PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 6, NUMÉRO 2 2018

RÉDACTEURS EN CHEF

M. Rowland J. Harrison, c.r., LLB, LLM, Conseiller en règlementation de l'énergie

M. Gordon E. Kaiser, BA, MA, JD, Arbitre, JAMS Toronto, Washington DC

COLLABORATEURS 2018

M. Tom Adams, Bsc, MES, Consultant en énergie, Tom Adams Energy

Mme Mariko Geronimo Aydin, BS, MA, Associée senior, The Brattle Group, Cambridge

M. Nigel Bankes, BA, MA, LLM, Professeur, Président du Natural Resources Law, University of Calgary

L'Honorable David M. Brown, BA, JD, LLM, Juge, Cour d'appel de l'Ontario

Mme Jessica-Ann Buchta, BIB, MBA, JD, Avocate, Borden Ladner Gervais LLP, Toronto

M. David Bursey, BA LLB, Associé, Bennett Jones, Vancouver

Dr. A. Neil Campbell, HBA, JD, MBA, SJD, Co-directeur, Concurrence et commerce, McMillan LLP, Toronto

M. Michael Cleland, BA, MPL, cadre supérieur, University of Ottawa Collaboratory on Energy Research and Policy

M. Sean Conway, BA, MA, Conseiller en politiques publiques, Gowling WLG, Toronto

M. Tyson Dyck, BA, LLB, JSM, Associé, Torys LLP, Toronto

M. Amir Eftekharpour, Stagiaire, Torys LLP, Toronto

Dr. Ahmad Faruqui, BA, MA, PhD, Directeur, The Brattle Group, San Francisco

Dr. Stewart Fast, BSc, MA, PhD, Associé de recherche senior, Positive Energy, Ottawa

M. Robert S. Fleishman, BA, JD, Avocat-conseil en litige, Morrison Foerster, USA

M. Michael Fortier, BA, MES, LLB, Partner, Torys LLP, Toronto

M. Ludovic Fraser, LLB, MBA, LLM, Conseiller juridique, CWP Energy, Montreal

Dr. Monica Gattinger, BComm, MA, PhD, Directrice, Institut de recherché sur la science, la société et la politique publique, Université d'Ottawa

Dr. Walter Graf, BS, BSE, MS, PhD, Associé, The Brattle Group, Cambridge

M. Willie Grieve, c.r., BA, JD, Président, Alberta Utilities Commission

M. Peter Gurnahm, BA, LLB, Membre, Nova Scotia Utility and Review Board

M. Bob Heggie, Directeur général, Alberta Utilities Commission

M. Scott Hempling, BA, JD, Professeur adjoint, Georgetown University Law Center

Mme Kimberly J. Howard, BA, LLB, MA, Avocate, McCarthy Tétrault, Calgary

M. Mark A. Jamison, BSc, MSc, PhD, Directeur, Public Utility Research Center, University of Florida

Mme Michelle S. Jones, BSoc Sc, LLB, Avocate, Lawson Lundell LLP, Vancouver

M. Dennis Mahony, BA, LLB, Associé, Torys LLP, Toronto

M. Peter Miles, Économiste à la retraite

Mme Caitlin Milne, BSc, BA, Stagiaire, Torys LLP, Toronto

M. William A. Mogel, BA, LLB, Associé, Mogel & Sweet LLP, Washington DC

Mme Caitlin Morin, BA, BCL, LLB, Avocate, Torys LLP, Toronto

M. David J. Mullan, LLM, Professeur émérite, Faculty of Law, Queens University

M. Gordon N. Nettleton, BComm, LLB, Associé, McCarthy Tetrault, Calgary

Dr. Dwight Newman, BA, LLB, BCL, M Phil, PhD, Professeur, Canada Research Chair in Indigenous Rights, in Constitutional and International Law, University of Saskatchewan

