

Dallas, le 11 juin 2000

RÉSOLUTION DU CONSEIL N^o 00-04

Directive au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale sur le dossier factuel constitué à la suite de la communication SEM-97-001 dont les auteurs allèguent que le Canada omet d'appliquer efficacement le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* à l'égard de certaines installations hydroélectriques en Colombie-Britannique

LE CONSEIL :

SE FONDANT sur le processus prévu aux articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE) relatif au traitement des communications sur des questions d'application et à la constitution de dossiers factuels;

AYANT REÇU le dossier factuel final concernant la communication SEM-97-001;

NOTANT qu'il doit décider, en vertu du paragraphe 15(7) de l'ANACDE, si ledit dossier factuel doit être rendu public;

AFFIRMANT sa détermination à ce que le processus en question soit rapide et transparent;

DÉCIDE par les présentes :

DE RENDRE ledit dossier factuel final publiquement accessible et de l'inscrire au registre des communications;

D'ANNEXER à la présente résolution et au dossier factuel les lettres que les Parties ont transmises au Secrétariat en vertu du paragraphe 15(5) de l'ANACDE afin de lui faire part de leurs observations sur le dossier factuel provisoire.

ADOPTÉE PAR LE CONSEIL :

Norine Smith
Gouvernement du Canada

José Luis Samaniego
Gouvernement des États-Unis du Mexique

William A. Nitze
Gouvernement des États-Unis d'Amérique

Le 11 mai 2000

Janine Ferretti
Directrice exécutive
Secrétariat
Commission de coopération environnementale
393, rue Saint-Jacques Ouest, Bureau 200
Montréal (Québec)
Canada H2Y 1N9

Madame,

Conformément au paragraphe 15(5) de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), nous avons examiné le dossier factuel provisoire relatif à la communication 97-001 (« BC Hydro »), qui nous a inspiré les commentaires suivants.

Même s'il est évident qu'un dossier factuel ne peut pas contenir toute l'information communiquée au Secrétariat, il est important d'y inclure deux faits de nature contextuelle :

- 1) presque toutes les installations de BC Hydro ont été construites ou étaient opérationnelles avant 1977, année où le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* est entré en vigueur;
- 2) les installations hydroélectriques ont des répercussions sur 27 bassins hydrographiques, qui représentent 2 % des rivières à saumon de la Colombie-Britannique. Il n'y a aucune installation dans le réseau principal du fleuve Fraser et de la rivière Thompson.

Le paragraphe 137 contient une erreur factuelle : la valeur finale des avantages associés à la réduction des exploitations électriques est de 50 millions de dollars par année.

Le Canada demande que les commentaires ci-dessus soient intégrés au dossier factuel final.

Le Canada note en outre que le dossier factuel ne se contente pas de regrouper des faits; il contient des opinions, des conclusions et des recommandations émanant du Secrétariat et du groupe d'experts. Par exemple, le paragraphe 143 fait des spéculations relativement à certains enjeux qui pourraient « influencer sur l'efficacité du processus de PUE ». Le paragraphe 149 contient une longue liste de « questions qu'il vaut la peine d'examiner dans le cadre de la vérification de l'efficacité du programme de PUE ». Dans le paragraphe 233, on peut lire la conclusion suivante : « En établissant les conditions de base au niveau de celles qu'on trouve dans l'habitat au moment de la mise en œuvre de plans d'utilisations de l'eau (PUE) ou dans un passé récent, on établit un niveau trop bas pour la protection de l'habitat. » Comme vous le savez, les Parties examinent actuellement la question de la portée des dossiers factuels dans le cadre de l'ANACDE, et ont l'intention de clarifier le plus tôt possible leur perception commune de cette question.

Il est important que la publication d'un dossier factuel ne signifie pas qu'il est automatiquement approuvé par le Conseil ou la Partie concernée. C'est pourquoi nous souhaitons que l'énoncé suivant soit intégré au dossier factuel final : « Il convient de mentionner que le Canada n'approuve pas nécessairement le contenu du dossier factuel. »

Enfin, nous signalons qu'une Partie ne doit pas rendre publics ses commentaires tant qu'un vote du Conseil n'a pas entériné la publication du dossier factuel final conformément au paragraphe 15(5) de l'ANACDE.

