
Secrétariat de la Commission de coopération environnementale

Recommandation du Secrétariat au Conseil pour l'élaboration d'un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement

N° de la communication: SEM-97-001

Auteur(s) de la communication: B.C. Aboriginal Fisheries Commission
British Columbia Wildlife Federation
Trail Wildlife Association
Steelhead Society
Trout Unlimited (Spokane Chapter)
Sierra Club (U.S.)
Pacific Coast Federation of Fishermen's Association
Institute for Fisheries Resources

Représentés par: Sierra Legal Defense Fund
et Sierra Club Legal Defense Fund

Partie visée: Canada

I SOMMAIRE

La communication¹ allègue que le Canada a omis d'assurer l'application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*² fédérale et permet la destruction constante et non autorisée du poisson et de l'habitat du poisson en Colombie-Britannique, faussant ainsi le marché de l'énergie hydro-électrique et allant à l'encontre des objectifs de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* («ANACDE»). La communication porte sur une omission d'intenter des poursuites à l'égard de plusieurs incidents causés par l'exploitation de divers barrages hydro-électriques sous la responsabilité de British Columbia Hydro («B.C. Hydro»). Elle soutient également que le Canada a omis d'exercer sa compétence obligatoire, aux termes de l'article 119.06 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* («Loi sur l'ONE»)³, pour examiner les répercussions sur l'environnement de la production d'électricité à des fins d'exportation.

Comme question préliminaire, le Canada soutient que les affirmations concernant l'application de la *Loi sur les pêches* font l'objet de procédures judiciaires ou administratives en instance et que, aux termes de l'alinéa 14(3)a) de l'ANACDE, des dossiers factuels ne peuvent être préparés à l'égard de questions qui font alors l'objet de procédures nationales contemporaines. De plus, le Canada affirme qu'il applique ses lois environnementales et qu'il s'acquitte entièrement de ses obligations aux termes de l'ANACDE. Le Canada considère de façon plus large la notion «d'application efficace» et soutient qu'il ne faudrait pas uniquement considérer le fait qu'il y ait ou non des poursuites intentées aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. Le Canada prétend également que l'Office national de l'énergie («ONE») a exercé de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire aux termes de la *Loi sur l'ONE*.

Nous sommes d'avis que l'énoncé «mesure nationale d'ordre judiciaire, quasi-judiciaire ou administratif» à l'alinéa 45(3)a) de l'ANACDE devrait être défini de façon plus restreinte pour répondre aux objectifs et à l'esprit de l'ANACDE, et plus particulièrement, du paragraphe 14(3). Selon la définition de ce terme, une «procédure judiciaire ou administrative» doit être définie de façon précise au paragraphe 45(3), être exercée par une Partie en temps opportun et être conforme à la loi d'une Partie. De plus, pour invoquer la cessation automatique des procédures aux termes de l'alinéa 14(3)a), une telle procédure doit porter sur le même sujet que les allégations soulevées dans la communication.

Aucune des procédures sur lesquelles se fonde le Canada n'entraîne la cessation automatique des procédures aux termes de l'alinéa 14(3)a). Les deux procédures judiciaires, *BC Hydro and Power Authority c. P.G. Canada et le ministre des Pêches et Océans*⁴ et *R. c. British Columbia Hydro and Power Authority*⁵, ne sont pas intentées par une Partie ou ne sont plus en instance. Le processus de planification de l'utilisation de l'eau de la Colombie-Britannique et les comités techniques

¹ SEM-97-001. On peut se procurer le texte intégral de la communication et de la réponse auprès du Secrétariat sur demande ou électroniquement au <http://www.cec.org>.

² S.R.C., 1985, ch. F-14.

³ S.R.C., 1985, ch. N-7.

⁴ Dossier de l'action devant la Cour fédérale n° T-1171-97.

⁵ [1997] B.C.J. n° 1744, Kamloops Registry No. 44436, 19 juillet 1997.

régionaux, ne constituent pas, selon nous, des «procédures administratives» au sens où le terme est utilisé dans l'alinéa 14(3)a).

L'affirmation du Canada selon laquelle il prend diverses mesures de réglementation, y compris des poursuites judiciaires, pour appliquer de façon efficace ses lois est conforme à l'interprétation large «d'application efficace» mentionnée à l'article 5 de l'*ANACDE* et dans d'autres autorités. Par conséquent, l'absence de poursuite aux termes de l'article 35 de la *Loi sur les pêches* n'est peut-être pas le seul facteur à considérer pour déterminer si le Canada applique de façon efficace ses lois environnementales.

On doit obtenir d'autres renseignements avant de pouvoir déterminer si le Canada a appliqué de façon efficace ses lois environnementales. Il est recommandé d'élaborer un dossier factuel afin de regrouper d'autres renseignements précis concernant les moyens utilisés par le Canada pour appliquer la loi et l'efficacité de ces moyens pour s'assurer du respect du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

En ce qui a trait aux allégations concernant l'ONE, le Secrétariat est d'avis que rien ne porte à croire que l'ONE a exercé dans cette affaire un pouvoir discrétionnaire «déraisonnable», et nous recommandons de ne pas constituer de dossier factuel à cet égard. Par conséquent, la constitution d'un dossier factuel est recommandée uniquement à l'égard de l'omission alléguée d'appliquer efficacement l'article 35 de la *Loi sur les pêches*.

