
Secrétariat de la Commission de coopération environnementale

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

N° de la communication : SEM-97-006

Auteur(s) de la communication : The Friends of the Oldman River

Partie visée : Canada

Date de cette Notification : 19 juillet 1999

I – Résumé à l'intention de la direction

L'auteur de la communication, une organisation non gouvernementale appelée « The Friends of the Oldman River » (FOR ou l'auteur de la communication), soutient que le Canada omet d'assurer l'application efficace de la *Loi sur les pêches* et de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*¹ (LCEE) à au moins deux égards importants². Tout d'abord, l'auteur de la communication affirme que l'approche du Canada en matière d'examen des projets proposés comporte un vice fondamental. L'auteur s'intéresse particulièrement aux projets qui, tels qu'ils sont soumis initialement au gouvernement fédéral en vue de leur autorisation, pourraient nuire à l'habitat du poisson en violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*³, mais que le Canada et le demandeur de l'autorisation conviennent de modifier pour éviter tout dommage.

L'auteur de la communication allègue que l'approche habituelle du Canada à l'égard de tels projets consiste à mener des discussions avec le promoteur et à rédiger une lettre d'avis. L'auteur de la communication soutient que cette approche nuit à l'intérêt des FOR et du public pour la protection de l'habitat du poisson et le respect du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. L'auteur ajoute, en annexe, que l'approche du Canada constitue une « force susceptible de contribuer puissamment à réduire la protection accordée à l'habitat du

¹ *Loi sur les pêches*, L.R.C.(1985), ch. F-14, et différents suppléments; *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C.1992, ch. 37.

² Le texte complet de la communication et la réponse peuvent être obtenus auprès du Secrétariat sur demande ou par voie électronique à <<http://www.cec.org>>.

³ La *Loi sur les pêches* prévoit, au paragraphe 35(1), qu'« il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson ». Un acronyme est souvent utilisé pour décrire ce préjudice : DPDH. À des fins de commodité, le Secrétariat fait référence à cette DPDH comme un dommage causé à l'habitat du poisson.

poisson⁴ ». L'auteur de la communication estime que le Canada devrait, en matière d'examen de projets, utiliser une autre approche susceptible d'améliorer l'efficacité du processus et de permettre ainsi d'atteindre les objectifs du paragraphe 35(1). Selon l'auteur, le Canada devrait évaluer les projets en suivant les procédures établies par la LCEE et, s'il décide d'autoriser de tels projets, il devrait le faire conformément au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*⁵.

Selon l'auteur de la communication, l'utilisation par le Canada d'une approche moins efficace pour l'examen de projets constitue une omission systématique d'assurer l'application efficace de la législation canadienne de l'environnement aux fins de l'article 14 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE).

L'auteur de la communication affirme également que l'approche du Canada en matière de poursuites, dans les cas de contravention au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, constitue une omission d'assurer l'application efficace aux fins de l'article 14 de l'ANACDE. Il soutient que le Canada n'intente que rarement des poursuites en cas de violation du paragraphe 35(1), que « les poursuites intentées sont réparties très inégalement dans l'ensemble du pays » et que les poursuites provinciales ne compensent pas l'application déficiente au niveau fédéral.

L'auteur de la communication cite le projet de Sunpine Road comme exemple de l'omission du gouvernement d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement.

La communication et la réponse canadienne se rejoignent sur un certain nombre de points. Tout comme l'auteur de la communication, le Canada déclare que son approche courante en matière d'examen de projets consiste à travailler avec le promoteur et à rédiger des lettres d'avis pour les projets susceptibles de nuire à l'habitat du poisson, mais que le Canada et le promoteur conviennent de modifier pour éviter de tels dommages. Dans ces cas, le Canada avise le promoteur des changements nécessaires pour éviter la détérioration de l'habitat du poisson, et celui-ci accepte de les mettre en œuvre (Réponse, p. 5). Le Canada expose cette approche dans sa *Directive sur la délivrance d'autorisations prévues au paragraphe 35(2)* de 1995 (ci-après la *Directive*)⁶.

Là où la réponse du Canada et la communication divergent, c'est en ce qui concerne l'efficacité de cette mesure pour les projets susceptibles de nuire à l'habitat du poisson, mais que le Canada et le promoteur conviennent de modifier pour éviter tout dommage. Le Canada explique que sa stratégie vise à prévenir les violations. Comme l'explique le Canada : « Par le truchement de ce processus de consultation, le MPO fournit des conseils aux promoteurs au sujet de la nécessité [...] d'intégrer [aux projets] des mesures d'atténuation, [...] de manière que, de l'avis technique du MPO, l'on évite une DPDH. » (Réponse, p. 5). Le Canada

⁴ L'annexe est jointe à la communication où elle est citée; le Secrétariat a examiné l'annexe dans le cadre de son étude de la communication.

⁵ La *Loi sur les pêches*, au paragraphe 35(2), porte que « 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 ».

⁶ Cette directive émane du ministère des Pêches et des Océans du Canada (MPO). Elle est jointe à la réponse et y est citée; le Secrétariat l'a examinée dans le cadre de son examen de la réponse.

indique qu'il utilise les autorisations prévues au paragraphe 35(2) et les examens en vertu de la LCEE lorsque le cas s'y prête, notamment pour les projets qui nuiront à l'habitat du poisson et, par conséquent, violeront le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

Le Canada souligne que les poursuites constituent, pour lui, un autre moyen de faire appliquer la loi. Il ajoute qu'il faut tenir compte des efforts des provinces ainsi que des mesures comme les lettres d'avis et les autorisations en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Il fait valoir que le recours aux poursuites constitue un élément de son effort d'application efficace.

Le Canada recommande que le Secrétariat ne prenne pas en compte l'affaire de Sunpine Road parce que celle-ci est encore devant les tribunaux.

Le Secrétariat ne considère pas la communication comme une contestation de l'efficacité des lois canadiennes de l'environnement⁷. L'auteur de la communication ne semble pas alléguer que la *Loi sur les pêches* et la LCEE sont inefficaces dans leur libellé. En revanche, il allègue que l'application ou la mise en œuvre de ces lois par le Canada (c'est-à-dire l'approche de ce dernier en matière d'examen de projets, telle qu'exposée principalement dans la *Directive* de 1995 susmentionnée, et en matière de poursuites) constitue une omission systématique aux fins de l'article 14 de l'ANACDE. Notre analyse est fondée sur cette interprétation de la communication.

Après avoir examiné la communication à la lumière de la réponse, le Secrétariat estime que la constitution d'un dossier factuel est justifiée. La réponse et la communication laissent en effet en suspens plusieurs points factuels essentiels en ce qui a trait à la question de savoir si la Partie assure l'application efficace des lois de l'environnement en cause. Par exemple, pour ce qui est de l'approche de la Partie en matière d'examen de projets, ainsi qu'on le verra plus en détail à la section 3, le Secrétariat n'a reçu que des renseignements limités sur l'utilisation actuelle des lettres d'avis (par exemple, le nombre de lettres envoyées annuellement). De la même manière, le Secrétariat n'a eu que peu d'information en ce qui concerne l'utilisation, au cours des années, des lettres d'avis et des mécanismes d'application connexes. Il y a absence d'information en ce qui concerne la mesure dans laquelle la stratégie de recours au processus de consultations et d'envoi de lettres d'avis permet d'atteindre efficacement l'objectif de prévention de la destruction de l'habitat du poisson et des violations du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. En ce qui concerne les poursuites, des renseignements limités ont été fournis à l'appui de l'affirmation du Canada selon laquelle, « lorsque [...] il est fait infraction à la *Loi sur les pêches*, en sorte que les habitats qui entretiennent des ressources halieutiques sont détériorés, perturbés ou détruits, des mesures de répression sont prises » (Réponse, p. 9 et 10). Par exemple, aucune information n'a été fournie sur le nombre de violations du paragraphe 35(1) découvertes annuellement, et le nombre de poursuites intentées.

Le Secrétariat estime approprié de constituer un dossier factuel concernant ces mécanismes d'application. La constitution d'un dossier factuel serait conforme à une interprétation libérale du principe d'application de la loi, lequel inclut aussi bien la stratégie d'examen préventif du Canada que son approche en matière de poursuites, interprétation étayée par l'article 5 de l'ANACDE.

⁷ Cf. SEM-95-001, SEM-95-002, mettant en cause la législation de l'environnement d'une Partie.