M. Martin Olszynski, BS, LLB, LLM, Professeur adjoint, University of Calgary

M. Johannes P. Pfeifenberger, MS, MA, Directeur, The Brattle Group, Cambridge

M. André Plourde, BA, MA, PhD, Professeur, Doyen, Faculty of Public Affairs, Carleton University

M. Henry Ren, BSc, JD, Avocat, Torys LLP, Toronto

Mme Molly Reynolds, LLB, Avocate senior, Torys LLP, Toronto

M. Erik Richer La Flèche, BCL, LLB, Associé, Stikeman Elliott

M. Mark Rodger, BA, LLB, Associé senior, Borden Ladner Gervais LLP, Toronto

M. Chris Sanderson, c.r., BA, LLB, Conseiller senior, Lawson Lundell LLP, Vancouver

Dr. Sanem Sergici, BS, PhD, Directrice, The Brattle Group, Cambridge

Mme Katie Slipp, BComm, LLB, Associée, Blakes, Calgary

M. Lawrence E. Smith, c.r., BA, LLB, MA, Associé, Bennett Jones, Calgary

M. David Stevens, BA, LLB, Associé, Aird & Berlis, Toronto

Mme Charlotte Teal, Stagiaire, Bennett Jones, Vancouver

M. John Vellone, BA Sc, LLB, MBA, Associé, Borden Ladner Gervais LLP, Toronto

M. Ron Wallace, Membre permanent retraité, Office National de l'Énergie

M. Daniel Watt, BA, LLB, Partner, McInnes Cooper, Halifax

M. Adam White, BA, PDG, Powerconsumer Inc

Dr. Moin A. Yahya, BA, MA, JD, PhD, Professeur adjoint, Faculty of Law, University of Alberta

Dr. Adonis Yatchew, BA, MA, PhD, Professeur, Departement d'économie, University of Toronto

M. C. Kemm Yates, c.r., BA, JD, Associé, Blakes, Calgary

M. Glenn Zacher, BA, LLB, Associé, Stikeman Elliott, Toronto

M. Ryan Zahara, BA, LLB, Associé, Blakes, Calgary**.**

ÉNONCÉ DE MISSION

La mission de la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie consiste à offrir une tribune pour des débats et des discussions sur des questions concernant les industries règlementées du secteur énergétique au Canada, notamment des décisions de tribunaux de règlementation, des actions législatives et politiques associées, ainsi que des initiatives et des mesures adoptées par des sociétés règlementées et des intervenants. Cette publication se veut équilibrée par rapport au traitement des différents dossiers. Les auteurs sont tirés d'une liste de personnes aux antécédents variés, reconnues comme des chefs de file dans le domaine des industries énergétiques règlementées et dont la contribution à cette publication exprimera leurs points de vue indépendants à l'égard de ces enjeux.

POLITIQUE RÉDACTIONELLE

Cette publication trimestrielle est publiée par l'Association canadienne du gaz (ACG) dans le but de favoriser une meilleure compréhension des questions et des tendances en matière de règlementation dans le secteur de l'énergie au Canada.

Les rédacteurs administratifs travailleront avec l'ACG pour déterminer des thèmes et des sujets pour chaque point d'intérêt, rédigeront des textes éditoriaux, sélectionneront des collaborateurs et réviseront leurs articles pour s'assurer de l'uniformité du style et de la qualité.

L'équipe de cette publication trimestrielle conservera une « liste » de collaborateurs qui seront appelés à prêter leur nom et leur collaboration à cette publication. Les personnes apparaissant sur la liste peuvent être invitées par les rédacteurs administratifs à écrire des articles sur des thèmes particuliers ou peuvent proposer leur collaboration de leur propre initiative. De temps à autre, d'autres personnes peuvent également être invitées à rédiger des articles. Certains collaborateurs peuvent avoir représenté des parties ou encore y avoir été associés dans un dossier sur lequel ils formulent un commentaire. Le cas échéant, une note de bas de page sera ajoutée par les rédacteurs à cet effet. Les rédacteurs administratifs se réservent la responsabilité de sélectionner les sujets à publier.

Le contenu de fond des articles individuels est à l'unique responsabilité des collaborateurs.

Par souci d'offrir une tribune pour des débats et des discussions, l'équipe de cette publication trimestrielle invite les lecteurs à émettre leurs commentaires sur les articles publiés et invite également les collaborateurs à réagir, le cas échéant. Les commentaires et les réactions seront publiés sur le site Web de la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie.

PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

Éditorial 9
Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser

ARTICLES

Un (autre) régime fédéral pour l'évaluation des projets de pipeline interprovinciaux - La nouvelle Loi sur l'évaluation d'impact 11
Martin Z. Olyszynski

Le chemin tortueux vers la « modernisation » de l'ONE 23
Ron Wallace

La *Loi sur l'évaluation d'impact*, la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* et l'énergie extracôtière : un point de vue du Canada Atlantique 43
Daniel Watt

Nouveau cadre d'habilitation environementale du Québec 55
Ludovic Fraser

La règlementation efficace des services publics : une cause rassembleuse pour une amérique divisée 67
Scott Hempling

La CEO publie son rapport final sur les frais de fixations filaire aux poteaux 71
David Stevens

RECENSION

A Guide to Energy Market Manipulation 77
Dr. A. Neil Campbell

ÉDITORIAL

Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser
Rédacteurs en chef

Au moment de mettre sous presse la présente *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, le gouvernement fédéral présente des dispositions législatives qui se traduiront par une restructuration radicale du cadre règlementaire qui entoure les projets énergétiques d'envergure de compétence fédérale, y compris, plus particulièrement, des gazoducs interprovinciaux et internationaux. Les modifications que propose le projet de loi C-69[1], sous l'appellation anodine *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, sont fondamentales; il s'agit de l'initiative fédérale la plus importante dans le domaine de la règlementation de l'énergie depuis, à tout le moins, l'avènement du Programme énergétique national en 1980.

Au terme de près de 60 ans d'existence, l'Office national de l'énergie (ONE) serait aboli. Le nouvel organisme canadien de règlementation de l'énergie qui le remplacerait, la Régie canadienne de l'énergie, jouerait un rôle fondamentalement différent, plus particulièrement en ce qui a trait à la façon de déterminer si de nouveaux projets proposés sont dans l'intérêt public. Cette détermination du seuil serait faite initialement par des commissions conjointes en vertu de la *Loi sur l'évaluation d'impact*. Qui plus est, la Régie canadienne de l'énergie fonctionnerait sous la gouverne d'un conseil d'administration qui ressemblerait à un conseil d'entreprise. Ses audiences seraient menées par des membres d'une « commission » plutôt que par des membres d'un conseil.

Le présent numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* présente un examen et une analyse approfondis sur ce vent de changement, à commencer par un survol informatif par Martin Olszynski des changements proposés, dans son article vedette sur le nouveau régime fédéral d'évaluation des projets interprovinciaux de gazoducs et la *Loi sur l'évaluation d'impact* proposée. L'article porte sur la manière dont le nouveau régime s'appliquerait à des projets proposés de gazoducs interprovinciaux et internationaux.

Des changements radicaux aux politiques gouvernementales se produisent rarement en vase clos et ne sont pleinement compris que dans le contexte de leur évolution et d'événements formatifs qui les ont précédés. Dans son article sur le chemin tortueux vers la modernisation de l'ONE, Ron Wallace, chargé de la règlementation chevronné et ancien membre de l'ONE, dresse un survol informatif des développements qui ont sans doute contribué au remplacement de l'ONE, tout en faisant ressortir des préoccupations sur les répercussions du scénario envisagé par le projet de loi C-69, non seulement pour les projets de gazoducs, mais aussi pour l'intégrité globale du système de règlementation.

Le discours public sur le projet de loi C-69 était axé, ce qui n'a rien d'étonnant, sur l'incidence que ce dernier aura sur les projets de gazoducs règlementés par le gouvernement fédéral. Toutefois, le nouveau cadre proposé va bien au-delà des projets de gazoducs et comprend des projets de production et d'exploration gazière et pétrolière en mer ainsi que d'éventuels projets d'énergie renouvelable en mer. Daniel Watt en a étudié les répercussions dans son article portant sur la *Loi sur l'évaluation d'impact*, la *Loi sur la Régie* canadienne de l'énergie et l'énergie extracôtière : vision du Canada atlantique.