II CONTEXTE

Le 2 avril 1997, sept organisations non gouvernementales, soit la B.C. Aboriginal Fisheries Commission, la British Columbia Wildlife Federation, la Steelhead Society, la Trail Wildlife Association, la Pacific Coast Federation of Fishermen's Associations, le Sierra Club (Washington, D.C.) et l'Institute for Fisheries Resources (collectivement, les «auteurs de la communication»)⁶ ont présenté une communication au Secrétariat aux termes de l'article 14 de l'*ANACDE* («communication»). Les auteurs de la communication allèguent en résumé «l'omission du gouvernement canadien d'appliquer le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* et d'utiliser ses pouvoirs prévus à l'article 119.06 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* pour assurer la protection du poisson et de l'habitat du poisson dans les rivières de la Colombie-Britannique contre les dommages environnementaux constants et répétés causés par les barrages hydro-électriques». [traduction]

Aux termes de l'article 14, le Secrétariat peut examiner une communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne alléguant qu'une Partie à l'*ANACDE* omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement. Lorsque le Secrétariat juge qu'une communication satisfait aux exigences mentionnées au paragraphe 14(1), il détermine si la communication justifie la demande d'une réponse à la Partie visée conformément au paragraphe 14(2). À la lumière de la réponse fournie par cette Partie, le Secrétariat peut recommander au Conseil qu'un

⁶ Les auteurs de la communication sont représentés par le cabinet d'avocats canadien Sierra Legal Defense Fund (S.L.D.F.) et le cabinet d'avocats américain Sierra Club Legal Defense Fund (S.C.L.D.F.)

dossier factuel soit préparé, conformément à l'article 15. Le Conseil peut alors demander au Secrétariat de préparer un dossier factuel. Ce dossier factuel final peut être rendu public à la suite d'un vote des deux tiers des membres du Conseil.

Le Secrétariat a examiné la communication en fonction de la réponse pour déterminer si la constitution d'un dossier factuel est justifiée.

A La communication

Les auteurs de la communication allèguent que le Canada a omis d'assurer l'application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* fédérale et permet la destruction constante et non autorisée du poisson et de l'habitat du poisson en Colombie-Britannique, faussant ainsi le marché de l'énergie hydro-électrique et allant à l'encontre des objectifs de l'*ANACDE*. B.C. Hydro, société d'État en propriété exclusive du gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, construit, possède, maintient et exploite un réseau de barrages hydro-électriques dans toute la Colombie-Britannique. Les auteurs de la communication affirment que l'exploitation de ces barrages cause des dommages substantiels au poisson et à l'habitat du poisson.

Aux termes des paragraphes 35(1) et 40(1) de la *Loi sur les pêches*, il est interdit d'exercer une activité qui entraîne la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson, sauf lors des circonstances autorisées par le ministre des Pêches ou conformes aux règlements.⁷ Les auteurs de la communication soutiennent que B.C. Hydro a constamment violé le paragraphe 35(1), mais que le ministère des Pêches et Océans («MPO»), ministère fédéral responsable de l'administration de la *Loi sur les pêches*, n'a intenté que deux poursuites contre B.C. Hydro depuis 1990 «malgré l'existence

⁷ L'article 35 indique ce qui suit:

- (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.
- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

L'article 40 indique ce qui suit:

- (1) Quiconque contrevient au paragraphe 35(1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité:
 - a) par procédure sommaire, une amende maximale de trois cent mille dollars lors d'une première infraction ou, en cas de récidive, une amende maximale de trois cent mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois; ou l'une de ces peines;
 - b) par mise en accusation, une amende maximale d'un million de dollars lors d'une première infraction ou, en cas de récidive, une amende maximale d'un million de dollars et un emprisonnement maximal de trois ans, ou l'une de ces peines.

d'une preuve évidente et bien documentée que les activités de B.C. Hydro ont endommagé l'habitat du poisson à de nombreuses occasions.» [traduction].⁸

Les auteurs de la communication soutiennent également que le Canada a omis d'exercer sa compétence obligatoire, aux termes de l'article 119.06 de la *Loi sur l'ONE*, pour examiner les répercussions sur l'environnement de la production d'électricité à des fins d'exportation. Aux termes de l'article 119.06 de la *Loi sur l'ONE*, l'ONE peut recommander au ministre fédéral des Ressources naturelles qu'une demande fasse l'objet d'un examen public. Pour déterminer s'il y a lieu de procéder à la recommandation, l'ONE doit, aux termes du paragraphe 119.06(2), tenir compte «des répercussions de l'exportation sur l'environnement» et «éviter le dédoublement des mesures prises au sujet de l'exportation par le demandeur et le [gouvernement provincial] » [traductions]. Les auteurs de la communication soutiennent que l'ONE constitue la seule instance où les répercussions environnementales de la production d'électricité destinée à l'exportation sont traitées.

Les auteurs de la communication affirment que dans une décision du 13 septembre 1996, l'ONE a omis de traiter des répercussions environnementales d'une demande présentée par Powerex Corp. pour exporter de l'électricité vers l'État de Washington. Les auteurs de la communication affirment que dans sa décision, l'ONE a conclu que le gouvernement de la Colombie-Britannique réglemente activement l'activité en cause. Selon les auteurs de la communication, la province n'exerce aucune autorité de réglementation semblable.

En plus de ces allégations générales, la communication mentionne six incidents précis faisant état de la nature et de l'ampleur des dommages au poisson et à l'habitat du poisson causés par l'exploitation des barrages hydro-électriques de B.C. Hydro dans l'ensemble de la province. L'annexe A de la communication présente certains renseignements supplémentaires au sujet des répercussions présumées de l'exploitation de B.C. Hydro à chacun des 39 sites.

B. La réponse du Canada

Dans sa réponse, le Canada soutient qu'il applique ses lois environnementales et s'acquitte de toutes ses obligations aux termes de l'*ANACDE*. De plus, le Canada soutient que les affirmations concernant l'application de la *Loi sur les pêches* font l'objet de procédures judiciaires ou administratives en instance et que, aux termes de l'alinéa 14(3)a de l'*ANACDE*, des dossiers factuels ne doivent pas être constitués à l'égard des questions faisant l'objet de procédures nationales contemporaines. Le Canada affirme que la communication soulève des questions qui sont en instance devant la Cour fédérale du Canada et la Cour suprême de la Colombie-Britannique et que le gouvernement fédéral participe à deux procédures administratives exhaustives (soit, dans le cadre de l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau de la Colombie-Britannique et des travaux des comités techniques régionaux). Le Canada prétend que ces procédures visent principalement à s'assurer que B.C. Hydro se conforme aux lois

⁸ Communication, *supra* note 1, p. 1.

fédérales et provinciales à l'égard de la protection de l'habitat du poisson et que les objectifs environnementaux soient pris en compte dans les décisions sur l'utilisation de l'eau.