II - Historique

Conformément à l'article 14 de l'ANACDE, le Secrétariat peut examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement. Si le Secrétariat estime qu'une communication satisfait aux critères énoncés au paragraphe 1, il détermine alors si la communication justifie une réponse de la Partie, conformément au paragraphe 14(2). À la lumière de la réponse fournie par cette Partie, le Secrétariat peut recommander au Conseil la constitution d'un dossier factuel conformément à l'article 15. Le Conseil peut alors donner instruction au Secrétariat de constituer ce dossier. Le dossier factuel définitif est rendu public sur un vote des deux tiers du Conseil.

Le 9 septembre 1996, une communication a été déposée auprès du Secrétariat conformément à l'article 14 de l'ANACDE. Le 1^{er} octobre 1996, le Secrétariat a rejeté cette communication au motif qu'elle ne satisfaisait pas au critère du paragraphe 14(1) qui prévoit que la question doit avoir été communiquée aux autorités pertinentes de la Partie, à savoir l'allégation d'une omission générale touchant l'application de la loi. Après la nouvelle communication du 8 octobre 1996 faisant état de la transmission de cette allégation au Canada, le Secrétariat a déterminé, le 18 octobre 1996, que la communication satisfaisait aux critères énoncés au paragraphe 14(1).

Le 8 novembre 1996, le Secrétariat a demandé une réponse du Canada conformément au paragraphe 14(2). Le 10 janvier 1997, le Canada a indiqué dans sa réponse que la communication faisait l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative. Le 2 avril 1997, le Secrétariat a rejeté la communication. Le Secrétariat a décidé que, bien que l'affaire en cause n'ait pas été une « procédure judiciaire ou administrative en instance » aux fins de l'alinéa 14(3)b) de l'ANACDE [elle n'avait pas été intentée par une Partie; voir l'alinéa 45(3)a) de l'ANACDE], le sujet était suffisamment semblable pour qu'il ne soit pas approprié de constituer un dossier factuel conformément à l'article 15(1).

Le 4 octobre 1997, la communication a de nouveau été présentée, l'auteur faisant observer que les procédures judiciaires avaient été interrompues. Le 23 janvier 1998, le Secrétariat a déterminé que la communication satisfaisait aux critères du paragraphe 14(1). Le 8 mai 1998, le Secrétariat a établi, conformément au paragraphe 14(2), qu'une réponse du Canada était nécessaire. Le Canada a présenté sa réponse le 13 juillet 1998.

Le Secrétariat a examiné la communication la plus récente à la lumière de la réponse du Canada en se demandant si la constitution d'un dossier factuel était justifiée.

A. La communication

L'auteur de la communication fait valoir que les enjeux sont élevés en ce qui concerne les pratiques gouvernementales en cause en l'espèce. Il soutient que les deux lois environnementales dont il est question, la *Loi sur les pêches* et la LCEE, sont « les lois les plus importantes pour la protection de l'habitat du poisson au

Canada » (Communication, p. 1). En annexe, l'auteur fait valoir de la même manière que le « fort pouvoir fédéral », en ce qui concerne les milieux marins et d'eau douce, « fait des dispositions de la *Loi sur les pêches* touchant le régime de protection de l'habitat et les interdictions contre les déversements de substances délétères les dispositions potentiellement les plus puissantes et universellement applicables de la législation fédérale en matière d'environnement au Canada. » L'auteur soutient que « la protection de l'environnement et, en particulier, la protection des rivières et des écosystèmes riverains [...] sont très affectées par la façon dont sont appliquées la *Loi sur les pêches* et la LCEE » (Communication, p. 1).

Selon l'auteur de la communication, la stratégie du Canada pour appliquer, observer et faire observer la *Loi sur les pêches* et la LCEE a deux grands défauts. Tout d'abord, l'auteur soutient que le processus du Canada pour l'examen des projets éventuellement contraires au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* et de nature à nuire à l'habitat du poisson constitue une omission d'assurer l'application et l'observation efficaces des articles 35 et 37 de la *Loi sur les pêches*⁸. Il ajoute que ces articles « devaient créer un régime de prévention et de planification pour les travaux et les entreprises ayant pour potentiel d'endommager l'habitat du poisson » (Communication, p. 1).

Aux yeux de l'auteur de la communication, la stratégie du Canada constitue une tentative claire d'éviter d'octroyer des autorisations en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et de contourner la LCEE en ce qu'elle prévoit le recours à des lettres d'avis plutôt qu'au paragraphe 35(2) et à la LCEE pour un nombre substantiel de projets qui, tels qu'ils sont proposés, auraient pour effet d'endommager l'habitat du poisson (Communication, p. 2). Selon ses prétentions, le fait que le Canada n'utilise pas le paragraphe 35(2) comme il est prévu et qu'il contourne la LCEE ne lui permet pas d'assurer une application efficace de ces lois en ce qu'il ne peut ainsi prévenir adéquatement la violation du paragraphe 35(1) et les dommages causés à l'habitat du poisson. L'auteur de la communication allègue que le Canada :

« crée un processus décisionnel qui contrecarre l'intention du Parlement et s'arroge la fonction de planification et de décision de la LCEE ... [Sous le régime de la *Directive* énonçant la politique du Canada], la question de savoir si les effets sur les pêches et l'habitat du poisson sont acceptables et peuvent être convenablement atténués est préjugée sans que le public ait eu l'occasion d'intervenir ». (Communication, p. 2).

En annexe, l'auteur ajoute ceci au sujet de la *Directive* : « L'évolution la plus troublante au cours des récentes années [en ce qui concerne la mise en œuvre de la *Loi sur les pêches*] se trouve dans la *Directive sur la délivrance d'autorisations prévues au paragraphe 35(2)* (1995)...[L]a *Directive* a des implications graves et négatives pour la protection de l'habitat du poisson et l'environnement du Canada ». Il affirme en outre que l'absence de possibilité de participation publique et une portée plus étroite de l'évaluation environnementale aux termes de la *Directive* constituent des lacunes particulières qui mineront la protection de l'habitat du poisson :

⁸ Comme nous l'avons vu, ce processus est présenté dans la *Directive sur la délivrance d'autorisations prévues au paragraphe 35(2)* de 1995 du Canada. Cette *Directive* est examinée à la section II.B.1.

« Dans l'application du paragraphe 35(2) et de l'article 37 par le MPO, des déterminations multiples sont faites en ce qui concerne les répercussions des projets, leur conception, l'atténuation des dommages, voire le dédommagement, sans aucune évaluation environnementale préalable ou étude globale en vertu de la LCEE en tant que mécanisme préventif de planification et de décision. Les Canadiens sont ainsi privés du droit d'être informés des projets et de participer à la prise de décision. Cela signifie aussi, par exemple, qu'il se peut qu'on ne prenne jamais en considération les effets cumulatifs des projets. »

L'auteur de la communication fait valoir qu'il y a eu ces dernières années déclin du recours qu'il juge plus efficace aux autorisations octroyées sous le régime du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* dans le cadre de l'examen des projets, et que ce déclin est la preuve que le Canada omet d'appliquer, d'observer et de faire observer la législation canadienne de l'environnement. En guise d'appui empirique à son affirmation, l'auteur de la communication dit qu'en 1995–1996, le MPO a délivré au plus 339 autorisations en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, comparativement à plus de 12 000 en 1990–1991 (Communication, p. 3). Comme nous le verrons plus en détail ci-après, le Secrétariat a aussi reçu du Canada des renseignements limités suggérant que la Partie utilise la lettre d'avis jugée inefficace en matière d'examen de projets par l'auteur de la communication, beaucoup plus fréquemment qu'elle n'utilise l'approche censément plus efficace, à savoir la LCEE et le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Enfin, l'auteur de la communication soutient que « puisque le nombre d'autorisations données en vertu du paragraphe 35(2) varie largement d'une province à l'autre, cela renforce son allégation qu'il y a omission d'appliquer, d'observer et de faire observer effectivement la législation » (Communication, p. 2)⁹.

En plus de prétendre que l'examen par le Canada des projets proposés constitue une omission d'assurer l'application efficace des lois de l'environnement, l'auteur de la communication soutient que le dossier fédéral au chapitre des poursuites constitue une omission similaire. D'après lui, le faible nombre de poursuites intentées par le Canada pour violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* signifie qu'il a effectivement renoncé à ses responsabilités juridiques en faveur des provinces. L'auteur de la communication soutient que la rareté des poursuites fédérales est aggravée par le fait que dans certaines parties du pays, les poursuites sont très rares, voire inexistantes et par le fait que les poursuites provinciales contre les violations ne règlent pas le problème de la carence fédérale. Pour reprendre les termes de la communication :

« [...] il y a très peu de poursuites sous le régime des dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à l'habitat et les poursuites qui ont lieu sont très mal réparties à travers le pays. Il y a eu une abdication *de facto*, par le gouvernement du Canada, de ses responsabilités juridiques en faveur des provinces de l'intérieur et les provinces affichent une piètre performance au chapitre du respect de la *Loi sur les pêches* ou de son application. » (Communication, p. 3).

