications ou d'autres TSS dans l'habitat de l'Atlantique Nord occupé par des baleines noires, ou dans un habitat essentiel désigné, et ce, avant que les États-Unis mettent en place des TSS nouveaux ou modifiés dans l'habitat de l'Atlantique Nord des baleines noires¹⁶³ ».
102. En conséquence, le Secrétariat conclut que la communication est prématurée en ce qui concerne ces questions. Le Secrétariat présume que l'USCG se conformera à la NEPA et entamera des consultations en vertu de l'ESA relativement à la baleine noire et à d'autres espèces en voie de disparition une fois qu'elle aura commencé à établir des règles en vue de mettre en place des TSS pour la baie de New York et le littoral du New Jersey. Quoi qu'il en soit, il n'existe pas encore de fondement juridique qui peut imposer la constitution d'un dossier factuel relatif à ces questions.

ii. Omission d'appliquer de manière efficace plusieurs exigences énoncées dans la NEPA au moment de produire l'EIE pour la *Risk Reduction Rule*

¹⁵⁹ Réponse, p. 17 (« En vertu de la loi, l'étude des voies d'accès des ports est le processus officiel par lequel l'USCG détermine si elle doit commencer à établir des règles fédérales en vue d'instaurer ou de modifier une mesure d'organisation du trafic maritime. À elle seule, cette étude comprend la collecte et l'analyse d'information; ce n'est donc pas une mesure fédérale importante aux termes de la NEPA, car elle formule uniquement des recommandations de règlements que pourrait adopter l'USCG. [...] Parce que l'étude d'une voie d'accès n'est pas une mesure fédérale, l'USCG ne mène pas de consultations sur des espèces ou des mammifères marins en voie de disparition dans le cadre du processus d'étude »).

¹⁶⁰ *Id.*, p. 17 et 18.

¹⁶¹ *Id.*, p. 18.

¹⁶² Voir *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U.S. 390, 403–04 (1976).

¹⁶³ Règlement à l'amiable, paragr. 2.C., *Defenders of Wildlife v. Gutierrez* (9 déc. 2008).

103. L'auteur allègue que l'EIE préparé pour la *Risk Reduction Rule* proposée¹⁶⁴ en vue de modifier le plan de réduction des prises de baleines noires enfreint la NEPA de plusieurs façons : le NMFS a « omis de considérer de façon appropriée des solutions de remplacement raisonnables¹⁶⁵ »; « il n'a pas respecté l'obligation de faire participer le public énoncée dans la NEPA en organisant des réunions à huis clos avec des représentants de l'industrie de la pêche¹⁶⁶ »; il n'a pas respecté la norme d'intégrité scientifique énoncée dans la NEPA en utilisant des paramètres inappropriés, en se fiant à des données obsolètes et en utilisant un modèle imparfait pour évaluer les solutions de remplacement¹⁶⁷; « il a omis de prendre en compte les effets cumulatifs et les effets indirects de toutes les activités humaines sur les baleines noires¹⁶⁸ ».
104. Aucune procédure judiciaire en instance ne porte sur ces infractions présumées à la NEPA.
105. Les États-Unis répondent que le NMFS s'est conformé aux exigences de la NEPA, et expliquent les mesures qu'ils ont prises dans le cadre du processus prévu par ladite loi¹⁶⁹. La réponse précise que la Partie a envisagé une solution de rechange à la proposition et la possibilité de ne rien faire¹⁷⁰. Elle indique en outre que, si une poursuite relative à ces questions avait été intentée, elle aurait donné lieu à la même information que celle que la Partie a versée au dossier administratif dans le cadre d'un litige connexe¹⁷¹.
106. Un dossier factuel pourrait fournir des renseignements sur d'autres solutions de rechange raisonnables qui auraient pu être envisagées, dont une réduction du nombre de nasses, le renforcement des exigences relatives aux maillons de sécurité, la fermeture des zones statiques et les exigences visant le marquage des engins de pêche proposés par l'auteur¹⁷².

¹⁶⁴ NOAA, Final Environmental Impact Statement, Regulatory Impact Review, and Final Regulatory Flexibility Analysis for Amending The Atlantic Large Whale Take Reduction Plan: Risk Reduction Rule (juin 2021).

Nota : Les règlements relevant de la NEPA de 1978 s'appliquent, parce que le NMFS a annoncé son intention de préparer un EIE pour cette action le 2 août 2019 (84 Fed. Reg. 37822). Le nouveau règlement d'application de la NEPA de 2020 vise « tout processus prévu par la NEPA qui a débuté après le 14 septembre 2020 », 40 C.F.R. § 1506.13.