Le Canada soutient qu'il applique intégralement la disposition environnementale de la *Loi sur les pêches*. Le Canada souligne que la justification du concept selon lequel l'application des lois comprend des mesures plus vastes que les seules poursuites se trouve à l'article 5 de l'*ANACDE*, qui dresse une liste non exhaustive de mesures d'application des lois appropriées. Le Canada soutient que la communication est fondée sur une vision limitée de l'application des lois, voulant que l'application des lois entraîne nécessairement des sanctions juridiques et judiciaires, et omet de reconnaître que le Canada et la province de la Colombie-Britannique ont un dossier sans reproches d'études et de projets coopératifs, exhaustifs et productifs continus pour améliorer les intérêts des pêches. Le Canada suggère que les rapports et les études sur lesquels se sont fondés les auteurs de la communication constituent une étape importante pour cerner les problèmes et trouver des solutions. Lorsque ces études permettent de trouver des solutions fondées sur des mesures de collaboration, il est souvent inutile de procéder à une application des lois plus formelle. Le Canada indique qu'il n'entame des poursuites comme moyen d'application des lois qu'en dernier recours, si la coopération et la persuasion n'ont donné aucun résultat. Le Canada laisse entendre que l'utilisation immédiate et à grande échelle des poursuites comme principal moyen d'application de la législation serait inefficace et contreproductive.

Le Canada décrit ensuite les mesures prises à l'égard des répercussions précises et des incidents particuliers décrits dans la communication. Dans sa réponse, le Canada affirme également que l'ONE a convenablement exercé son pouvoir aux termes de la *Loi sur l'ONE*. Cette loi permet à l'ONE de décider si la preuve présentée au sujet des répercussions environnementales est suffisante pour recommander l'émission d'une ordonnance pour la tenue d'une audience publique. Le Canada soutient que l'ONE a agi dans le respect des limites de son pouvoir discrétionnaire en rendant cette décision selon la preuve qui lui a été présentée, qui n'était pas la même que celle mentionnée dans les annexes fournies par les auteurs de la communication.

Le Canada soutient également que l'*ANACDE* et la *Loi sur les pêches* ne peuvent s'appliquer rétroactivement. Enfin, le Canada affirme que la constitution d'un dossier factuel ne permettrait pas de réaliser davantage les objectifs de l'*ANACDE* à la lumière des renseignements détaillés fournis dans sa réponse.

III EST-CE QUE LE PROCESSUS D'ÉTUDE D'UNE COMMUNICATION DEVRAIT ÊTRE AUTOMATIQUEMENT INTERROMPU SI UNE QUESTION FAIT L'OBJET D'UNE PROCÉDURE JUDICIAIRE OU ADMINISTRATIVE EN INSTANCE?

L'alinéa 14(3)a de l'*ANACDE* prévoit que le Secrétariat «n'ira pas plus avant» si la Partie visée a démontré que la question fait l'objet d'une «procédure judiciaire ou administrative en instance», ce qui laisse entendre que les Parties voulaient empêcher la tenue d'un examen des mesures d'application des lois prises activement par toute Partie. L'alinéa 45(3)a définit l'énoncé «procédure judiciaire ou

administrative» aux fins du paragraphe 14(3). Dans sa réponse, le Canada affirme que le sujet de la communication fait l'objet de «procédures judiciaires ou administratives» en instance, y compris les deux cas devant les tribunaux et les deux exemples de procédures administratives mentionnés ci-dessus et que le processus d'examen de la communication doit donc prendre fin. Nous examinons tout d'abord cette affirmation, étant donné que la question fondamentale de la préparation d'un dossier factuel ne doit être abordée que si le Secrétariat en a l'autorisation.

Tel que mentionné précédemment, en affirmant que le Secrétariat n'a pas l'autorisation de procéder à un examen, le Canada se fonde sur deux procédures judiciaires en instance. La première procédure judiciaire est *BC Hydro and Power Authority c. P.G. Canada et le ministre des Pêches et Océans*, actuellement en instance devant la Cour fédérale du Canada («l'affaire devant la Cour fédérale»). Cette affaire porte sur la constitutionnalité d'une ordonnance de débit d'eau minimal rendue aux termes de l'article 22 de la *Loi sur les pêches*. La deuxième affaire est *R. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, sur laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu sa décision après que le Secrétariat ait reçu la communication et la réponse («l'affaire devant la Cour suprême»). Cette affaire porte sur une poursuite intentée contre B.C. Hydro aux termes, entre autres dispositions, de l'article 35 de la *Loi sur les pêches*.

Le Canada soutient également que sa participation à l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau de la Colombie-Britannique et aux travaux des comités techniques régionaux constitue des procédures administratives aux termes de l'alinéa 45(3)(a) de l'*ANACDE* et par conséquent interdit tout examen supplémentaire. La planification de l'utilisation de l'eau est une initiative parrainée par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour examiner les permis d'exploitation hydraulique de B.C. Hydro et élaborer des plans d'utilisation de l'eau pour chaque installation. Le Canada a répondu que, par l'entremise du MPO, le gouvernement participe à certains aspects de la planification de l'utilisation de l'eau. Le MPO participe également, en collaboration avec des représentants du ministère de l'Environnement, des Terres et des Parcs de la Colombie-Britannique ainsi que de B.C. Hydro, aux travaux des comités techniques régionaux, qui sont chargés d'examiner les questions sur les pêches aux installations elles-mêmes et de façon plus large.

Pour prendre sa décision, le Secrétariat examine d'abord la signification de l'énoncé «procédure judiciaire ou administrative» aux fins du paragraphe 14(3) de l'*ANACDE*. Puis, selon cette interprétation, le Secrétariat détermine si les procédures mises de l'avant par le Canada dans sa réponse entrent dans les limites de la définition énoncée.