Enfin, tout en affirmant que « l'omission générale » d'appliquer, d'observer et de faire observer la *Loi sur les pêches* et la LCEE constitue l'objet de la communication, l'auteur a choisi d'illustrer ses allégations générales par un exemple précis dont il expose les faits en détail. L'exemple porte sur la construction d'une route par la

⁹ Dans la même ligne, l'auteur de la communication soutient que l'application du paragraphe 35(2) est loin d'être uniforme. Il prétend aussi que le Canada utilise trop rarement l'article 37 (voir Communication, p. 2).

société albertaine Sunpine Forest Products comptant 21 franchisements de cours d'eau. L'auteur de la communication indique que ni autorisations, ni lettres d'avis n'ont été octroyées pour 19 des franchisements. Des lettres d'avis ont été envoyées pour les deux autres (Prairie Creek et Ram River) après une évaluation environnementale enclenchée sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

B. La réponse

Le Canada soutient qu'il applique efficacement ses lois de l'environnement en ce qui concerne les projets de nature à nuire à l'habitat du poisson en violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, et qu'il se conforme intégralement à ses obligations en vertu de l'ANACDE. Le Canada affirme que, de ce fait, la préparation d'un dossier factuel n'est pas justifiée.

En soutenant qu'il applique efficacement ses lois de l'environnement, le Canada, à l'instar de l'auteur de la communication, aborde à la fois le processus qu'il utilise pour évaluer les projets proposés et la poursuite de ceux qui contreviennent à l'interdiction, au paragraphe 35(1), de causer des dommages à l'habitat sans autorisation en vertu du paragraphe 35(2). Le Canada soutient que son approche en matière d'application est efficace et qu'il s'agit d'un exercice raisonnable de sa discrétion, ce qui le place donc à l'abri de tout examen en vertu des articles 45 et 14 de l'ANACDE.

1. Le processus canadien visant à prévenir et à minimiser les violations

Le Canada n'est pas d'accord avec l'affirmation de l'auteur de la communication selon laquelle la *Directive* établit un processus d'examen des projets proposés qui omet d'appliquer, d'observer et de faire observer efficacement l'article 35 de la *Loi sur les pêches*. Le Canada soutient au contraire que la *Directive* applique, observe et fait observer efficacement cet article parce qu'elle ne permet pas la détérioration de l'habitat du poisson, comme l'interdit le paragraphe 35(1), et qu'elle n'élimine pas le besoin véritable d'une autorisation (Réponse, p. 4)¹⁰.

Le Canada explique le processus qu'applique le ministère des Pêches et des Océans, ministère chargé de l'application de la loi, et qu'il suit en vertu de la *Directive* lorsqu'un promoteur demande l'examen d'un projet eu égard à l'article 35 de la *Loi sur les pêches*¹¹.

¹⁰ Le Canada répond aussi à l'allégation selon laquelle la *Directive* est illégale parce qu'elle est incompatible avec la LCEE et la *Loi sur les pêches* (Réponse, p. 7 à 9). Le Secrétariat n'aborde pas cette question dans le document. Le Canada paraît admettre avec l'auteur de la communication que le paragraphe 35(1) interdit de nuire à l'habitat des poissons et que le paragraphe 35(2) nuance cette interdiction absolue en autorisant le ministre des Pêches et des Océans à permettre que l'habitat des poissons soit endommagé dans certains cas. Le Canada dit par exemple que « la Loi et la Directive sont on ne peut plus claires : pour ne pas être en infraction de la *Loi sur les pêches*, une DPDH nécessite une autorisation » (Réponse, p. 4). En outre, le Canada et l'auteur de la communication semblent convenir que l'exercice par le Ministre du pouvoir réglementaire de délivrer une autorisation en vertu du paragraphe 35(2) entraîne une évaluation environnementale sous le régime de la LCEE (Réponse, p. 4).

¹¹ Une partie de cet examen sur le processus du MPO est extraite directement de la réponse ou de la *Directive* elle-même, tandis que d'autres parties paraphrasent la réponse ou la *Directive*. Le Canada fait valoir que le MPO n'a pas le pouvoir d'obliger le promoteur à demander ou à obtenir une autorisation en vertu du paragraphe 35(2). Au contraire, « s'il le désire,

- Sur réception d'un projet, les représentants du MPO l'examinent pour déterminer si sa réalisation entraînera une détérioration de l'habitat du poisson (Réponse, p. 5). Suivant la *Directive*, « il incombe aux promoteurs de fournir l'information suffisante sur leurs projets » pour permettre au MPO d'évaluer « les répercussions éventuelles sur l'habitat du poisson, y compris l'information concernant les mesures proposées pour empêcher, atténuer ou compenser les effets négatifs sur l'habitat du poisson » (*Directive*, p. 4)¹².
- Lorsque le MPO juge que l'habitat du poisson ne sera pas endommagé si les travaux proposés sont réalisés conformément aux plans qui lui ont été fournis, il avise le demandeur qu'une autorisation en vertu du paragraphe 35(2) n'est pas nécessaire. Le MPO adresse une mise en garde au demandeur : « il peut y avoir infraction au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* si une détérioration, destruction ou perturbation de l'habitat du poisson découle de la réalisation de travaux non conformes aux devis fournis » (Réponse, p. 5).
- Lorsqu'il est établi que le projet proposé entraînerait des effets néfastes pour l'habitat du poisson, le MPO s'efforce d'aider le promoteur à élaborer et à proposer des mesures d'atténuation des dommages destinées à éviter ces effets. Une fois que les mesures ont été déterminées, le MPO informe le demandeur que « l'intégration de ces mesures aux devis permettra d'éviter [d'endommager l'habitat du poisson] et que, par conséquent, le paragraphe 35(2) ne s'appliquera pas (Réponse, p. 5). Si le demandeur accepte, le MPO lui remettra une lettre d'avis « dans laquelle sont énoncées des mesures visant à éviter les répercussions négatives » (*Directive*, p. 4). La lettre d'avis indiquera en outre que le MPO estime que le projet ne causera pas de dommages à l'habitat du poisson si le demandeur met en œuvre les mesures indiquées. Comme le prévoit la *Directive*, « [m]ême si ces avis écrits ne constituent pas des autorisations, les promoteurs peuvent être exonérés de certaines mesures coercitives s'ils démontrent qu'ils ont fait preuve de diligence pour donner suite à cet avis. » (*Directive*, p. 4).

Le MPO résume ce processus de consultation en disant qu'il permet de conseiller les promoteurs dès l'étape de la planification, afin d'éviter de nuire à l'habitat du poisson dans la mesure du possible. D'après le MPO, s'il n'y a pas de préjudice causé à l'habitat du poisson, il n'y a pas de violation possible du paragraphe 35(1) et, par conséquent, il n'est pas nécessaire d'exiger une autorisation en vertu du paragraphe 35(2). Le MPO fait cependant valoir ce qui suit :

« Même si les promoteurs ne sont pas tenus d'obtenir des lettres d'avis ou des autorisations relativement à leurs projets, le fait de ne pas en obtenir pourrait entraîner l'adoption de mesures coercitives si la mise en œuvre de leurs projets occasionne des répercussions négatives sur l'habitat du poisson. En outre, le fait d'ignorer les mesures énoncées dans les lettres ou les autorisations peut

un promoteur peut procéder à la réalisation de son projet, à ses propres risques. » L'article 35 de la *Loi sur les pêches* n'oblige pas le promoteur à demander une autorisation (Réponse, p. 2, 8).

¹² Cet examen par le MPO est informel et n'est pas fait en vertu de la LCEE. Le point de vue du MPO en ce qui concerne les circonstances justifiant un examen en vertu de la LCEE, est examiné ci-après.

entraîner des mesures coercitives, en cas de répercussions préjudiciables sur l'habitat. » (*Directive*, p. 5).