Veillez agréer, Madame, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Norine Smith
Sous-ministre adjointe
Politiques et Communications
Environnement Canada

c.c. : William Nitze
José Luis Samaniego

Le 11 mai 2000

Janine Ferretti
Directrice exécutive
Commission de coopération environnementale
393, rue Saint-Jacques Ouest, Bureau 200
Montréal (Québec)
Canada H2Y 1N9

Madame,

Au nom des autorités américaines et conformément à l'article 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), je tiens à faire connaître au Secrétariat mes commentaires à propos du dossier factuel provisoire relatifs à la communication 97-001 portant sur les questions d'application de la loi (la communication de « BC Hydro »). Le gouvernement américain a examiné avec intérêt le dossier factuel provisoire. Nous avons des observations et des suggestions à formuler au sujet de ce document, mais nous les limiterons à une question qui nous paraît extrêmement importante.

Le gouvernement américain pense que l'objectif premier d'un dossier factuel consiste à permettre au Secrétariat de présenter les faits à l'appui de l'allégation selon laquelle une Partie n'a pas respecté les dispositions de l'ANACDE en n'appliquant pas efficacement sa législation de l'environnement. Cet exposé des faits devrait permettre au public nord-américain de tirer ses propres conclusions face au problème qui lui est présenté. Dans le cadre de ce processus, on a confié au Secrétariat un rôle important, puisqu'il devait recueillir toute l'information de façon neutre et indépendante. Il était donc important qu'il s'abstienne de produire un dossier factuel dans lequel il semble exposer son propre point de vue à propos de l'application efficace ou inefficace de la loi, en réponse à la communication susmentionnée.

Le gouvernement américain est tout particulièrement préoccupé par trois parties du dossier factuel provisoire. Celle qui l'inquiète le plus est la dernière puce du paragraphe 233. Le Secrétariat y évoque les outils que le Canada devrait utiliser dans des circonstances particulières pour pouvoir appliquer efficacement sa législation. Les paragraphes 141 et 218 du rapport sont également problématiques. Il semble que, dans le paragraphe 141, le Secrétariat explique quelles mesures prises par le Canada sont susceptibles de satisfaire les auteurs de la communication. Le paragraphe 218 semble présenter l'opinion du Secrétariat relativement aux « enjeux » dont le Canada doit tenir compte pour remédier aux « dommages causés à l'habitat du poisson par les exploitations de BC Hydro ». Selon nous, les opinions exprimées dans ces paragraphes dépassent (ou

risquent fort de dépasser) la limite qui sépare la recherche indépendante de données factuelles et l'expression de jugements à propos du problème juridique qui est au cœur de la communication. Les États-Unis recommandent donc au Secrétariat de modifier ces paragraphes dans la version finale du dossier factuel.

Si le Secrétariat a besoin d'éclaircissements à propos de nos commentaires, ses représentants peuvent évidemment communiquer avec moi ou avec Lorry Frigerio, qui fait partie de mon équipe.

Veillez agréer, Madame, mes salutations distinguées.

William A. Nitze
Représentant suppléant des États-Unis au Conseil

Mexico, D.F., 11 mai 2000

Madame Janine Ferretti
Directrice exécutive
Commission de coopération environnementale

Madame,

Par la présente, le Mexique accuse réception du dossier factuel provisoire relatif à la communication SEM-97-001 et reconnaît les efforts mis en œuvre par le Secrétariat de la CCE dans la poursuite de l'amélioration de la procédure établie en vertu des articles 14 et 15 de l'ANACDE. À ce sujet et conformément au paragraphe 15(5) de l'ANACDE, le Mexique présente ses observations au Secrétariat quant à l'exactitude des faits contenus dans le dossier factuel.

Il convient de mentionner que, tel que le précise l'Accord, une fois que le Secrétariat a inclus les observations pertinentes dans le dossier factuel final, il appartient au Conseil de décider s'il rendra le document publiquement accessible, tel que prévu au paragraphe 15(7) de l'Accord.