A. La définition d'une «procédure judiciaire ou administrative»

Pour déterminer si une procédure entre dans les limites de la définition d'une «procédure judiciaire ou administrative» aux termes du paragraphe 14(3), le Secrétariat a d'abord procédé à une interprétation littérale de l'alinéa 45(3)a de l'*ANACDE* et ensuite, le Secrétariat a examiné l'interprétation possible des termes dans le contexte général d'autres dispositions de l'*ANACDE*. Enfin, il est utile de se référer à des décisions précédentes prises par le Secrétariat pendant tout le processus d'interprétation, même si

nous reconnaissons que le Secrétariat et le Conseil ne sont pas tenus de respecter le principe du *stare decisis*.⁹

(i) *Interprétation littérale du paragraphe 45(3)*

Tel qu'indiqué ci-dessus, le paragraphe 45(3) de l'*ANACDE* prévoit la définition de l'énoncé «procédure judiciaire ou administrative», qui se lit comme suit:

Aux fins du paragraphe 14(3), «procédure judiciaire ou administrative» désigne:

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

Pour qu'il y ait «procédure judiciaire ou administrative», la mesure doit être prise i) par une Partie; ii) en temps opportun; iii) en conformité avec la législation de la Partie; et iv) comprendre une des catégories d'activités prescrites.

Dans une décision précédente, le Secrétariat a soutenu que l'énoncé «par une Partie» signifie que la procédure doit être intentée par un gouvernement signataire de l'*ANACDE*.¹⁰ L'exigence de procéder «en temps opportun» semble exiger qu'une mesure du genre doit être intentée de façon énergique sans délai déraisonnable. La troisième exigence signifie que la procédure doit être fondée sur la loi ou le droit commun de la Partie. Finalement, tel qu'indiqué au paragraphe 14(3) et décrit plus en détail

⁹ À tout le moins, en examinant des décisions antérieures, le Secrétariat sera mieux en mesure d'appliquer de façon uniforme les dispositions de l'*ANACDE*. Cette approche contextuelle à l'égard d'un traité vient de principes fondamentaux de l'interprétation des lois ainsi que des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1991, c. 2, Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Butterworths, Toronto, 1994, c. 8 et la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue à Vienne, le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, 1155 U.N.T.S. 331 («Convention de Vienne»). La Convention de Vienne est entrée en vigueur au Canada et au Mexique le 27 janvier 1980. Les États-Unis ont signé la Convention de Vienne le 24 avril 1970, mais ne l'ont pas ratifiée. I.M. Sinclair indique dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (2^e éd., 1984) que depuis 1969, des dispositions de la Convention de Vienne ont souvent été citées dans des jugements des tribunaux américains et des procédures étatiques comme déclarations exactes des règles coutumières à l'égard de l'interprétation des traités.

¹⁰ Commission de coopération environnementale — Décision du Secrétariat en vertu des articles 14 et 15 de l'*ANACDE*, SEM-96-003, le 2 avril 1997.

ci-après, la «procédure judiciaire ou administrative» doit porter sur la même «question» que la communication.

(ii) *Autres dispositions de l'ANACDE*

Nous remarquons que dans le contexte de l'alinéa 5(3)b), un accord d'observation signifie un type de sanction ou de réparation tout comme l'imposition d'amendes, de peines d'emprisonnement, d'injonctions et de fermetures d'installations, ce qui laisse entendre que l'énoncé «le processus d'obtention d'une assurance d'observation volontaire ou d'un accord d'observation» comprend les procédures considérées comme des mesures menant à des sanctions ou des réparations.

(iii) *L'objet et le but de l'ANACDE*

Après cet examen d'autres dispositions de l'ANACDE, nous examinons maintenant l'objet et le but de l'ANACDE afin de nous aider à interpréter la portée du paragraphe 14(3).¹¹

Afin de promouvoir les objectifs de l'ANACDE indiqués à son article 1 et de donner un sens à la procédure de l'article 14 qui vise à examiner soigneusement les engagements des Parties à appliquer efficacement leurs lois environnementales, il est important d'interpréter de façon étroite la définition de «procédure judiciaire ou administrative» fournie au paragraphe 45(3) qui, dans le contexte du paragraphe 14(3), a pour effet d'annuler les procédures d'examen de la communication. Seules les procédures qui aboutissent à une décision, à un jugement ou à un accord précis dans une période définie devraient être visées par l'alinéa 14(3)a). Les activités qui sont d'ordre consultatif seulement, qui visent à recueillir de l'information ou qui sont fondées sur la recherche, sans objectifs précis, ne sont pas suffisantes pour entraîner l'application de la clause d'annulation automatique. Si ces procédures étaient visées par la définition, une Partie pourrait efficacement soustraire la non-application de ses lois environnementales à un examen simplement en entreprenant des études ou des consultations.

Nous ne voulons pas laisser entendre qu'en invoquant cette clause, le Canada tente délibérément de mettre fin prématurément aux procédures. Toutefois, pour donner plein effet à l'ANACDE, pour les motifs mentionnés, une clause d'annulation de cette nature doit être interprétée de façon étroite.

¹¹ L'article 31 de la Convention de Vienne, *supra* note 9, prévoit qu'un traité «doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.»

(iv) Considérations supplémentaires

Dans sa décision sur le paragraphe 15(1) en rapport avec la communication n° SEM-96-003, le Secrétariat a pris en compte l'objectif visé par l'alinéa 14(3)a). Le Secrétariat a indiqué que l'exclusion des questions qui font actuellement l'objet de procédures judiciaires ou administratives est nécessaire pour deux raisons: a) la nécessité d'éviter un dédoublement des efforts; et b) la nécessité de ne pas faire obstacle à une poursuite en instance. Ces considérations s'appliquent aux deux procédures qui rencontrent les critères définis à l'alinéa 45(3)a) et à d'autres procédures qui ne sont pas visées par cet alinéa. Dans une autre décision aux termes du paragraphe 15(1), le Secrétariat a fait remarquer ce qui suit:

Les litiges civils constituent des mécanismes complexes régis par un ensemble considérablement sophistiqué de règles, procédures et pratiques. Le Secrétariat est peu enclin à entreprendre un processus qui peut entraver involontairement une ou plusieurs considérations stratégiques d'une partie à un litige.[Traduction]¹²

Il ne serait pas non plus approprié que le processus d'examen de la communication soit utilisé afin de revoir l'interprétation d'un tribunal intérieur sur la signification d'une disposition ou d'une décision portant sur des questions de fait et des questions juridiques portées devant ce tribunal.