- S'il est établi que le projet endommagera l'habitat du poisson et que le demandeur refuse d'intégrer les mesures jugées nécessaires pour éviter ce préjudice, ou qu'il en est incapable, le MPO informe le demandeur qu'il doit obtenir une autorisation en vertu du paragraphe 35(2) s'il veut éviter d'enfreindre le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. L'examen de la demande d'autorisation en vertu du paragraphe 35(2) déclenche l'application de la LCEE. Par ce processus, le MPO obtient des renseignements supplémentaires et détermine s'il doit octroyer ou refuser l'autorisation. Dans le cadre de ce processus, il précise également les conditions particulières qui doivent être incluses dans l'autorisation¹³. Il appert de la *Directive* que l'intention du MPO était de créer un cadre étroit de projets pour lesquels des autorisations en vertu du paragraphe 35(2) seraient délivrées :

« Les autorisations prévues au paragraphe 35(2) ne doivent être accordées [...] que "lorsqu'il est impossible ou irréaliste de maintenir le même niveau de capacité productive de l'habitat en modifiant le plan de projet ou à l'aide de mesures d'atténuation [...]". En pratique, les autorisations ne devraient être délivrées que pour des ouvrages ou des entreprises qui pourraient réduire la capacité productive de l'habitat du poisson ou dont les effets préjudiciables à cet habitat ne pourraient être évités par l'entremise d'un remaniement du projet ou de mesures d'atténuation. » (*Directive*, p. 3)

La conclusion du Canada est la suivante :

« Étant donné que la *Directive* explique clairement que toute DPDH nécessite une autorisation pour éviter d'enfreindre la *Loi sur les pêches*, sa désignation comme dispositif ou mécanisme permettant au gouvernement de se soustraire à l'obligation d'appliquer, d'observer ou de faire observer l'article 35 de la *Loi sur les pêches*, ou l'aidant à ce faire, est sans fondement. » (Réponse, p. 5).

¹³ Le MPO indique que, de façon générale, il préfère procéder sur une base volontaire pour obtenir les renseignements nécessaires au traitement des questions en vertu de l'article 35, plutôt que d'utiliser les pouvoirs que lui confère l'article 37. Le MPO déclare que la question de savoir s'il doit utiliser les paragraphes 37(1) et (2) pour obtenir de l'information et exiger des modifications afin d'éviter de nuire à l'habitat des poissons ou s'il doit recourir à d'autres approches pour atteindre ses objectifs, relève de sa discrétion. Le Canada fait valoir ce qui suit :

« Lorsque, de l'avis des cadres du MPO, les informations seront fournies ou que les modifications aux plans ou les changements aux ouvrages seront apportés sans que ne soient invoqués les pouvoirs prévus par l'article 37 de la *Loi sur les pêches*, ces cadres exercent raisonnablement leur pouvoir discrétionnaire à l'égard des questions d'enquête, de poursuite, de réglementation ou de conformité, comme le prévoient explicitement les définitions données à l'article 45 de l'Accord. » (Réponse, p. 7).

L'auteur de la communication conteste la légalité de cette interprétation. Nous n'abordons pas cette question de droit, nous concentrant plutôt sur les questions de fait touchant la nature et l'efficacité des mesures d'application du Canada. L'auteur de la communication joint à son mémoire une décision du 7 mai 1997 de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada (le juge Muldoon), où le juge conclut que le Canada contournait indûment les exigences de la *Loi sur les pêches* et de la LCEE.

Le Canada fournit des renseignements limités en ce qui concerne le niveau d'activité du Canada en matière d'autorisations et de lettres d'avis, tirés du *Rapport annuel au Parlement de 1996–1997 sur l'administration et l'application des dispositions de la Loi sur les pêches relatives à la protection de l'habitat du poisson et à la prévention de la pollution (Rapport annuel)*. Le Canada indique ceci :

« [O]n a compté 91 autorisations délivrées et des conseils fournis dans 3 689 cas à des promoteurs privés et dans 3 223 cas à des instances fédérales, provinciales ou territoriales, soit au total 7 003 conseils destinés à assurer l'observation du paragraphe 35. » (Réponse, p. 10).

Comme il est expliqué de façon plus détaillée à la section III ci-après, il n'y a pas d'information en ce qui concerne le nombre d'autorisations et de lettres d'avis délivrées au cours d'autres années, ou la mesure dans laquelle les lettres d'avis permettent effectivement d'atteindre l'objectif visé, c'est-à-dire empêcher d'éventuels projets de nuire à l'habitat du poisson, en violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

2. Les poursuites

Le Canada rejette l'allégation de l'auteur de la communication selon laquelle le petit nombre de poursuites fédérales mettant en cause des violations du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, ou leur répartition inégale dans l'ensemble du pays signifient qu'il y a eu « cession *de facto*, par le Gouvernement du Canada, de ses responsabilités juridiques aux provinces intérieures ». Le Canada estime que la courbe de l'application et de l'observation de la loi dans l'ensemble du pays est appropriée. Il oppose à cet égard les arguments suivants :

1. Il est trompeur de ne considérer que les poursuites fédérales parce que les provinces, sous le régime de la législation provinciale, régissent, notamment par l'institution de poursuites, certaines activités qui contreviennent au paragraphe 35(1). Le MPO est la principale instance chargée de faire observer les dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à la protection de l'habitat, mais les provinces, et en particulier les provinces intérieures, sont également habilitées à faire observer ces dispositions. De plus, « les provinces se sont dotées de leurs propres législations en matière de conservation, notamment pour l'utilisation de l'eau, qui peuvent porter sur des aménagements de même nature ». Selon le Canada, « [i]l en résulte que des actions susceptibles d'entraîner des poursuites judiciaires en vertu de la *Loi sur les pêches* sont souvent frappées de sanctions judiciaires en vertu de lois provinciales, lorsque les agents compétents établissent que c'est la manière la plus convenable de procéder ». (Réponse, p.3, 10). Le Canada fait valoir que « les questions touchant à l'habitat du poisson sont souvent traitées par le truchement de poursuites provinciales en vertu de lois provinciales ». (Réponse, p. 11).

Le Canada indique qu'il « a désigné des employés provinciaux chargés de l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à l'habitat du poisson et de l'observation de cette loi dans toutes les provinces canadiennes ». Il offre un aperçu très bref de l'effectif provincial qui se consacre à ce travail (Réponse, p. 11).

2. La répartition inégale des poursuites fédérales entre les provinces s'explique par un certain nombre de facteurs, dont la distribution de l'habitat et les degrés divers d'activité économique. D'après le Canada, « les courbes de l'application [de la loi] et des renvois reflètent en outre l'intensité et la variété des activités de développement économique dans l'ensemble du pays. [...] En outre, la proximité des eaux de pêche n'est pas égale d'un bout à l'autre du pays, de sorte que les activités d'application de la loi ne sauraient être réparties uniformément ». (Réponse, p. 10).
3. Le niveau d'activité fédérale au chapitre de l'application témoigne d'un exercice raisonnable de sa discrétion en matière de conformité, tel que le reconnaît l'article 45 de l'Accord¹⁴.
4. « Les ressources [fédérales] sont réparties conformément aux définitions données à l'article 45 de l'Accord » (Réponse, p. 9). De plus, « les activités d'application dépendent des ressources fournies par les gouvernements fédéral et provinciaux » (Réponse, p. 3).
5. « La courbe des poursuites et des condamnations en vertu des dispositions de la *Loi sur les pêches* relatives à l'habitat traduit la démarche axée sur la conformité, adoptée en matière de protection de l'habitat. [...] [L]e MPO préfère prévenir les dommages à l'habitat et éviter les pertes en ressources halieutiques, avant que les promoteurs ne réalisent leurs projets » (Réponse, p. 9). Le Canada poursuit en ces termes : « Toutefois, lorsque échoue l'observation volontaire et qu'il est fait infraction à la *Loi sur les pêches*, en sorte que les habitats qui entretiennent des ressources halieutiques sont détériorés, perturbés ou détruits, des mesures de répression sont prises » (Réponse, p. 9 et 10).

Le Canada cite son *Rapport annuel 1996–1997*, lequel fait état de 48 condamnations sous le régime du paragraphe 35(1) pendant cette période (Réponse, p. 10).