¹⁶⁵ Communication révisée, p. 11, paragr. 35 (citant 40 C.F.R. § 1502.14 [1978]).

¹⁶⁶ *Id.*, p. 12, paragr. 37.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 12 et 13, paragr. 38 à 40. 40 C.F.R. § 1502.23.

¹⁶⁸ Communication révisée, p. 13, paragr. 41 [citant les dispositions 40 C.F.R. § 1508.25(c) (1978); 40 C.F.R. § 1508.7 (1978); 40 C.F.R. § 1502.16(b) (1978)].

¹⁶⁹ Réponse, p. 19 et 20.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 20 (« L'EIE final, publié le 2 juillet 2021, analysait les incidences environnementales de la règle de modification de l'ALWTRP proposée, ainsi qu'une solution de rechange qui abordait la réduction des risques en se fiant davantage aux zones fermées et aux affectations des cordages avec bouées qu'à la règle proposée. De plus, une solution de rechange "sans mesure" se traduisant par un ALWTRP inchangé a été analysée ».)

¹⁷¹ *Id.*, p. 15 (« En outre, même dans les cas où aucune plainte n'a été déposée en vertu de la NEPA, les dossiers administratifs déposés dans ces cas-là seraient les mêmes que si les plaintes faisaient partie de la poursuite. Chacun de ces cas est soulevé en vertu de l'[Administrative Procedure Act], ce qui suscite une renonciation à l'immunité de juridiction, et de la norme d'examen des dossiers permettant de déposer de telles plaintes en vertu de l'ESA, de la MMPA et de la NEPA. Le dossier administratif que le NMFS a déjà déposé en 2021 dans les causes Center for Biological Diversity et Maine Lobsterman's Association, concernant la règle de modification de l'ALWTRP, coïncide avec celui de l'EIE connexe; ainsi, le dossier déposé pour lesdites causes comprend les documents administratifs qui faisaient partie du processus lié à la NEPA ».)

¹⁷² Communication révisée, p. 11, paragr. 36.

107. Un dossier factuel pourrait fournir plus de renseignements à propos des effets cumulatifs et indirects des activités humaines sur les baleines noires. Par exemple, une analyse plus précise des effets cumulatifs pourrait tenir compte des effets de synergie créés par l'enchevêtrement et les collisions avec des bateaux. S'agit-il de problèmes distincts pour les baleines noires? Ou une baleine qui s'est enchevêtrée dans un engin de pêche est-elle plus susceptible d'être heurtée par un bateau ou vice versa?
108. La présentation dans un dossier factuel de renseignements supplémentaires qui pourraient avoir été inclus dans l'analyse en vertu de la NEPA générerait potentiellement une plus grande variété de renseignements que le NMFS pourrait prendre en compte si le tribunal, dans la cause *Center for Biological Diversity*, renvoie la *Risk Reduction Rule* à l'organisme afin qu'il la révise. En outre, une analyse détaillée des effets cumulatifs pourrait faire la lumière sur les raisons justifiant la poursuite du déclin des populations de baleines noires.

iii. Omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en ne promulguant aucun règlement d'urgence

109. L'auteur allègue que le NMFS « a omis de promulguer un règlement d'urgence pour protéger la baleine noire, comme l'exigent la MMPA et l'ESA¹⁷³ ».
110. Aucune procédure judiciaire en instance ne porte sur cette question, et les États-Unis n'ont pas mentionné cette allégation dans leur réponse.
111. La MMPA stipule que « si le Secrétaire trouve que les blessures graves et les décès accidentels touchant les mammifères marins à cause de la pêche commerciale ont ou pourraient avoir un effet néfaste immédiat et important sur un stock ou une espèce, il prendra les mesures suivantes [...]»¹⁷⁴ ». Le premier paragraphe est pertinent pour la baleine noire, étant donné qu'elle est visée par un plan de réduction des prises; ainsi, « le Secrétaire exigera un règlement d'urgence qui, dans l'esprit de ce plan et dans toute la mesure permise, réduira les cas de mortalité et de blessures graves dans ce secteur de pêche¹⁷⁵ ».
112. En outre, le règlement d'application de la MMPA prévoit la promulgation de règlements d'urgence « si l'administrateur adjoint trouve que les blessures graves et les décès accidentels touchant les mammifères marins à cause de la pêche commerciale ont ou pourraient avoir un effet néfaste immédiat et important sur un stock ou sur une espèce¹⁷⁶ ». Plus précisément, « l'administrateur adjoint exigera un règlement d'urgence qui, dans l'esprit de ce plan et dans toute la mesure permise, réduira les cas de mortalité et de blessures graves dans ce secteur des pêches¹⁷⁷ ».
113. Le règlement d'application de l'ESA a un caractère plus permissif en stipulant que « le Secrétaire peut à tout moment promulguer un règlement mettant en œuvre une mesure décrite au paragraphe 424.10 relativement à toute urgence présentant un risque important pour le bien-être d'une espèce de poisson, d'animal ou de plante ». L'article mentionné autorise le Secrétaire à « ajouter une espèce à la liste ou désigner un habitat essentiel, supprimer une