Comme il est mentionné dans nos observations, le Mexique estime qu'un dossier factuel ne doit présenter qu'un ensemble de faits, comme l'exige l'Accord; il ne doit contenir aucun jugement, aucune recommandation d'experts consultés par le Secrétariat ni les points de vue du Secrétariat lui-même.

Par ailleurs, nous tenons à préciser que les documents présentés comme *dossier factuel* doivent se limiter à décrire les faits qui justifient la présentation de la communication.

Nous croyons aussi qu'on ne peut pas, dans un dossier factuel, faire un examen de l'efficacité ou de la pertinence d'un cadre législatif, ni prendre de décision à ce sujet. Il faut plutôt se concentrer uniquement sur les faits qui corroborent les manquements allégués relativement à l'application de la loi, tels qu'on les trouve dans la communication à l'étude.

Enfin, sans minimiser l'importance des autres observations formulées dans l'examen fourni, je me

dois d'insister sur la nécessité de suivre le processus à la lettre, c'est-à-dire, conformément à l'Accord. C'est ainsi que nous pourrions garantir à la population un processus efficace et transparent qui favorisera, en bout de ligne une plus grande participation du public.

Je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

[original signé]

José Luis Samaniego Leyva

Représentant suppléant

VDM/MVL

c.c.: Julia Carabias Lillo, secrétaire, *Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca*

Norine Smith, représentante suppléante, Canada

William Nitze, représentant suppléant, États-Unis d'Amérique

**Observations du Mexique à propos du dossier factuel provisoire
relatif à la communication SEM 97-001
(B.C. Aboriginal Fisheries Commission et coll.)**

México, D.F., 8 mai 2000

Contexte

Le 2 avril 1997, le Sierra Legal Defence Fund et le Sierra Club Legal Defense Fund (les auteurs de la communication, ou « les auteurs ») ont présenté une communication au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale (CCE) en vertu de l'article 14 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE). Dans cette communication, ils allèguent que le gouvernement du Canada omet d'assurer l'application efficace des paragraphes 35(1) et 40(1) de la *Loi sur les pêches*, en ce qui concerne les activités de la société BC Hydro and Power Authority (« BC Hydro »).

Après avoir analysé la communication dans le cadre du paragraphe 14(2) de l'ANACDE, le Secrétariat a jugé que cette communication justifiait la demande d'une réponse à la Partie concernée. Le Canada a donc présenté sa réponse en juillet 1997.

Après avoir analysé la communication et la réponse de la Partie, le Secrétariat a constaté que la communication justifiait la constitution d'un dossier factuel en vertu du paragraphe 15(1) de l'ANACDE, et en avisé le Conseil de la CCE le 27 avril 1998.

Dans sa résolution n^o 98-07, le Conseil a demandé au Secrétariat de constituer le dossier en question.

Le 28 mars 2000, le Secrétariat a présenté au Conseil le « Dossier factuel provisoire relatif à la communication SEM-97-001 » (le « dossier factuel provisoire ») conformément au paragraphe 15(5) de l'ANACDE. Vous trouverez ci-après un résumé du contenu de la communication et de la réponse de la Partie, des mesures prises par le Secrétariat relativement à la constitution du dossier factuel provisoire correspondant et des caractéristiques dudit dossier.

1. Les auteurs affirment qu'en vertu des articles 35(1) et 40(1) de la *Loi sur les pêches*, « l'exploitation de tout ouvrage qui entraîne la détérioration de l'habitat du poisson constitue une infraction »; ils appuient leur argument par l'énumération de six cas précis dans lesquels les opérations de BC Hydro ont causé des dommages au poisson et à son habitat. Ils allèguent en effet que BC Hydro « enfreint de façon constante et systématique le paragraphe 35(1) [de la *Loi sur les pêches*] » et que l'exploitation ordinaire de ses barrages « cause des dommages incessants et considérables au poisson et à l'habitat de celui-ci » (paragr. 11 et 13 du dossier factuel provisoire).

La communication précise également que le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*

contient une exception au paragraphe 35(1) qui autorise la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre des Pêches et des Océans du Canada ou conformes aux règlements pris en application de la Loi.