En bref, pour entrer dans les limites de la définition d'une «procédure judiciaire ou administrative» à l'alinéa 45(3)a), une procédure doit être: précisément indiquée dans l'alinéa 45(3)a), intentée par une Partie en temps opportun et en conformité avec sa loi. De plus, cette procédure doit porter sur la même question que les allégations soulevées dans la communication. Ainsi, cette exigence d'examen initial devrait être étroitement interprétée afin de donner plein effet à l'objet et au but de l'*ANACDE* et plus particulièrement au paragraphe 14(3).

¹² *Supra*, note 10.

B. L'examen de la communication devrait-il prendre fin en raison des procédures soulevées par le Canada?

(i) *BC Hydro and Power Authority c. P.G. Canada et le ministre des Pêches et Océans*

Le Canada se fonde sur l'affaire *BC Hydro and Power Authority c. P.G. Canada et le ministre des Pêches et Océans* (l'«affaire devant la Cour fédérale») comme «procédure judiciaire en instance» au sens où l'entend l'alinéa 14(3)a). Même s'il s'agit de toute évidence d'une «procédure judiciaire» au sens où l'entend l'alinéa 45(3)a), cette affaire n'a pas trait à l'application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*; elle a plutôt trait à une demande d'examen judiciaire d'une ordonnance rendue aux termes de l'article 22 de la *Loi sur les pêches*. Par conséquent, l'affaire et la communication ne portent pas sur la même «question». De plus, la procédure ne semble pas avoir été instituée par une Partie, dans le cas présent le Canada. L'affaire devant la Cour fédérale n'entraîne donc pas l'annulation automatique du processus d'examen de la communication aux termes du paragraphe 14(3).

En ce qui a trait aux critères en deux volets appliqués par le Secrétariat, c'est-à-dire l'évitement du dédoublement et la non-ingérence, le Secrétariat a conclu que l'affaire devant la Cour fédérale ne règlera pas la question soulevée dans la communication et les questions soulevées ne sont pas les mêmes. Il semble y avoir peu de risque que la constitution d'un dossier factuel entraîne un dédoublement des efforts. De plus, la constitution d'un dossier factuel à l'égard de la communication ne fera pas obstacle à la poursuite en instance puisque l'enquête menant à un dossier complet porterait non pas sur la constitutionnalité de l'article 22 de la *Loi sur les pêches* mais bien sur la conduite du Canada en ce qui a trait à l'application de la loi.

(ii) *R. c. British Columbia Hydro and Power Authority*

Le Canada se fonde également sur l'affaire *R. c. British Columbia Hydro and Power Authority* (l'«affaire devant la Cour suprême») comme preuve d'application efficace des lois environnementales. Dans l'affaire devant la Cour suprême, on allègue que B.C. Hydro, en raison d'importantes entrées d'eau dans le réseau de drainage de la rivière Bridge, a «déversé d'énormes quantités d'eau du barrage Terzaghi à trois reprises et a interrompu le déversement de longue date du barrage Seton de façon plutôt abrupte».[Traduction]¹³ La cour a conclu que ces actions avaient tué des poissons et détérioré l'habitat des poissons. Toutefois, B.C. Hydro a été acquittée parce qu'elle avait fait preuve de diligence raisonnable dans l'exploitation des barrages.

La question traitée dans l'affaire devant la Cour suprême mettait en cause l'application du paragraphe 35(1). Nous remarquons toutefois que le jugement dans cette affaire a été rendu le 10 juillet 1997. L'affaire n'est donc plus «en instance» devant les tribunaux, et la procédure n'est donc plus visée par la barrière de l'alinéa 14(3)a). Le sous-alinéa 14(3)b)i) laisse entendre que le fait qu'une question

¹³ [1997] B.C.J. No. 1744, DRS 97-13306, Kamloops Registry No. 44436, supra note 8 au paragraphe 1.

ait déjà fait l'objet d'une procédure peut néanmoins être pertinent. Donc, même si cette affaire ne justifie pas l'interruption de la procédure, la décision de l'affaire en soi peut constituer un fait méritant d'être mentionné dans un dossier factuel qui examine l'efficacité des stratégies d'application actuelles des lois du gouvernement. De plus, les allégations qui portent sur des répercussions continues qui n'ont pas fait l'objet de poursuite pourraient être comprises dans un dossier factuel.

(iii) Initiative de planification de l'utilisation de l'eau de la Colombie-Britannique

Le Canada affirme que l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau de la Colombie-Britannique est une procédure administrative continue au sens où l'entend l'alinéa 14(3)a). Le Canada précise que la planification de l'utilisation de l'eau est un projet visant à examiner tous les permis d'exploitation hydraulique de B.C. Hydro et d'élaborer des plans d'utilisation de l'eau pour chaque installation de B.C. Hydro et que les plans entraîneront des changements qui seront apportés aux permis d'exploitation hydraulique des installations individuelles et aux directives d'exploitation du réseau. Le Canada a indiqué qu'il en résultera très probablement l'imposition de contraintes légales sur les activités de B.C. Hydro. Le Canada soutient que les plans d'utilisation de l'eau seront assujettis aux exigences de la *Loi sur les pêches* et que l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau vise à «s'assurer que l'exploitation des installations de B.C. Hydro respecte la *Loi sur les pêches* fédérale et la législation provinciale et que les valeurs environnementales, sociales et économiques sont prises en considération dans les décisions sur l'utilisation de l'eau» [Traduction].¹⁴ On prévoit qu'il faudra cinq ans ou plus pour achever le processus de planification de l'utilisation de l'eau.

Comme le processus de planification de l'eau est une initiative provinciale, on peut soutenir que la procédure n'est pas initiée par «la Partie» (puisque la communication accuse le Canada). Toutefois, le Canada participe au projet et l'on peut argumenter qu'un certain niveau de participation du fédéral est suffisant pour constituer une procédure intentée «par une Partie». Toutefois, il est inutile d'examiner cette question puisque nous avons conclu que la planification de l'utilisation de l'eau, pour d'autres raisons, n'entraîne pas l'annulation du processus d'examen de la communication.