¹⁷³ *Id.*, p. 14, paragr. 46 (renvoyant à la disposition 16 USC § 1387(g)(1)(A)(i); 50 C.F.R. § 229.9).

¹⁷⁴ 16 USC § 1387(g)(1).

¹⁷⁵ 16 USC § 1387(g)(1)(A)(i).

¹⁷⁶ 50 C.F.R. § 229.9(a).

¹⁷⁷ 50 C.F.R. § 229.9(a)(1)(i).

espèce ou un habitat essentiel, changer le statut d'une espèce listée, revoir les limites d'une zone désignée comme habitat essentiel, ou adopter ou modifier des règles spéciales applicables à une espèce menacée¹⁷⁸ ».

114. Un dossier factuel pourrait examiner les cas passés à l'égard desquels le Secrétaire a fait les constatations nécessaires en vertu de la MMPA et de ses règlements pour imposer un règlement d'urgence visant la baleine noire, plus précisément quand le Secrétaire a trouvé « que les blessures graves et les décès accidentels touchant les mammifères marins à cause de la pêche commerciale ont ou pourraient avoir un effet néfaste immédiat et important sur un stock ou une espèce¹⁷⁹ ».
115. Un dossier factuel pourrait examiner les cas passés où le Secrétaire a trouvé qu'une urgence « présentait un risque important pour le bien-être » des baleines noires au sens de l'ESA, et déterminer si cela a entraîné la promulgation de règlements d'urgence.
116. Un dossier factuel pourrait ensuite déterminer si des situations similaires sont survenues ces dernières années à l'égard des baleines noires, afin d'établir si l'absence de telles constatations et de règles ou de règlements d'urgence constitue une omission d'appliquer de manière efficace l'ESA, la MMPA et leurs règlements.

iv. Omission d'appliquer de manière efficace la MMPA et l'ESA en n'intentant pas de poursuites civiles relatives à des infractions afin de réduire les cas accidentels de mortalité et de blessures graves causés aux baleines noires par la pêche commerciale

117. L'auteur allègue que l'absence de poursuites administratives au civil relatives à l'enchevêtrement de baleines noires lors d'activités de pêche commerciale au cours des 11 dernières années constitue une omission d'appliquer de manière efficace la MMPA¹⁸⁰ et l'ESA¹⁸¹ pour protéger les baleines noires, compte tenu des incidents consignés d'enchevêtrement dans des engins de pêche ayant causé des blessures graves ou des décès¹⁸².
118. Aucune procédure judiciaire en instance ne porte sur ces allégations.
119. Les États-Unis répondent que la NOAA prend diverses mesures pour garantir la conformité au règlement visant l'ALWTRP, ce qui inclut la gestion de son programme d'application concertée, la compilation de « règlements sommaires » et des poursuites civiles relatives à des infractions touchant la pêche commerciale¹⁸³.
120. Aucune prise de baleines noires n'est autorisée par la MMPA et l'ESA¹⁸⁴, mais le NMFS délivre des permis de prises accessoires en vertu de l'ESA et des autorisations de prises accessoires en vertu de la MMPA¹⁸⁵. Le NMFS reconnaît également que les prises non

¹⁷⁸ 50 C.F.R. § 424.10.

¹⁷⁹ 16 USC § 1387(g)(1)(A)(i). 50 C.F.R. § 229.9.

¹⁸⁰ 16 U.S.C. § 1371(a). 16 U.S.C. § 1371(a)(5)(E)(i). 16 U.S.C. § 1377(a). 50 C.F.R. § 229.3(a).

¹⁸¹ 16 U.S.C. § 1536(a)(2). 16 U.S.C. § 1538(a)(1)(B). 16 U.S.C. § 1540(e)(1).

¹⁸² Communication révisée, p. 13, paragr. 43; la note de bas de page 102 comprend les allégations de l'auteur à propos de poursuites générales au civil provenant du paragr. 28 de la première communication.

¹⁸³ Réponse, p. 22 et 23.