3. Sunpine Road

Le dernier sujet qu'aborde le Canada dans sa réponse porte sur la route d'accès aux Produits forestiers Sunpine. Il s'agit d'un projet de route devant franchir 21 cours d'eau. Le MPO a établi que 8 des 21 franchissements pourraient avoir des conséquences pour l'habitat du poisson. Pour deux de ces cours d'eau, soit la rivière Ram et le ruisseau Prairie, l'entreprise devait obtenir des permis du MPO pour construire des ponts, en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, ce qui a obligé le MPO à procéder à la

¹⁴ Règle générale, le Canada estime que son application de l'article 35 de la *Loi sur les pêches* de même que la mise en œuvre de la *Directive de 1995* constituent un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire en matière d'enquête, de poursuite, de réglementation ou d'observation. Il souligne que l'article 45 de l'*ANACDE* reconnaît que les Parties peuvent exercer leur discrétion à l'égard de ces questions. Le Canada avance qu'un dossier factuel n'est pas justifié parce que l'Accord « ne permet pas de contester l'exercice légitime de la discrétion de la Partie » (Réponse, p. 3). Le Canada soutient que son approche en matière d'application est permise par l'Accord. Le Canada invoque l'article 5, qui reconnaît la recherche de l'observation volontaire comme mode d'action approprié pour le gouvernement aux fins de l'application efficace de ses lois de l'environnement. Il explique que la *Directive* canadienne susmentionnée établit notamment une stratégie visant à assurer la conformité volontaire. Le Canada soutient donc que le fait que sa stratégie d'application soit au nombre des mesures expressément reconnues à l'article 5 de l'*ANACDE* renforce sa position selon laquelle la constitution d'un dossier factuel n'est pas justifiée parce que l'approche du Canada en matière d'application constitue un exercice légitime de la discrétion d'une Partie.

réalisation d'examen environnementaux préalables en vertu de la LCEE. Les examens ont été effectués et les permis délivrés. Le MPO a envoyé des lettres d'avis pour ces franchissements. Il a conclu que 6 franchissements ne risquaient pas de nuire à l'habitat du poisson, dans la mesure où ils étaient réalisés conformément aux plans fournis par l'entreprise et que, par conséquent, l'intervention du MPO. Les travaux de construction, à l'exception du pont du ruisseau Prairie, ont été achevés en 1997. Des fonctionnaires du Service des pêches et de la faune de l'Alberta ont inspecté la route de 40 km et confirmé que les ponts et ponceaux ont été construits conformément aux plans et que l'habitat du poisson est protégé (Réponse, p. 11).

Les permis et les évaluations environnementales font actuellement l'objet d'un examen judiciaire. Le Canada avance que la décision en appel n'ayant pas encore été rendue, il n'est pas approprié d'examiner davantage l'affaire *Sunpine* à ce stade (Réponse, p. 12).

III – La constitution d'un dossier factuel est-elle justifiée en l'espèce?

A. Introduction

Nous en sommes maintenant au stade du processus de constitution d'un dossier factuel conformément au paragraphe 15(1). À cet égard, le Secrétariat doit tout d'abord déterminer si la communication est conforme aux critères énoncés au paragraphe 14(1) et s'il convient de demander une réponse à une Partie, après examen des facteurs énoncés au paragraphe 14(2) de l'ANACDE. Pour ce qui est de la présente communication, le Secrétariat a, à deux reprises, conclu qu'elle respectait les critères énoncés au paragraphe 14(1) (le 18 octobre 1996 et le 23 janvier 1998). En ce qui concerne l'alinéa 14(1)e), le Secrétariat a conclu initialement que la communication était déficiente sur ce point (voir la *Détermination* du Secrétariat, en date du 1^{er} octobre 1996¹⁵), mais par suite de la nouvelle communication déposée par son auteur le 8 octobre 1996, le Secrétariat a conclu que la question avait fait l'objet d'une communication écrite à la Partie en conformité avec cette exigence (voir la *Détermination* du Secrétariat en date du 18 octobre 1996). Le Secrétariat a aussi conclu que la communication respectait l'alinéa 14(1)d) de l'ANACDE et une série de facteurs l'ont persuadé que la communication respectait l'alinéa 14(1)c) : le fait qu'elle soit axée sur des pratiques « systémiques » au lieu de porter sur une omission alléguée d'assurer l'application efficace de la législation n'impliquant qu'un seul incident, l'auteur de la communication ayant le fardeau de prouver qu'il y eu violation non sanctionnée de la loi dans ce contexte¹⁶; l'importance des lois environnementales en cause ainsi que l'importance de l'habitat du poisson à titre de ressource bénéficiant d'une protection législative; l'application du principe de précaution (les pratiques suivies en matière d'examen de projets, qui constituent un élément central des mesures d'application de la Partie visent à prévenir la violation, ce qui est conforme à la notion selon laquelle il est plus facile de prévenir les violations et les dommages environnementaux que de les réparer une fois la violation commise).

¹⁵ Voir SEM-96-003, « The Friends of the Oldman River ».

¹⁶ Ici, non seulement la communication adopte une approche « systémique », mais elle est très large du fait qu'elle conteste l'approche d'une Partie en matière d'examen de projets ainsi que sa façon d'aborder les poursuites traditionnelles. L'auteur de la communication soutient notamment que ce sont les pratiques d'examen de projets de la Partie qui sont inefficaces parce qu'il leur manque certaines caractéristiques et garanties que fournissent d'autres processus dont la Partie peut se servir.

Enfin, rappelons-le, le Secrétariat estime que la présente communication ne met pas l'accent sur l'efficacité des lois de l'environnement dans leur formulation actuelle, mais traite plutôt de la mesure dans laquelle une Partie a omis de mettre en œuvre ou d'appliquer efficacement ces lois.

De la même manière, le Secrétariat a établi à deux reprises qu'une réponse de la Partie était justifiée d'après les facteurs énoncés au paragraphe 14(2) (les 8 novembre 1996 et 8 mai 1998)¹⁷. Le Secrétariat avait établi précédemment que la communication alléguait un préjudice [voir paragraphe 14(2)a)]¹⁸. De la même manière, de l'avis du Secrétariat, la communication soulève des questions dont une étude plus approfondie permettrait de promouvoir les objectifs de l'ANACDE, en particulier l'efficacité des différentes pratiques d'application d'une Partie sous l'empire de l'une des plus importantes lois sur l'environnement de celle-ci. De l'avis également du Secrétariat, l'auteur de la communication a exercé adéquatement des recours privés (il a notamment intenté une poursuite contestant les pratiques de la Partie) et sa communication n'est pas extraite exclusivement de rapports de presse (à l'appui de ses allégations, il cite un certain nombre de rapports ainsi que des renseignements obtenus du gouvernement).

Une fois que le Secrétariat demande et reçoit la réponse de la Partie, le paragraphe 15(1) de l'ANACDE donne la directive suivante au Secrétariat en ce qui concerne cette troisième étape du processus de constitution d'un dossier factuel :

« Si le Secrétariat estime que la communication justifie, à la lumière de toute réponse fournie par la Partie, la constitution d'un dossier factuel, il en informera le Conseil en indiquant ses motifs. »

Ainsi, ayant précédemment conclu que la communication respecte les critères énoncés au paragraphe 14(1) de l'ANACDE, ayant auparavant évalué cette communication à la lumière des facteurs énoncés au paragraphe 14(2) et ayant établi qu'une réponse de la Partie était justifiée, le Secrétariat doit maintenant étudier l'incidence de la réponse sur les questions soulevées dans la communication.

Le texte de la disposition au centre de la présente communication, soit le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, est tout à fait clair et direct : « Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.¹⁹ » Le paragraphe 35(2) apporte la seule nuance à la formulation très large du paragraphe 35(1). Le paragraphe 35(2) porte : « Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens

¹⁷ Voir SEM-96-003 et SEM-97-006. Comme il a été noté ci-dessus, le Secrétariat a effectivement rendu ces décisions deux fois relativement à la présente communication, vu son historique.

¹⁸ Voir *Recommandation du Secrétariat au Conseil à l'effet de préparer 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 1996), où l'on peut lire ce qui suit : « Dans son évaluation du préjudice, le Secrétariat, conscient que les auteurs de la communication n'ont pas allégué de préjudice personnel ou particulier tel qu'il peut être requis afin de se voir reconnaître un intérêt juridique suffisant dans certaines instances civiles en Amérique du Nord, a pris en considération l'importance naturelle et le caractère public des ressources marines. Ceci s'inscrit dans l'esprit et l'intention de l'article 14(2) de l'ANACDE. » De l'avis du Secrétariat, l'importance des ressources en cause dans la présente instance justifie la même conclusion.

¹⁹ L.R.C. (1985), ch. F-14.

ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.»²⁰. Conformément à la LCEE et au *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, une autorisation en vertu du paragraphe 35(2) « enclenche²¹ » une évaluation environnementale²². Le paragraphe 37(2) de la *Loi sur les pêches*, qui autorise différentes ordonnances en ce qui concerne les modifications à apporter à un projet, constitue aussi un facteur déclenchant²³.

²⁰ L.R.C. (1985), ch. F-14.