En outre, les auteurs affirment que le ministère des Pêches et des Océans du Canada « n'a délivré aucune autorisation en vertu du paragraphe 35(2) [...] qui permet à [BC] Hydro d'endommager l'habitat du poisson, pas plus qu'il n'existe de dispositions réglementaires prises en vertu de la Loi qui dispensent [BC] Hydro de se conformer au paragraphe 35(1) ». Les auteurs rappellent que le ministère des Pêches et des Océans —organe fédéral responsable de l'application de la *Loi sur les pêches* — a omis d'assurer l'application du paragraphe 35(1) dans le cas de BC Hydro, étant donné qu'il « n'a déposé contre [BC] Hydro que deux accusations isolées [...] et ce, malgré l'existence de preuves évidentes et bien documentées que les activités [de BC] Hydro ont endommagé l'habitat du poisson à de nombreuses occasions » (paragr. 13 et 19 du dossier factuel provisoire).

Les auteurs allèguent que « la Partie a omis d'appliquer efficacement les dispositions de la *Loi sur les pêches* ». [La communication] précise ceci : « le MPO [...] a omis et continue d'omettre de faire respecter le paragraphe 35(1) par [BC] Hydro » (paragr. 19 du dossier factuel provisoire).

2. Pour sa part, le gouvernement du Canada dit assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement, précisant que « l'article 5 de l'ANACDE reconnaît que l'application des lois comprend des mesures plus vastes que les seules poursuites et dresse une liste non exhaustive de mesures d'application des lois appropriées ». Il affirme en outre que les auteurs basent leurs allégations sur une définition trop limitée de l'application efficace, qui « associe nécessairement l'application des lois à des sanctions juridiques et judiciaires » (paragr. 23 du dossier factuel provisoire).

Le Canada précise qu'il a « établi que diverses mesures d'observation, par exemple, l'observation volontaire, un accord d'observation, le recours à une instance administrative ou judiciaire pour obtenir des sanctions, constituent les meilleurs moyens de protéger à long terme les poissons et leur habitat. » (paragr. 24 du dossier factuel provisoire). De plus, il indique que « le Canada n'hésite pas à exercer les pleins pouvoirs conférés par ses lois pour protéger le poisson et son habitat, lorsqu'il estime que l'exercice de ces pouvoirs est la réponse appropriée » (paragr. 25 du dossier factuel provisoire).

À l'appui de ses affirmations, le Canada inclut dans sa réponse un tableau intitulé « Orders and Authorizations Issued to BC Hydro since 1990 » (Arrêtés et autorisations ayant visé BC Hydro depuis 1990), qui décrit les autorisations délivrées en vertu de l'article 32 et du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, et dresse une liste des arrêtés relatifs à l'eau nécessaire pour le lit des rivières en vertu du paragraphe 22(3) de la Loi. Par ailleurs, le Canada définit les cinq stratégies suivantes pour l'application et l'observation de la loi :

nouveaux projets, opérations d'urgence, comités techniques régionaux, initiative de planification de l'utilisation de l'eau et lignes directrices relatives à la qualité de l'eau.