¹⁸⁴ Fondé sur un taux de prélèvement biologique potentiel de 0,8 en vertu de la MMPA. *Risk Reduction Rule*, 51971. Fondé sur aucune prise mortelle annuelle, tel que le prévoit l'ESA. 2021 BiOp, p. 390.

¹⁸⁵ Réponse, p. 4.

- autorisées de baleines noires sont une réalité quand il exerce un suivi du nombre de baleines décédées en lien avec un événement de mortalité inhabituelle, notamment ceux qui sont causés par un enchevêtrement grave¹⁸⁶.
121. Le NMFS a déterminé que la pêche au casier et à la nasse dans les eaux étatiques et fédérales tue ou blesse grièvement 7,7 baleines noires en moyenne chaque année¹⁸⁷. Même après la mise en application complète de la *Risk Reduction Rule*, le NMFS prévoit qu'en moyenne, 9,14 % de la population de baleines noires vont s'enchevêtrer dans des engins de pêche chaque année, ce qui tuera ou blessera grièvement 3,3 baleines par an¹⁸⁸.
122. Les États-Unis répondent que :
- « [l]a NOAA apporte une aide à la conformité, et offre sensibilisation, formation et éducation à la communauté réglementée afin de promouvoir la conformité. Cela inclut de nombreuses activités de sensibilisation dans les ports du nord-est des États-Unis au sujet des nouvelles exigences relatives aux engins de pêche figurant dans la règle finale de 2021 applicable à l'ALWTRP. Même si la NOAA a intenté des procédures administratives au civil pour faire appliquer la réglementation relative à l'ALWTRP, elle peut à sa discrétion utiliser d'autres outils d'application de la loi¹⁸⁹ ».
123. Les États-Unis décrivent leur utilisation de véhicules téléguidés, notant qu'ils ont consacré 110 heures à organiser des patrouilles avec de tels véhicules depuis juillet 2021 dans les habitats des baleines noires¹⁹⁰. En outre, « parallèlement à ces patrouilles, la NOAA a adressé un courriel à plus de 1 000 détenteurs de permis de pêche au homard pour leur rappeler de respecter les exigences visant les engins de pêche destinées à protéger les baleines noires¹⁹¹ ».
124. Les États-Unis citent un cas d'application de la loi datant de 2014 lors duquel un particulier a été « accusé d'avoir pêché le homard dans les eaux fédérales sans autorisation, et d'avoir pêché au casier et à la nasse dans les eaux littorales du nord avec des engins de pêche qui ne respectaient pas les règles de marquage et les exigences propres à cette zone¹⁹² ».
125. La Partie mentionne brièvement son recours à des « règlements sommaires » pour résoudre les infractions à l'ALWTRP avant de porter des accusations officielles, en offrant tout simplement au contrevenant de régler l'affaire moyennant une amende de 500 \$. Depuis 2019, elle a eu recours à des règlements sommaires dans 16 cas d'infraction à l'ALWTRP, mais ne fournit pas d'autres renseignements à propos de ces règlements¹⁹³.

¹⁸⁶ NOAA, *2017–2022 North Atlantic Right Whale Unusual Mortality Event*, à l'adresse <https://www.fisheries.noaa.gov/national/marine-life-distress/2017-2022-north-atlantic-right-whale-unusual-mortality-event>.

¹⁸⁷ 2021 BiOp, p. 223 (« Estimation finale du taux de mortalité et de blessures graves chez les baleines noires imputable à l'enchevêtrement dans des engins de pêche américains entre 2010 et 2018 : 69,29 [moyenne annuelle de 7,7] »).

¹⁸⁸ *Id.*, p. 226.

¹⁸⁹ Réponse, p. 22.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 23.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.* NE1200939, F/V Sierra Spring. NOAA, Enforcement Section: Enforcement Actions (du 1^{er} juillet au 31 décembre 2014), p. 11, à l'adresse https://www.gc.noaa.gov/documents/2014/enforce_Mar_03042015.pdf.

¹⁹³ Réponse, p. 22.