²¹ Le terme « enclencher » sert à décrire une disposition d'une loi fédérale énumérée dans le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*, et qui instaure une évaluation environnementale lorsque le gouvernement fédéral prend des mesures en vertu de cette disposition de la Loi.

²² Les dispositions clés de la LCEE sont les suivantes :

- 5(1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes :
- [...]
- d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en oeuvre du projet en tout ou en partie.

* * *

- 59(1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

déterminer les dispositions législatives ou réglementaires fédérales prévoyant les attributions des autorités fédérales relativement à un projet dont l'exercice rend nécessaire une évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 5(1)d).

²³ L'article 37 de la *Loi sur les pêches* prévoit ce qui suit :

- (1) Les personnes qui exploitent ou se proposent d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner [...] la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson, doivent, à la demande du ministre — ou de leur propre initiative, dans les cas et de la manière prévus par les règlements d'application pris aux termes de l'alinéa (3)a) —, lui fournir les documents — plans, devis, études, pièces, annexes, programmes, analyses, échantillons — et autres renseignements pertinents, concernant l'ouvrage ou l'entreprise ainsi que les eaux, lieux ou habitats du poisson menacés, qui lui permettront de déterminer, selon le cas :
- a) si l'ouvrage ou l'entreprise est de nature à faire détériorer, perturber ou détruire l'habitat du poisson en contravention avec le paragraphe 35(1) et quelles sont les mesures éventuelles à prendre pour prévenir ou limiter les dommages [...].
- (2) Si, après examen des documents et des renseignements reçus et après avoir accordé aux personnes qui les lui ont fournis la possibilité de lui présenter leurs observations, il est d'avis qu'il y a infraction ou risque d'infraction au paragraphe 35(1) ou à l'article 36, le ministre ou son délégué peut, par arrêté et sous réserve des règlements d'application de l'alinéa (3)b) ou, à défaut, avec l'approbation du gouverneur en conseil :
- a) soit exiger que soient apportées les modifications et adjonctions aux ouvrages ou entreprises, ou aux documents s'y rapportant, qu'il estime nécessaires dans les circonstances;
- b) soit restreindre l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise.

La pratique de la Partie en matière d'application, que la présente communication met en cause, vise à promouvoir la conformité au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. Cette pratique consiste principalement en l'examen préalable des projets qui risquent de nuire à l'habitat du poisson (avec recours parfois au paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et la LCEE) et dans des poursuites après le fait, en cas de violation du paragraphe 35(1). Le niveau et la nature de l'examen préalable des projets varient selon le jugement que porte le Canada sur le risque de préjudice et la possibilité de l'éviter. La question essentielle consiste donc à se demander si l'approche de la Partie en matière d'examen de projets et de poursuites constitue une application efficace du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*.

B. Pourquoi la constitution d'un dossier factuel est-elle justifiée?

1. La pratique d'application préventive du Canada

De l'avis du Secrétariat, la réponse laisse en suspens plusieurs questions essentielles en ce qui concerne l'efficacité de l'approche du Canada en matière d'examen de projets. D'après la réponse du Canada, il appert que des consultations menées auprès des promoteurs et qui mènent à l'envoi de lettres d'avis constitue un élément clé dans sa recherche « d'assurances d'observation volontaire » (Réponse, p. 3). Il faut toutefois déplorer l'absence de renseignements importants sur le recours à cette stratégie de promotion de l'observation volontaire. Avec une insistance particulière sur les projets pour lesquels le Canada délivre des lettres d'avis pour prévenir la violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, voici quatre domaines clés demandant une étude plus approfondie :

1. Dans quelle mesure recourt-on à cette stratégie et comment celle-ci a-t-elle évolué avec le temps? Le Canada fournit des renseignements en ce qui concerne le nombre de fois où des « conseils » ont été donnés pendant l'année financière 1996–1997 (6 912 fois, 3 689 fois à des promoteurs et 3 223 fois à « d'autres ») (Réponse, p. 10). On ne voit cependant pas clairement si, dans ces cas, les « conseils » prodigués étaient incorporés dans des lettres d'avis. Les renseignements de base en ce qui concerne le nombre de lettres d'avis envoyées annuellement ne se trouvent ni dans la communication ni dans la réponse. Or, ils sont essentiels pour comprendre l'utilisation de ce mécanisme d'application.

De tels renseignements sont particulièrement pertinents eu égard à la prétention de l'auteur de la communication voulant qu'on ait enregistré une baisse importante du nombre d'autorisations délivrées au cours des dernières années. L'auteur signale qu'en 1995–1996, le Canada a délivré au plus 339 autorisations en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*, alors que plus de 12 000 autorisations avaient été délivrées en 1990–1991²⁴.

Il peut en outre, avec l'approbation du gouverneur en conseil dans tous les cas, ordonner la fermeture de l'ouvrage ou de l'entreprise pour la période qu'il juge nécessaire en l'occurrence.

²⁴ L'annexe de la communication énonce ce qui suit sur ce point :

« [La *Directive*] a pour effet de réduire radicalement le nombre d'affaires auxquelles le ministère des Pêches et des Océans participera pour protéger l'habitat des poissons et la portée des paragraphes 35(2) et 37(2) comme

À cause de la relation potentielle entre les autorisations et les lettres d'avis, l'information concernant le nombre d'autorisations demandées en vertu du paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et délivrées annuellement est aussi pertinente. Le Canada ne fournit que des renseignements sur le nombre d'autorisations délivrées en 1996–1997²⁵, tandis que l'auteur de la communication en fournit sur le nombre d'autorisations fournies en 1995–1996 et 1990–1991. De la même façon, il serait pertinent d'avoir des renseignements sur la nature et la portée de l'information exigée par le Ministère avant l'envoi des lettres d'avis, de même que sur les écarts entre cette information et celle exigée avant la délivrance des autorisations aux termes du paragraphe 35(2).

2. Quelle est la nature et l'importance des efforts que le Canada consacre à la surveillance des projets ayant donné lieu à des lettres d'avis afin de relever les violations du paragraphe 35(1), en termes de nombre de violations et de gravité de celles-ci? Le Canada justifie le recours aux lettres d'avis en faisant valoir leur efficacité en termes de prévention des violations du paragraphe 35(1) et d'observation volontaire. L'information directement pertinente à cet égard n'est toutefois pas fournie. Tout d'abord, aucune information n'est fournie sur la nature des efforts que déploie le Canada pour vérifier dans quelle mesure les projets faisant l'objet de lettres d'avis violent le paragraphe 35(1). [Voir, p. ex., l'alinéa 5(1)b) de l'ANACDE.] En ce qui a trait à la surveillance, il serait pertinent d'avoir des renseignements sur l'ampleur de la surveillance de la conformité des projets ayant donné lieu à des lettres d'avis. Il serait également indiqué d'avoir des renseignements sur tout écart susceptible d'exister dans la nature de la surveillance de la conformité et dans les ressources consacrées à celle-ci, selon qu'une lettre d'avis ou une autorisation a été délivrée ou non.

De plus, des renseignements sur le nombre et la gravité des violations du paragraphe 35(1) commises dans le cas de projets ayant donné lieu à des lettres d'avis seraient des plus pertinents en ce qui a trait à l'affirmation du Canada voulant que les lettres d'avis sont efficaces en termes de prévention des violations du paragraphe 35(1), mais ils ne sont pas fournis. Il serait indiqué de recueillir de tels renseignements en regard de l'affirmation de la Partie.

3. Quelle est la nature et l'importance des mesures d'application du Canada à l'égard des projets qui donnent lieu à des lettres d'avis et qui violent le paragraphe 35(1)? [Voir, p. ex., l'alinéa 5(1)j) de l'ANACDE.] Suivant la *Directive*, tout défaut de mettre en œuvre les mesures énoncées dans les lettres d'avis qui entraîne des répercussions néfastes sur l'habitat peut donner lieu à des mesures coercitives (*Directive*, p. 5). La réponse toutefois ne fournit que peu de renseignements sur cet aspect des mesures d'application du Canada. Les renseignements pertinents incluraient l'ensemble des politiques canadiennes sur l'arsenal de

mécanisme d'enclenchement de la LCEE. Elle permet aux fonctionnaires et aux promoteurs de contourner tout simplement l'application du régime de protection de l'habitat des poissons de la *Loi sur les pêches* et de la LCEE. »

ENGO Concerns and Policy Options Regarding the Administration and Delegation of Subsection 35(2) of the Fisheries Act, Proposed Subsection 35(3) and Consequences for Federal Environmental Assessment, Étude préparée par le Centre de droit environnemental du Québec, janvier 1996 (Consultants principaux : Yves Corriveau, Franklin S. Gertler), 2.