L'initiative de planification de l'utilisation de l'eau permettra peut-être de protéger davantage l'habitat du poisson grâce à une décision visant à limiter par des dispositions législatives l'utilisation de l'eau par B.C. Hydro. En fait, une fois le processus de planification de l'utilisation de l'eau achevé, les conditions des permis d'exploitation hydraulique de B.C. Hydro peuvent devenir un moyen important de protéger l'habitat du poisson. Toutefois, la procédure en soi n'est pas, selon nous, une «procédure judiciaire ou administrative» au sens où l'entend l'alinéa 45(3)a). L'initiative de planification de l'utilisation de l'eau ne fait partie d'aucune des catégories énumérées à l'alinéa 45(3)a). Le processus ne constitue pas un «processus d'obtention d'une assurance d'observation volontaire ou d'un accord d'observation» au sens où on l'entend dans d'autres contextes ou au sens que devrait avoir cet énoncé aux fins de l'*ANACDE*. Le fait de considérer la planification de l'utilisation de l'eau comme faisant partie du «processus de délivrance d'un permis» élargirait indûment la définition de cet énoncé.

¹⁴ Réponse du Canada à la communication SEM-97-001, juillet 1997 (la «réponse»), p. 10.

Le fait que le Canada participe à un processus provincial qui peut changer la façon de protéger le poisson et l'habitat du poisson n'empêche pas la constitution d'un dossier factuel pour déterminer si le Canada applique efficacement la *Loi sur les pêches* conformément aux moyens légaux qui existent en ce moment. De plus, la constitution d'un dossier factuel dans ce cas-ci n'entraînera pas de dédoublement des efforts et la conclusion de la procédure administrative ne fera pas obstacle à la question faisant l'objet de la communication ni ne la rendra inutile.

(iv) Comités techniques régionaux

Le Canada soutient également que sa participation aux comités techniques régionaux constitue une procédure administrative aux termes du paragraphe 14(3). Ces comités, qui comprennent des représentants du MPO, du ministère de l'Environnement, des Terres et des Parcs de la Colombie-Britannique et de B.C. Hydro, examinent des questions portant sur les pêches pour des installations individuelles et pour l'ensemble du réseau. Comme le Canada le déclare dans sa réponse à la communication: «Le travail du comité a principalement consisté à identifier et documenter certaines préoccupations à l'égard du poisson et de l'habitat du poisson aux installations hydroélectriques actuelles et à obtenir du financement de B.C. Hydro afin que des experts-conseils indépendants effectuent des études biophysiques et des études sur l'inventaire ichtyologique pour trouver des moyens d'améliorer la situation.»[Traduction]¹⁵

Même si le but ultime des travaux des comités techniques régionaux est d'assurer l'observation de la *Loi sur les pêches*, le travail des comités techniques régionaux n'est pas visé par la définition de «procédure judiciaire ou administrative» aux termes de l'alinéa 45(3)a), pour les mêmes raisons mentionnées ci-dessus dans notre exposé sur l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau. De plus, la nature évolutive du travail des comités techniques régionaux permet d'opposer d'autres arguments au fait qu'ils soient visés par l'alinéa 45(3)a). Enfin, la question faisant l'objet de la communication, soit l'application de l'article 35 de la *Loi sur les pêches*, n'est pas abordée dans les discussions des comités techniques régionaux.

IV LA CONSTITUTION D'UN DOSSIER FACTUEL EST-ELLE JUSTIFIÉE DANS LE CAS PRÉSENT?

A. Omission d'assurer l'application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* à l'encontre de B.C. Hydro

En réponse à diverses allégations concernant l'application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, le Canada a décrit toute une gamme de mesures prises pour s'assurer que B.C. Hydro respecte le paragraphe 35(1). Toutefois, on dispose de peu d'information concernant a) les politiques ou directives d'application des lois utilisées par le Canada et b) des faits précis concernant le moyen d'application des lois utilisé à l'égard des allégations soulevées dans la communication. L'élaboration

¹⁵ Réponse, *supra*, p. 19.

d'un dossier factuel permettra de compiler cette information, laquelle permettra de déterminer si le Canada a assuré une application efficace de ses lois environnementales.

Bon nombre d'exemples permettent de conclure que des questions véritables subsistent concernant les allégations des auteurs de la communication. Ces derniers soutiennent qu'au cours de l'été de 1996, B.C. Hydro a asséché Cranberry Creek, faisant échouer et tuant des truites sur une distance de 10 km.¹⁶ Le Canada a répondu que le projet Walter Hardman, qui affecte Cranberry Creek, est prioritaire pour l'initiative de planification de l'utilisation de l'eau et que le MPO a participé à l'élaboration de directives d'exploitation provisoires, qui ne sont pas encore en vigueur.¹⁷ La réponse ne précise pas le moyen que le Canada a utilisé pour appliquer la loi (et l'efficacité de ce moyen) en réponse à l'incident à Cranberry Creek. Sans cette information, y compris l'information à l'égard des politiques d'application des lois du Canada, il est difficile d'évaluer si le Canada a assuré l'application efficace de la loi à l'égard de l'incident à Cranberry Creek ou des autres incidents indiqués dans la communication.

Les allégations concernant les problèmes constants d'exploitation posent des questions semblables. Par exemple, la communication laisse entendre qu'à l'égard du projet Shuswap Falls, des effets négatifs ont découlé d'une diminution du débit d'eau en hiver, de l'assèchement, des fluctuations rapides du débit d'eau, d'une augmentation des niveaux de sédiments, d'un accès réduit et des impacts sur la productivité benthique.¹⁸ En réponse, le Canada a dressé la liste d'un certain nombre de mesures prises, y compris les suivantes: a) la mise en place d'une étude sur les impacts de la variation du débit d'eau; b) l'élaboration d'une courbe des niveaux optimaux que B.C. Hydro refuse actuellement d'utiliser; c) une déclaration verbale du MPO à l'intention de B.C. Hydro selon laquelle le régime d'écoulement proposé par B.C. Hydro est inacceptable; et d) une demande du MPO adressée à B.C. Hydro pour obtenir plus de temps afin de vérifier certains travaux comme l'élimination des hausses. De plus, le Canada fait référence à une demande du ministère de l'Environnement, des Terres et des Parcs de la Colombie-Britannique, que B.C. Hydro n'a pas acceptée, que les incidences de la variation du débit d'eau sur les invertébrés soient examinées.¹⁹ Encore une fois, on dispose de peu d'information sur l'efficacité de ces mesures pour assurer l'observation de la loi.