3. Après avoir reçu des instructions du Conseil, le Secrétariat a commencé à constituer le dossier factuel provisoire; pour ce faire, il a entrepris les activités suivantes :
 - a. il a fait appel aux services d'un expert des questions environnementales qui connaissait parfaitement le processus de communication des citoyens (paragr. 39 du dossier factuel provisoire);
 - b. il a demandé à un groupe d'experts des exploitations hydroélectriques, des questions de réglementation et d'observation, et des questions liées à l'habitat du poisson, de préparer un rapport « qui traitera de l'efficacité des méthodes d'application de la loi au Canada » (paragr. 40 du dossier factuel provisoire et annexe 2);
 - c. il a défini le Canada, les auteurs, la province de la Colombie-Britannique et BC Hydro comme les quatre intervenants principaux dans le processus de constitution du dossier factuel (les « intervenants ») (paragr. 41 du dossier factuel provisoire);
 - d. il a invité les intervenants à fournir des renseignements tant oralement que par écrit, avant une date qui a été repoussée plusieurs fois par la suite, et à rencontrer le groupe d'experts afin de lui présenter des renseignements (paragr. 42, 49 et 50 du dossier factuel provisoire), lors de réunions auxquelles tous les intervenants auraient assisté à titre d'observateurs¹ (paragr. 46, 48, 49 et 52 du dossier factuel provisoire);
 - e. il a distribué aux intervenants le document intitulé « Commission de coopération environnementale, Dossier factuel provisoire – Communication SEM-97-001, document préparé conformément à l'article 14, Synopsis », produit par le Secrétariat, qui « donnait un aperçu du processus de communications des citoyens en vertu de l'article 14 et du processus que le Secrétariat entendait mettre en œuvre pour recueillir des renseignements destinés à la constitution du dossier factuel » (paragr. 43 du dossier factuel provisoire);
 - f. il a distribué aux intervenants un document intitulé « Commission de coopération environnementale – Dossier factuel provisoire établi aux termes des articles 14 et 15 – SEM-97-001, Portée de l'enquête » afin « d'insister sur l'information recueillie et d'améliorer ainsi l'efficacité des efforts mis en œuvre pour recueillir cette information » (paragr. 44 du dossier factuel provisoire). Ce document avait pour objet de « promouvoir la collecte d'information permettant de déterminer si le Canada applique efficacement ou pas ses lois de l'environnement » (annexe 3);

¹ Il faut noter que le dossier factuel provisoire précise ceci : «Le Secrétariat s'est efforcé de planifier le mieux possible les présentations du Canada et du gouvernement de la Colombie-Britannique au groupe d'experts.

Une de ces présentations avait été programmée le 11 février 1999, mais elle a été reportée à la demande du Canada. En fait, ces présentations n'ont jamais eu lieu » (paragr. 49 du dossier factuel provisoire); toutefois, il ne signale pas que le Canada n'a pas participé parce qu'il était insatisfait des procédures, de la présentation du document et de sa portée, ce qui entraîné des délibérations entre le Conseil et le Secrétariat, qui ont abouti à la suspension des audiences.

- g. il a envoyé aux intervenants une lettre les avisant que le dossier factuel viserait un sous-groupe de six installations de BC Hydro, afin de recueillir des renseignements sur les principaux effets néfastes, sur les mesures prises par le Canada et de déterminer « dans quelle mesure les interventions du gouvernement et les efforts de BC Hydro ont réussi à réduire ces effets. Dans cette même lettre, le Secrétariat demandait aux intervenants s'ils étaient d'avis qu'une autre installation devrait être incluse dans l'examen » (paragr. 45 du dossier factuel provisoire);
- h. il a invité les citoyens à participer au processus, en affichant sur le site Web de la CCE les documents susmentionnés (lettre invitant les intervenants à présenter des renseignements et à participer aux réunions du groupe d'experts, Synopsis et Portée de l'enquête), et « créé une banque de documents » (paragr. 53 du dossier factuel provisoire) à l'Institute of Dispute Resolution de l'Université de la Colombie-Britannique; cette banque contient les documents susmentionnés, ainsi que « la communication elle-même, la réponse du Canada, la réponse des auteurs, la résolution du Conseil, ainsi que l'Accord et les Lignes directrices » pour consultation (annexe 2).

Grâce à ces activités, le Secrétariat a recueilli des renseignements relatifs (notamment) à la nature des activités d'application de la loi au Canada et à l'efficacité avec laquelle ces activités permettent d'appliquer le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