²⁵ Le Canada indique que, pendant l'année financière 1996–1997, le MPO a délivré 91 autorisations, conformément au paragraphe 35(2) et aux articles 26 et 32, sans donner de ventilation.

mesures d'application disponibles en cas de violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* et les circonstances dans lesquelles le Canada s'en prévaudrait. Des renseignements sur l'utilisation effective de ces mesures d'application, tant dans l'absolu qu'en termes de nombre et de gravité des violations, sont aussi pertinents.

4. Quelle est l'efficacité de ces efforts de suivi pour promouvoir et obtenir la conformité au paragraphe 35(1)?

En résumé, les questions susmentionnées s'attachent principalement à l'utilisation par le Canada des lettres d'avis comme mécanisme d'application pour examiner les demandes de projets et prévenir les violations du paragraphe 35(1). Le Canada soutient que son approche globale en matière de protection de l'habitat du poisson est « axée sur la conformité ». En d'autres termes, le Canada cherche à empêcher des dommages dès le départ (Réponse, p. 10 et 11) Toutefois, il n'y a pas suffisamment d'information sur la démarche canadienne axée sur la conformité à la loi et sur la mesure dans laquelle cette approche permet d'atteindre efficacement les objectifs de la *Loi sur les pêches* et de la LCEE. Ainsi qu'il appert des questions ci-dessus, la réponse fournit certains renseignements à ce chapitre, mais nous estimons qu'elle présente des lacunes importantes et que cela justifie la constitution d'un dossier factuel²⁶.

2. Les poursuites

Le Secrétariat estime de la même manière qu'il y a absence de renseignements sur le recours aux poursuites comme mécanisme d'application. Le Canada explique que « lorsque échoue l'observation volontaire et qu'il est fait infraction à la *Loi sur les pêches*, en sorte que les habitats qui entretiennent des ressources halieutiques sont détériorés, perturbés ou détruits, des mesures de répression sont prises » (Réponse, p. 9). La Partie toutefois offre peu d'informations sur la nature de cette activité, en particulier sur le nombre de condamnations en 1996–1997 (Réponse, p. 10)²⁷. Parmi les renseignements supplémentaires nécessaires pour appuyer l'affirmation selon laquelle des mesures d'application sont prises en cas de violation de la *Loi sur les pêches*, devraient figurer le nombre et la gravité des violations, la nature et la portée des mesures prises par le Canada et l'efficacité de ces mesures. Ceci est vrai tant pour des projets faisant l'objet des lettres d'avis que pour les autres, notamment ceux qui reçoivent des autorisations et les « cas particuliers » de projets réalisés sans examen gouvernemental²⁸.

²⁶ Pour différentes raisons, le Secrétariat n'est pas persuadé qu'il soit justifié d'étendre la portée d'un dossier factuel en ce qui concerne l'étape d'examen de projets pour les questions liées à l'article 37 (*Loi sur les pêches*). Le Secrétariat estime notamment que la communication et son annexe sont principalement axées sur la *Directive sur la délivrance d'autorisations prévues au paragraphe 35(2)* dans leur contestation des pratiques du Canada en matière d'examen de projets.

²⁷ L'annexe de la communication signale qu'en 1991–1992, il y a eu un total de 145 poursuites et de quatre injonctions en ce qui concerne la protection de l'habitat et les dispositions de prévention de la pollution de la *Loi sur les pêches*.

²⁸ L'auteur de la communication fait valoir que les poursuites fédérales contre les violations sont particulièrement importantes parce que la pratique fédérale restreint considérablement les actes privés lorsqu'il s'agit de violation. Il soutient aussi que l'octroi de lettres d'avis entrave les poursuites par des personnes privées, tout comme les interventions dans ces poursuites et leur suspension par le Procureur général (Communication, p. 1).

Selon le Canada, il est trompeur de ne considérer que les poursuites fédérales parce que les provinces s'occupent de certaines violations du paragraphe 35(1). Comme nous l'avons vu précédemment, la réponse indique que « des actions susceptibles d'entraîner des poursuites judiciaires en vertu de la *Loi sur les pêches* sont souvent frappées de sanctions judiciaires en vertu de lois provinciales » et que les provinces ont également le pouvoir d'appliquer la *Loi sur les pêches* (Réponse, p. 3, 10, 11). Toutefois, peu de renseignements sont fournis sur l'activité d'application des provinces en vertu du droit provincial ou de la *Loi sur les pêches*, si ce n'est le nombre d'employés provinciaux participant à certaines activités (Réponse, p. 11). Le Canada considérant apparemment les poursuites provinciales comme un élément essentiel de l'effort d'application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, des renseignements sur les efforts des provinces au chapitre des poursuites sont tout aussi pertinents et devraient être colligés.

3. Autres questions concernant les pratiques d'application de la Partie

1. Comme il a été expliqué ci-dessus, le Canada soutient que son approche en matière d'application constitue un exercice raisonnable de sa discrétion en matière d'enquête, de poursuites, de réglementation ou d'observation. En particulier, le Canada soutient que :

« La méthode employée par le Canada pour faire observer et appliquer l'article 35 de la *Loi sur les pêches* et l'adoption de la directive constitue un exercice légitime de cette discrétion. Par ailleurs, l'Accord reconnaît, à l'article 5, que le fait de demander des assurances d'observation volontaire, comme le fait le Canada par le truchement des directives, constitue une mesure d'application appropriée pour un gouvernement. Par conséquent, le Canada propose respectueusement que l'établissement d'un dossier factuel, dans ce cas, n'est pas justifié étant donné que l'Accord ne permet pas de contester l'exercice légitime de la discrétion de la Partie. » (Réponse, p. 3)

Le Secrétariat convient que les stratégies visant à obtenir l'observation volontaire peuvent constituer des mesures efficaces d'application aux fins des articles 5 et 14 de l'ANACDE. Avec respect, toutefois, le Secrétariat n'estime pas que la réponse du Canada établit adéquatement que son approche en matière d'application représente un exercice légitime de sa discrétion. L'alinéa 45(1)a) dispose qu'une Partie n'a pas omis d'assurer « l'application efficace de sa législation de l'environnement » si son action ou son inaction reflète un exercice raisonnable de sa discrétion en ce qui concerne des questions d'enquête, de poursuite, de réglementation ou d'observation. Ainsi qu'il appert des questions énumérées plus haut, la réponse du Canada ne donne que très peu de renseignements sur des aspects clés nécessaires pour évaluer l'exercice de cette discrétion, comme le nombre et la gravité des violations, la nature des mesures prises par le Canada et l'efficacité de ces mesures. La réponse du Canada ne fournit pas non plus de renseignements sur le contexte global de sa politique, par exemple en ce qui concerne la nature de la surveillance appropriée, les circonstances dans lesquelles il convient de prendre différents types de mesures d'application et celles où les mesures ne sont pas nécessaires. Enfin, le Canada ne dit rien sur la mesure dans laquelle il met en œuvre les stratégies énoncées dans le cadre de sa politique administrative.

Ainsi, le Secrétariat ou le Conseil ne dispose d'aucun élément lui permettant de déterminer si le Canada a exercé ou non sa discrétion de façon raisonnable. La mesure dans laquelle il convient que le Secrétariat procède à une telle évaluation n'a jamais été abordée, et le Secrétariat ne cherche pas à régler cette question à ce stade. Il estime toutefois que l'affirmation d'une Partie selon laquelle, aux termes de l'article 45, elle a raisonnablement exercé sa discrétion doit être mieux étayée que ne le fait la présente réponse afin de soustraire ses pratiques en matière d'application à tout examen en vertu de l'article 14.

2. Le Canada fait aussi valoir que son approche en matière d'application découle de décisions prises **de bonne foi** d'attribuer des ressources à d'autres questions environnementales dites plus prioritaires. Comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice de la discrétion, pratiquement aucune information ne vient étayer cette affirmation. Il y a peu d'information, par exemple, concernant le niveau global des ressources mises à la disposition des pouvoirs publics pour faire appliquer les lois, la priorité relative des différentes questions d'environnement et l'importance des ressources consacrées à l'application dans le domaine visé par la communication. Là encore, la mesure dans laquelle il convient que le Secrétariat évalue une prétention en vertu de l'alinéa 45(1)b) n'a jamais été abordée et le Secrétariat ne cherche pas à régler la question à ce stade. Il estime toutefois qu'une Partie doit fournir davantage d'éléments qu'elle ne l'a fait pour appuyer son affirmation selon laquelle elle a **de bonne foi** décidé d'allouer des ressources à des questions plus prioritaires.