En ce qui a trait au projet de Downton Lake et de LaJoie, le Canada soutient qu'il s'en est remis à la décision de la province de ne pas poursuivre B.C. Hydro pour avoir drainé considérablement le réservoir en mai 1996. Le Canada fait remarquer que la province a choisi de ne pas intenter de poursuite en raison du manque de preuve sur le nombre de pertes de poisson et du fait qu'il n'y a pas eu d'étude préalable à l'incident.²⁰ Cette réponse ne contient pas suffisamment d'informations sur l'efficacité du moyen d'application des lois utilisé par le Canada. À tout le moins, le fait de s'en remettre à la province ne soustrait pas le Canada à ses obligations d'assurer l'application de la *Loi sur les pêches* fédérale.

¹⁶ Communication, *supra*, p. 5.

¹⁷ Réponse, *supra*, p. 27.

¹⁸ Communication, *supra*, p. 5.

¹⁹ Réponse, *supra*, p. 36-37.

²⁰ *Ibid*, p. 32 et 37.

La communication affirme que le barrage Bennett et la station G.M. Shrum ont causé une diminution de la productivité du poisson, des fluctuations rapides du débit d'eau faisant échouer le poisson, une augmentation des niveaux de gaz et de la sédimentation. Le Canada a fourni la réponse suivante:

Le MPO n'était pas impliqué au moment de la construction dans les années 1960. B.C. Hydro n'a pas demandé une autorisation aux termes de la *Loi sur les pêches* pour entreprendre le projet. Le Eastern BC Habitat Unit du MPO a été créé en 1990, vingt ans après le début de l'exploitation de ces installations. [Traduction]²¹

Ces déclarations ne semblent pas pertinentes au fait que le Canada omet actuellement d'assurer l'application efficace de ses lois environnementales. Comme le Secrétariat l'a fait remarquer dans la communication n° SEM-96-001²²:

L'article 47 de l'*ANACDE* prévoit que celui-ci entre en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Le Secrétariat ne dénote par ailleurs aucune intention expresse ou implicite qui viserait à conférer un effet rétroactif à l'article 14 de l'*ANACDE*. Néanmoins, le Secrétariat considère qu'il est possible que des faits ou des actes antérieurs au 1^{er} janvier 1994 aient pu générer des obligations qui continuent d'exister après cette date et que certains aspects de ces obligations puissent être pertinents à l'identification de faits relatifs à la question de savoir si une omission d'assurer l'application efficace de la législation de l'environnement existe actuellement.

La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit à l'article 28 qu'«à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date» (Nations Unies, Treaty Series, vol. 1155, p. 331).

Dans cette communication, le Secrétariat a fait remarquer qu'il peut y avoir «présentement omission d'appliquer la législation de l'environnement qui, dans les termes de la Convention de Vienne, n'a *pas* cessé d'exister à ce jour». On se doit d'adopter une approche semblable pour traiter de la présente communication. La réponse du Canada ne semble pas viser l'allégation selon laquelle le Canada omet actuellement d'assurer l'application efficace de sa législation sur l'environnement. Il est donc nécessaire d'obtenir davantage d'information.

L'allégation concernant le barrage Keenleyside est un autre exemple. La communication a affirmé que l'arrêt complet du débit à ce barrage, en avril 1990, a privé d'eau et isolé des alevins de truites arc-en-ciel et saumon kokanee dans le delta de Norns Creek.²³ Le Canada a répondu que cet incident

²¹ *Ibid*, p. 32.

²² Recommandation du Secrétariat au Conseil pour la constitution d'un dossier factuel conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, SEM-96-001, 7 juin 1997.

²³ Communication, *supra*, p. 5.

ne peut être visé par une communication aux termes de l'article 14, car il s'est produit avant l'entrée en vigueur de l'*ANACDE*. Le Secrétariat est d'accord et recommande qu'un dossier factuel ne soit pas préparé à l'égard de cette allégation particulière.

Toutefois, si une situation survenue dans le passé persiste, elle peut être visée par une communication aux termes de l'article 14. Par exemple, si les activités de B.C. Hydro continuent de détériorer l'habitat du poisson, le fait que ces activités aient commencé avant l'entrée en vigueur de l'*ANACDE* n'a plus d'importance. Comme on l'a indiqué plus haut, le Secrétariat reconnaît qu'un devoir actuel d'appliquer la loi peut provenir d'une situation qui persiste. Si la construction d'installations dans le passé a entraîné une situation qui «persiste», alors les faits entourant cette situation peuvent faire l'objet d'une enquête factuelle.

Le Canada affirme également que les répercussions négatives des installations au barrage Bennett sont compensées, à tout le moins en partie, par le programme d'indemnisation Peace/Williston.²⁴ Il est difficile de dire si l'indemnisation est d'une quelconque pertinence pour l'application efficace des lois environnementales du Canada.

En affirmant que le Canada a omis d'assurer l'application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, les auteurs de la communication font remarquer que seulement deux poursuites ont été intentées contre B.C. Hydro depuis 1990. Le Canada, dans sa réponse, laisse entendre qu'il a entrepris diverses activités qui, ensemble, constituent une application efficace de sa loi environnementale. Le Secrétariat est conscient des divers principes et approches qui peuvent être appliqués à une définition ou à l'application du terme «application efficace». Par exemple, dans certaines circonstances, il peut être réputé plus efficace de prendre d'autres mesures d'application des lois pour en assurer l'observation que d'intenter exclusivement des poursuites. À cet égard, il est difficile de dire comment le Canada choisit les moyens d'application de sa législation sur l'environnement pour en assurer l'observation.

En bref, la réponse du Canada ne divulgue pas suffisamment de faits concernant le moyen d'application des lois précis pris par le Canada pour chacun des incidents allégués et l'efficacité de ce moyen pour assurer l'observation de sa législation sur l'environnement. Par conséquent, on recommande la constitution d'un dossier factuel sur l'omission d'assurer l'application efficace de l'article 25 de la *Loi sur les pêches*.