- 4. Dans la section Sommaire du dossier factuel provisoire, on peut noter les principaux résultats suivants :
 - a. l'exploitation d'installations hydroélectriques cause inévitablement des dommages à l'habitat;
 - b. le Canada a entrepris diverses initiatives liées à l'application de la loi et à la réduction des dommages causés à l'habitat du poisson;
 - c. les enjeux associés aux problèmes liés aux dommages causés à l'habitat du poisson par les exploitations de BC Hydro sont de taille, mais supposent qu'il faut trouver des compromis acceptables entre des intérêts contradictoires, mieux connaître l'habitat du poisson susceptible d'être détérioré par les exploitations de BC Hydro, et les options permettant de remédier aux dommages que ces exploitations causent à l'habitat;
 - d. une grande variété d'activités autres que les exploitations hydroélectriques causent des dommages à l'habitat du poisson;
 - e. le Canada a défini l'ensemble des méthodes d'application qu'il a mises en œuvre et met encore en œuvre pour remédier aux dommages causés à l'habitat du poisson par les exploitations de BC Hydro : poursuites contre BC Hydro; arrêtés invoquant les dispositions du paragraphe 22(3) de la *Loi sur les pêches*, ainsi que les autorisations prévues à l'article 32 et au paragraphe 35(2) de la Loi; création de divers comités régionaux afin d'accorder davantage d'attention aux problèmes liés à l'habitat; application des lignes directrices relatives à la qualité de l'eau (paragr. 216 à 220 du dossier factuel provisoire);

- f. en ce qui concerne les activités d'application entreprises par le Canada et leurs effets pour les six installations de BC Hydro, le rapport du groupe d'experts indique que le niveau d'efforts que le Canada a investi dans la résolution des problèmes liés à l'habitat semble varier considérablement d'une installation à l'autre. Selon le groupe d'experts, « il est clair que certaines activités ont généré des avantages mais, en général, on dispose de peu d'information à propos de l'ampleur et de la pertinence des avantages produits ». Le groupe d'experts indique aussi qu'il est important d'adopter une approche rigoureuse à l'échelle du réseau pour résoudre les problèmes liés aux dommages causés à l'habitat du poisson (paragr. 221 du dossier factuel provisoire);
- g. le Canada a mis en œuvre un processus de planification de l'utilisation de l'eau(PUE), qui est au centre des efforts qu'il déploie pour remédier aux dommages causés à l'habitat du poisson par les exploitations de BC Hydro, et doit inclure la collecte des données nécessaires, ainsi que des mesures destinées à évaluer l'observation de la loi, un plan de surveillance et la possibilité d'une gestion adaptative qui permettrait d'intégrer les connaissances à mesure qu'elles évoluent (paragr. 222, 226 et 227 du dossier factuel provisoire);
- h. en rapport avec ce qui précède, le dossier factuel provisoire indique que le groupe d'experts a conclu que le processus de PUE « constitue une amélioration à bien des égards par rapport aux stratégies précédentes qui visaient à remédier aux dommages causés à l'habitat du poisson par les exploitations de BC Hydro ». Il indique en outre que « les orientations globales [...] sont prometteuses [...] c'est durant les années à venir qu'on aura la "preuve" de l'efficacité de ce processus ». Le groupe d'experts définit « une série de points qu'il faudra surveiller pour déterminer si le processus de PUE sera efficace » (paragr. 231 à 233 du dossier factuel provisoire);
- i. en ce qui concerne la procédure en tant que telle, le dossier factuel provisoire précise ceci : « Il semble que les auteurs de la communication soient convaincus que le processus de PUE peut constituer un outil d'application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* s'il inclut les trois éléments clés suivants :
- Le Canada décide qu'une autorisation prévue au paragraphe 35(2) est nécessaire pour chaque exploitation de BC Hydro qui continue ou pourrait continuer à causer des dommages à l'habitat du poisson [...]
 - Le Canada applique les dispositions du paragraphe 35(2) et la LCEA [Loi canadienne sur l'évaluation environnementale] en déterminant s'il faudrait délivrer une autorisation et en établissant les conditions qu'il faudrait associer à chaque autorisation [...]
 - Le Canada "applique efficacement" la loi (par des poursuites ou d'autres moyens) lorsqu'il refuse de délivrer une autorisation et que l'exploitation de l'installation continue de contrevenir au paragraphe 35(1) et de détériorer l'habitat du poisson, de même que lorsque les conditions d'autorisation ne sont pas respectées » (paragr. 234 du dossier factuel provisoire). »
- j. concernant les mesures d'application autres que le processus de PUE, le dossier

factuel indique ce qui suit : « peu de renseignements ont été fournis concernant l'efficacité de l'utilisation de ces outils [...]. Il semble que le Canada envisage de recourir plus souvent aux autorisations prévues au paragraphe 35(2) dans le cadre du processus de PUE, et le groupe d'experts fournit des renseignements relatifs aux avantages possibles d'une telle stratégie » :