4. Le projet de Sunpine Road

Comme nous l'avons vu précédemment, l'auteur de la communication a évoqué l'exemple de Sunpine Road pour illustrer de façon particulière l'omission alléguée du Canada d'appliquer efficacement la *Loi sur les pêches* et la LCEE. La Partie, en revanche, fait valoir que le fait que l'affaire soit toujours devant les tribunaux rend inapproprié tout commentaire supplémentaire sur le projet dans le cadre d'un dossier factuel²⁹.

Le Secrétariat a déjà traité de la question des procédures judiciaires en instance en ce qui concerne la présente communication et d'autres. En bref, l'ANACDE dit bien que le Secrétariat ne doit pas poursuivre si l'objet de la communication fait aussi l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative intentée par une Partie³⁰. Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce parce que le litige en instance n'a pas été intenté par une Partie. Le

²⁹ Deux poursuites judiciaires sont pertinentes quant à la communication. La première est *The Friends of the West Country Association c. Ministre des Pêches et des Océans et Procureur général du Canada*, Cour fédérale (Section de 1^{re} instance) (n° de greffe T2457-96). Cette instance a débuté en novembre 1996, mais les auteurs de la communication se sont désistés en novembre 1997. La deuxième affaire est *The Friends of the West Country Association c. Ministre des Pêches et des Océans et Directeur, Programmes maritimes, Garde côtière canadienne*, Cour fédérale (Section de 1^{re} instance) (non publiée, 7 juillet 1998, n° de greffe T-1893-96; juge Gibson). Une décision a été rendue en juillet 1998, mais elle a été portée en appel par le gouvernement canadien en septembre 1998. L'appel est en instance actuellement (*Ministre des Pêches et des Océans et Directeur, Programmes maritimes, Garde côtière canadienne c. Friends of West Country Association*, Cour d'appel fédérale (dossier A-550-98).

³⁰ Voir, p. ex., *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 (27 avril 1998)*, au sujet de SEM 97-001, p. 9. Le paragraphe 14(3) de l'ANACDE prévoit que le Secrétariat ne poursuivra que si la Partie qui répond a établi que la question est l'objet « d'une procédure judiciaire ou administrative en instance ». Aux termes du paragraphe 45(3), une «procédure judiciaire ou administrative» aux fins du paragraphe 14(3) s'entend de « toute mesure nationale d'ordre judiciaire, quasi judiciaire ou administratif prise par une Partie en temps opportun et en conformité avec sa législation intérieure [...] ».

Secrétariat peut aussi estimer approprié de ne pas étudier une question parce que, comme il l'a dit dans sa décision d'avril 1997, la similitude des questions soulevées tant dans la communication que dans la poursuite fait en sorte que la constitution d'un dossier factuel risque de faire double emploi avec des aspects importants de la procédure judiciaire et de nuire au litige en instance³¹.

Comme il l'a dit dans sa *Détermination*, le Secrétariat a estimé que cette communication ne justifiait pas la constitution d'un dossier factuel parce qu'une affaire judiciaire était alors en instance et portait sur des questions semblables, notamment l'utilisation des lettres d'avis en vertu de la *Loi sur les pêches*. Le Secrétariat a souligné que l'auteur de la communication pourrait à l'avenir souhaiter déposer une nouvelle communication après le règlement judiciaire de l'affaire³². L'auteur de la communication s'est ensuite désisté dans son action en justice.

La procédure judiciaire en cours semble moins faire double emploi avec la communication que l'affaire en instance en avril 1997. L'instance actuelle paraît surtout concerner l'interprétation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* et de la *Loi sur la protection des eaux navigables*³³. En revanche, comme il a été expliqué ci-dessus, le dossier factuel serait centré sur la collecte de renseignements concernant la stratégie d'examen de projets de la Partie sous le régime de la *Loi sur les pêches*, avec un intérêt particulier pour la stratégie des lettres d'avis, et de renseignements sur l'approche de la Partie en matière de poursuites. Ainsi, le risque de double emploi important ou d'ingérence semble minime, à la différence de l'affaire précédente qui a conduit le Secrétariat à mettre fin au processus de communication en avril 1997.

Par rapport à la possibilité de double emploi ou d'ingérence, il faut reconnaître qu'il semble relativement simple de combler les lacunes décelées dans les renseignements fournis au Secrétariat sur la façon d'aborder les projets dans le cadre de la *Loi sur les pêches*. Si l'on s'en tient à la communication et à la réponse, il appert que trois types de renseignements n'ont pas été fournis. Tout d'abord, l'auteur de la communication soutient

³¹ *Détermination en vertu des articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement pour SEM-96-003 (2 avril 1997).*

³² *Ibid.*

³³ Le 7 juillet 1998, la Cour fédérale (Section de 1^{re} instance) a décidé que les évaluations environnementales menées sur la construction des deux ponts dans le cadre du projet Sunpine étaient inadéquates, et les approbations ont été annulées. La Cour a conclu que la garde côtière n'avait pas, alors qu'elle aurait dû le faire, tenu compte des effets environnementaux cumulatifs d'autres projets et activités passés ou à venir [alinéa 16(1)a) de la LCEE], évalué divers autres projets [paragraphe 15(3) de la LCEE], et assuré un accès public à tous les documents au registre public [article 55 de la LCEE]. Avec les autres étapes connexes prévues par la loi, les approbations ont été renvoyées au ministre des Pêches et des Océans pour « réexamen compatible avec la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, la *Loi sur la protection des eaux navigables*, et les présents motifs ». *The Friends of the West Country Association c. Ministre des Pêches et des Océans et Directeur, Programmes maritime, Garde côtière canadienne*, Cour fédérale (Section de 1^{re} instance) (non publiée, 7 juillet 1998, n° de greffe T-1893-96) (juge Gibson), à la p. 33. Le Procureur général du Canada a fait appel de la décision devant la Cour d'appel fédérale pour les motifs suivants :

- a) la Cour a erré dans la norme d'examen appliquée aux circonstances de l'affaire;
- b) la Cour a erré dans l'interprétation de l'article 15 de la LCEE;
- c) la Cour a erré dans l'interprétation de l'article 16 de la LCEE;
- d) la Cour a erré dans son avis selon lequel le registre public établi par la garde côtière ne respecte pas les exigences de l'article 55 de la LCEE, de sorte qu'il s'agit là d'une autre erreur susceptible d'examen.

que le gouvernement s'est préoccupé, du moins au début, du fait que plusieurs projets risquaient de nuire à l'habitat du poisson en violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. L'information sur ces impacts possibles et les violations éventuelles n'a pas été fournie. En second lieu, le Secrétariat n'a pas reçu les lettres d'avis envoyées pour prévenir le préjudice ou la violation par deux des franchissements. Enfin, bien que le Secrétariat ait été informé que des fonctionnaires de l'Alberta ont inspecté la route et conclu que la construction ne nuirait pas à l'habitat du poisson, le Secrétariat n'a pas eu de copie de leur rapport en ce qui concerne leur évaluation de l'incidence réelle de la construction sur l'habitat du poisson.

V. Recommandation

À la lumière de la réponse du Canada, le Secrétariat estime que la communication justifie la constitution d'un dossier factuel pour rassembler davantage d'information sur l'activité d'application de la loi entreprise par le Canada et sur l'efficacité de cette activité pour assurer la conformité au paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*. La réponse ne conteste pas l'importance des lois de l'environnement ni des ressources naturelles dont il est question dans la présente communication. Elle en reflète plutôt l'appréciation. Ainsi qu'il appert du rapport de 1996–1997 du ministère des Pêches et des Océans au Parlement au sujet de l'administration et de l'application des dispositions de la *Loi sur les pêches*, lequel rapport est cité dans la réponse, les dispositions sur la protection de l'habitat du poisson dans la *Loi sur les pêches* figurent parmi les plus importants mécanismes de conservation et de protection de l'habitat du poisson. De plus, bien que la Partie affirme dans sa réponse l'efficacité du processus d'examen de projets et des poursuites pour prévenir et traiter les cas de violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*, l'absence d'information sur la mesure réelle de l'utilisation des différents mécanismes d'application et l'incidence de ces mécanismes sur la conformité à la *Loi sur les pêches*, ont amené le Secrétariat à conclure qu'il convient de recourir au processus du dossier factuel pour réunir les faits sur ces questions.

Soumis respectueusement le 19 juillet 1999,

Janine Ferretti
Directrice exécutive