126. Un dossier factuel pourrait chercher à répondre aux questions essentielles suivantes :
- a. Quel est le niveau de conformité de l'industrie de la pêche à la *Risk Reduction Rule* et au règlement précédent qui a modifié l'ALWTRP en 2007, en 2014 et en 2015¹⁹⁴?
 - i. Dispose-t-on de données sur l'efficacité ou l'effet des mesures de conformité volontaire, dont les courriels transmis aux détenteurs d'un permis fédéral de pêche au homard pour leur rappeler de respecter les exigences visant les engins de pêche?
 - b. Pourquoi n'a-t-on intenté aucune poursuite civile relativement à des cas d'enchevêtrement de baleines noires dans des engins de pêche ces 11 dernières années?
 - c. Est-ce que les États-Unis appliquent de manière efficace la MMPA et l'ESA pour protéger les baleines noires de l'enchevêtrement dans des engins de pêche?
 - d. De quelle manière les États-Unis exercent-ils un suivi des cas d'enchevêtrement de baleines dans des engins de pêche? À quelle vitesse peut-on identifier les baleines enchevêtrées? Les États-Unis disposent-ils de données sur les lieux et le moment où surviennent les enchevêtrements? Comment peut-on associer les enchevêtrements à des zones géographiques, à certains types de pêche et même à des activités de pêche individuelles particulières?
 - e. A-t-on récupéré des engins de pêche dans lesquels des baleines étaient enchevêtrées et a-t-on pu retracer les activités de pêche auxquelles ils étaient associés? Le cas échéant, a-t-on intenté des poursuites civiles contre les entreprises de pêche concernées?
 - f. À quel moment précis les 16 règlements sommaires ont-ils été édictés? Comment la NOAA a-t-elle décidé de les édicter plutôt que d'intenter des poursuites civiles? Quelle est la répartition géographique de ces règlements? Quel somme chaque contrevenant a-t-il dû payer? A-t-on utilisé les règlements sommaires pour des infractions liées à l'ALWTP seulement depuis 2019? Quel est l'historique du recours à ce mécanisme?

V. NOTIFICATION

127. Ayant examiné la communication SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*) à la lumière de la réponse des États-Unis, le Secrétariat considère que des questions centrales demeurent non résolues en ce qui a trait à la protection et la conservation efficaces de la baleine noire de l'Atlantique Nord (*Eubalaena glacialis*), et recommande la constitution d'un dossier factuel à propos de l'application efficace de la MMPA, de l'ESA et de la NEPA. Plus précisément, il faut établir :
- a. si les États-Unis assurent l'application efficace de la VSR, compte tenu du nombre de poursuites civiles et pénales intentées pour des infractions à la règle, et des sanctions imposées dans ces cas-là;
 - b. si les États-Unis ont appliqué de manière efficace la disposition de la NEPA stipulant qu'il faut envisager des solutions de rechange raisonnables et analyser les effets cumulatifs au moment de produire un EIE en rapport avec pour la *Risk Reduction Rule*;

¹⁹⁴ *Id.*, p. 9. Règlement couvrant la période de 11 ans durant laquelle aucune poursuite civile n'a été intentée relativement à des enchevêtrements dans des engins de pêche.

- c. si les États-Unis appliquent de manière efficace la MMPA et l'ESA, étant donné qu'ils n'ont promulgué aucun règlement d'urgence pour protéger la baleine noire, malgré des constatations potentielles appuyant de tels règlements;
 - d. si les États-Unis appliquent de manière efficace la MMPA et l'ESA, compte tenu du nombre de poursuites civiles intentées en vue de réduire les cas de décès et de blessures graves de baleines noires imputables à la pêche commerciale au cours des 11 dernières années.
128. En vertu du paragraphe 24.28(1) de l'ACEUM, le Secrétariat avise donc par les présentes le Conseil de la CCE et le Comité de l'environnement, formé en vertu du chapitre 24 de l'ACEUM, de sa décision voulant qu'afin d'atteindre les objectifs dudit chapitre 24, il est de mise de constituer un dossier factuel relativement à la communication SEM-21-003 (*Baleine noire de l'Atlantique Nord*). Le Conseil devrait indiquer, à la suite d'un vote, s'il donne instruction au Secrétariat de constituer ce dossier factuel, habituellement dans les 60 jours ouvrables suivant la réception de la recommandation du Secrétariat.
129. Le Secrétariat demande respectueusement au Conseil d'autoriser la constitution d'un tel dossier factuel comprenant des renseignements factuels, notamment sur les mesures et les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ACEUM, le 1^{er} juillet 2020. En vertu du paragraphe 24.28(2) dudit Accord, le Secrétariat « constitue un dossier factuel si au moins deux membres du Conseil lui en donnent instruction ».

Le tout respectueusement soumis à votre attention

Secrétariat de la Commission de coopération environnementale

(original signé)

Par : Richard Morgan
Directeur exécutif

c.c. Miguel Ángel Zerón, représentant suppléant du Mexique
Catherine Stewart, représentante suppléante du Canada
Jane Nishida, représentante suppléante des États-Unis
Les personnes-ressources du Comité de l'environnement
Paolo Solano Tovar, directeur des affaires juridiques et des communications sur les questions d'application
L'auteur