B. Omission d'assurer l'application efficace de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*

L'un des auteurs de la communication, le B.C. Wildlife Federation, a présenté à l'ONE en 1996 une demande d'examen public des répercussions sur l'environnement de l'exportation d'électricité aux États-Unis par une filiale en propriété exclusive de B.C. Hydro. L'ONE a refusé cette demande en partie en raison du fait que la province «réglementait activement» l'activité en question. L'ONE a indiqué dans ses motifs que «la preuve semblait démontrer que la province s'assurait de façon active du

²⁴ Réponse, *supra*, p. 32.

caractère approprié de l'exploitation des centrales hydro-électriques et prenait des mesures pour promouvoir l'intérêt public à cet égard».[Traduction]²⁵ Les auteurs de la communication soutiennent qu'il n'existe aucune loi ni aucun règlement provinciaux qui s'appliquent aux répercussions environnementales de la production de l'énergie hydro-électrique. Les auteurs de la communication soutiennent également que l'ONE est le seul tribunal administratif fédéral ayant le pouvoir d'examiner les répercussions environnementales de la production d'électricité à des fins d'exportation et qu'en raison de l'omission de l'ONE d'exercer ce pouvoir, les deux paliers de gouvernement ont omis de réglementer les répercussions de l'électricité générée pour l'exportation sur le poisson et l'habitat du poisson.

Le B.C. Wildlife Federation a présenté une demande d'autorisation pour interjeter appel de la décision de l'ONE devant la Cour d'appel fédérale aux motifs que l'ONE a erré en omettant de vérifier les répercussions environnementales de la production d'électricité à des fins d'exportation. Cette demande d'autorisation a été refusée sans motif. Les auteurs de la communication soutiennent que ce refus soustrait complètement la décision de l'ONE à tout examen et empêche tout recours supplémentaire à l'échelle nationale.

Dans sa décision, l'ONE considère les questions soulevées dans la demande comme des questions opérationnelles qui relèvent de la province. L'ONE est d'avis qu'en tant qu'organisme de réglementation fédéral responsable, il doit faire attention de s'assurer qu'il ne s'ingère pas dans des questions qui relèvent de la province. L'ONE a conclu que la preuve soulevée par le B.C. Wildlife Federation concernait des questions opérationnelles. Le dossier présenté devant l'ONE indiquait que la Colombie-Britannique avait approuvé un Energy Removal Certificate le 15 février 1996. L'ONE pouvait conclure que la demande d'exportation avait satisfait aux exigences de réglementation de la Colombie-Britannique. L'ONE a conclu que la preuve présentée semblait démontrer que la province tentait d'assurer activement l'exploitation appropriée des installations hydro-électriques et prenait les mesures nécessaires pour promouvoir l'intérêt public à cet égard. L'ONE a conclu qu'il ne devrait pas dédoubler les responsabilités provinciales lorsque la preuve semble démontrer que la province réglemente activement l'activité en question.

Dans sa réponse, le Canada affirme qu'il a exercé son pouvoir de façon appropriée aux termes de la *Loi sur l'ONE*. Le Canada soutient que cette loi permet à l'ONE de déterminer si la preuve présentée au sujet des répercussions environnementales est suffisante pour recommander la tenue d'une audience publique. Le Canada prétend que l'ONE a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en prenant cette décision en fonction de la preuve qui lui a été présentée. Le Canada fait remarquer que l'ONE a rendu sa décision sur la preuve présentée devant lui à l'égard de la demande et que la preuve présentée à l'ONE n'était pas la même que celle contenue dans les annexes fournies par les auteurs de la communication. Par conséquent, le Canada laisse entendre qu'on ne peut dire que le Canada a omis d'assurer l'application des dispositions pertinentes de l'ONE.

Le paragraphe 45(1) indique ce qui suit:

²⁵ Décision de l'Office national de l'énergie, n° de dossier de l'ONE 6200-B007-5, 13 septembre 1996.

Une Partie n'aura pas omis d'assurer «l'application efficace de sa législation de l'environnement» ou de se conformer au paragraphe 5(1) dans un cas particulier où l'action ou l'omission d'organismes ou de fonctionnaires de cette Partie:

- a) constitue un exercice raisonnable de leur pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les enquêtes, les poursuites, la réglementation ou des questions liées à l'observation des lois;

À cet égard, la communication ne satisfait pas aux critères nécessaires pour procéder à un examen plus approfondi. Lorsqu'une loi environnementale accorde un pouvoir de prise de décisions discrétionnaire, l'auteur d'une communication doit prouver que dans les circonstances, la Partie a agi de façon «déraisonnable» en exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard des questions soulevées. Les auteurs de la communication n'ont pas satisfait à ce critère. Ainsi, la constitution d'un dossier factuel à l'égard des allégations concernant la *Loi sur l'ONE* n'est pas justifiée.

V RECOMMANDATION

Le Secrétariat considère que, compte tenu de la réponse fournie par le Canada, la communication justifie la constitution d'un dossier factuel pour regrouper d'autres renseignements précis concernant les moyens d'application des lois pris par le Canada et l'efficacité de ces moyens pour assurer l'observation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

Comme on l'a mentionné plus haut, le dossier factuel ne devrait pas réexaminer les faits sous-jacents qui ont servi de fondement à l'action portée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'égard des barrages Terzaghi et Seton. Toutefois, les répercussions continues qui résultent de l'exploitation de ces projets peuvent être examinées et la décision de l'affaire en soi peut être pertinente pour déterminer l'efficacité des efforts d'application des lois du Canada. Le dossier factuel ne devrait pas examiner des actes ou des événements précédant l'entrée en vigueur de l'*ANACDE*, sauf si ces actes ou événements sont liés aux allégations selon lesquelles le Canada omet de façon continue d'assurer l'application efficace de la loi environnementale.

Pour les motifs mentionnés plus haut, le Secrétariat soutient que la constitution d'un dossier factuel n'est pas justifiée à l'égard des allégations concernant l'omission d'appliquer la *Loi sur l'ONE*.

Respectueusement soumise ce 27^e jour d'avril 1998.

Janine Ferretti
Directrice exécutive par intérim