« Les autorisations prévues au paragraphe 35(2) constituent un outil d'application de la loi pouvant servir dans le cadre du processus normal de gestion des utilisations multiples de l'habitat. Bien qu'il semble que le paragraphe 35(2) ait été peu utilisé à cette fin, le MPO signale qu'il prévoit intégrer de telles autorisations au processus de PUE. Un usage plus répandu des autorisations prévues au paragraphe 35(2) rationaliserait un processus qui semble, à l'heure actuelle, arbitraire et ponctuel. Là où la détérioration de l'habitat est inévitable, comme c'est le cas aux abords des installations hydroélectriques, les autorisations accordées en vertu du paragraphe 35(2) devraient permettre de formuler des attentes au chapitre de la qualité et de la productivité de l'habitat, dans le contexte de l'exploitation de l'installation » (paragr. 220 du dossier factuel provisoire).

Observations

Les observations du Mexique, qui se veulent plus illustratives qu'exhaustives, respectent l'esprit des dispositions du paragraphe 15(5) de l'ANACDE, qui précise que « [t]oute Partie pourra présenter ses observations sur l'exactitude des faits [que le dossier factuel] contient dans un délai de 45 jours [après la présentation du dossier factuel provisoire] »² :

- 1. Le dossier provisoire présenté par le Secrétariat de la CCE ne détermine pas vraiment si le Canada a omis d'appliquer efficacement les paragraphes 35(1) et 40(1) de la Loi sur les pêches, et c'est précisément la question soulevée par les auteurs de la communication.*

Alors que le Canada a bel et bien indiqué l'existence et l'application d'un grand nombre de mesures qu'il avait à sa disposition, et dont il a fallu corroborer l'exécution pour confirmer l'exactitude des propos du Canada dans sa réponse, le Secrétariat s'est concentré sur l'analyse de l'efficacité et de l'efficience avec

² Le Mexique a reçu deux versions du dossier factuel provisoire, une en anglais et l'autre en espagnol. Bien que l'article 19 de l'ANACDE précise que « [l]es langues officielles de la Commission seront le français, l'anglais et l'espagnol », on peut lire à la page 3 de la version espagnole du dossier factuel provisoire qu'il s'agit d'une traduction non officielle et non révisée de la version originale anglaise, et qu'en cas d'écart entre les deux, c'est l'original qui prévaudra [version du traducteur anglophone]. En conséquence, le Mexique précise que les présentes observations ont été faites au vu de la version espagnole, et après avoir comparé celle-ci le mieux possible à la version anglaise, car sinon, il aurait fallu travailler avec la version anglaise du document.

lesquelles ces mesures ont été et devraient être appliquées; selon nous, cela fausse l'objet véritable du dossier factuel.

Ainsi, le Secrétariat a basé sa détermination à constituer un dossier factuel sur le manque d'information relative à l'efficacité des mesures prises par le Canada pour appliquer ses lois de l'environnement, au lieu de chercher à corroborer les allégations des auteurs relatives à l'omission d'appliquer efficacement lesdites lois, comme il aurait dû le faire en s'appuyant sur une interprétation libérale du terme « application efficace » et sur le fait que, dans sa réponse, le Canada a mentionné une nouvelle série de mesures destinées à assurer l'application efficace de ses lois de l'environnement³.

De cette façon, le Secrétariat a contourné les défaillances relevées dans la communication, analysant les mesures prises par le Canada même si le texte de la communication faisait uniquement référence à l'omission d'appliquer les paragraphes 35(1) et 41 de la Loi sur les pêches, relatifs aux poursuites.

- 2. Selon nous, le Canada use de son pouvoir discrétionnaire en déterminant le type de mesures qu'il juge pertinentes dans chaque cas, parmi les diverses dispositions qu'il peut utiliser. À cet égard, nous considérons que de telles décisions respectent l'esprit de l'alinéa 45(1)a de l'ANACDE, et l'application sélective des mesures jugées pertinentes par le Canada, en vertu du pouvoir discrétionnaire de celui-ci, ne relève donc plus du processus établi conformément aux articles 14 et 15 de l'Accord⁴.*
- 3. En demandant des renseignements additionnels aux auteurs de la communication, notamment en ce qui a trait à la réponse de la Partie, le Secrétariat a outrepassé l'autorité que lui confère l'ANACDE, qui ne prévoit pas une telle possibilité. Plus précisément, l'alinéa 21(1)a stipule qu'on ne peut demander qu'à la Partie visée toutes informations en sa possession nécessaires pour constituer un dossier factuel, y compris des données sur l'observation et l'application.*

³ Nous retenons la définition d'« application » (*enforcement*) que donne le *Black's Law Dictionary* : « Application : fait d'assurer l'entrée en vigueur d'un texte, par exemple une loi; exécution d'une loi; exécution d'un mandat ou d'un ordre. » *Black's Law Dictionary*. Sixth Edition. Centennial Edition (1891-1991), p.528.

⁴ « Article 45 : Définitions

1. Aux fins du présent Accord :

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 les questions liées à l'observation des lois; ou

b) résulte d'une décision, prise de bonne foi, d'affecter les ressources disponibles au règlement d'autres problèmes environnementaux considérés comme ayant une priorité plus élevée;

En agissant de la sorte, le Secrétariat a offert aux auteurs la possibilité d'étoffer les propos contenus dans leur communication initiale (ce qu'ils ont fait) et de contester les arguments contenus dans la réponse du Canada. Cette procédure n'est nullement justifiée par les dispositions de l'ANACDE, pas plus que par les Lignes directrices.

En outre, si le Secrétariat jugeait nécessaire l'introduction de ce nouveau type de pratiques durant le processus de constitution du dossier factuel provisoire, il aurait dû demander l'avis du Conseil sur cette question, ce qui aurait garanti la fiabilité, la transparence et la prévisibilité de la procédure.

- 4. Le groupe d'experts s'est attaché à recueillir des renseignements sur l'efficacité des activités canadiennes d'application de la loi et, là encore, le Secrétariat a outrepassé son autorité (voir le point 1 ci-dessus), puisqu'il est habilité à déterminer, par des analyses, si le Canada a omis d'appliquer efficacement sa législation de l'environnement, mais non pas à mettre en question la pertinence de cette législation.*
- 5. En invitant les citoyens à participer au processus et en créant une banque de documents au bureau du groupe d'experts à l'Université de Victoria, et en ajoutant que l'information qui alimenterait cette banque serait accessible au public, à moins que quelqu'un n'invoque la confidentialité de certaines données, le Secrétariat a fait connaître publiquement l'information contenue dans le dossier factuel avant le vote du Conseil conformément au paragraphe 15(7) de l'ANACDE et aux Lignes directrices, et délégué des fonctions qui lui étaient réservées, étant donné que ni l'ANACDE ni les Lignes directrices n'autorisent la création d'une banque de documents publics autre que le registre public et les dossiers mentionnés aux paragraphes 15 et 16 des Lignes directrices. En outre, le Secrétariat a placé sur le site Web de la CCE des documents différents de ceux que mentionnent expressément lesdites Lignes directrices.*
- 6. Le dossier factuel provisoire met en question la pertinence de la législation canadienne de l'environnement, en évaluant l'ampleur et la pertinence des avantages produits par les mesures prises par le Canada, en abordant plus en détail certains points qu'il faudrait examiner pour déterminer si ces mesures se révèleront efficaces et en intégrant diverses recommandations sur la façon dont lesdites mesures devraient être appliquées pour ne pas paraître arbitraires ou ponctuelles.*

En bref, il apparaît clairement que le Secrétariat a mis en pratique des procédures qui n'ont aucun fondement [légal], viciant ainsi le processus prévu aux articles 14 et 15 de l'ANACDE et dans les Lignes directrices.