---

1 PL C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess, 42e lég, 2018.

Des changements notables dans la règlementation environnementale, qui ont des répercussions sur les industries énergétiques, se poursuivent également à l'échelle provinciale. Ludovic Fraser examine les faits récents survenus au Québec dans un article sur le nouveau cadre d'autorisation environnementale.

L'élaboration de règlements et de politiques aux États-Unis a des répercussions non négligeables sur l'industrie énergétique canadienne. Scott Hempling nous livre un commentaire réfléchi sur les leçons que l'on peut dégager de l'univers de la règlementation des services publics dans son article sur la règlementation efficace des services publics, source d'unité pour une Amérique divisée.

Entre-temps, les organismes de règlementation de l'énergie vaquent à leurs activités quotidiennes. David Stevens passe en revue le rapport final de la Commission de l'énergie de l'Ontario sur les frais de raccordement aux poteaux d'électricité.

Enfin, on trouvera à la fin de ce numéro un examen par A. Neil Campbell du livre intitulé *The Guide to Energy Market Manipulation*, publié par l'un de nos corédacteurs en chef, Gordon Kaiser. ■

UN (AUTRE) RÉGIME FÉDÉRAL POUR L'ÉVALUATION DES PROJETS DE PIPELINE INTERPROVINCIAUX

LA NOUVELLE *LOI SUR L'ÉVALUATION D'IMPACT*

*Martin Z. Olszynski**

I. INTRODUCTION

Le 8 février 2018, après presque deux ans d'examen par un groupe d'experts et un comité parlementaire[1], le gouvernement libéral fédéral a déposé le projet de loi C-69, la *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*[2]. Comme il est expliqué ci-dessous, on peut qualifier la nouvelle *Loi sur l'évaluation des impacts (LEI)* de version augmentée de l'actuelle *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, 2012*[3] *(LCEE, 2012)*. À l'instar de la *LCEE, 2012*, la *LEI* s'articule autour d'une liste de projets désignés et n'est plus déclenchée de manière générale par le processus décisionnel du fédéral (comme c'était le cas avec la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* originale)[4]. Les principales différences comprennent une nouvelle « étape préparatoire », avant quoi il n'y avait qu'une décision sur l'examen préalable[5]; l'élimination de tout critère de sélection des participants[6]; et l'expansion de la portée des évaluations, y compris les effets non seulement environnementaux, mais aussi sociaux, économiques et sanitaires qui relèvent

*Martin Z. Olszynski est professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université de Calgary. Il remercie les professeurs Nigel Bankes et David Wright des commentaires et suggestions qu'ils lui ont fournis sur une version précédente de cet article.

1 Voir Canada, Ministère de l'Environnement et du Changement climatique, *Bâtir un terrain d'entente : une nouvelle vision pour l'évaluation des impacts au Canada*, par le Comité d'experts pour l'examen des processus d'évaluation environnementale, Ottawa, Agence canadienne d'évaluation environnementale, 2017, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/conservation/evaluation/examens-environnementaux/processus-evaluation-environnementale/batir-terrain-entente.html> [*Bâtir un terrain d'entente*]; Ressources naturelles Canada, *Progresser, ensemble : Favoriser l'avenir énergétique propre et sécuritaire du Canada*, Comité d'experts sur la modernisation de l'Office national de l'énergie, Ottawa, RNCan, 2017, en ligne : <https://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/pdf/NEB-Modernization-Report-FR-WebReady.pdf>; Chambre des communes, Comité permanent des pêches et des océans, *Examen des modifications apportées à la Loi sur les pêches en 2012 : renforcer la protection du poisson et de son habitat et la gestion des pêches canadiennes* (février 2017) (Président : Scott Simms); Chambre des communes, Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, *Une étude de la Loi sur la protection de la navigation* (mars 2017) (Présidente : hon. Judy A. Sgro).

2 PL C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess, 42e lég, 2018 (version actuelle) [référé sous *LEI* ou *LRCE*].

3 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, 2012,* LC 2012, c 19, art 52 [*LCEE, 2012*].

4 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, 2012,* LC 1992, c 37 [*LCEE*].

5 Concernant la nouvelle étape préparatoire, voir la *LEI, supra* note 2, art 10 à 20, qui est présentée plus en détail dans la partie IV du présent article. Quant aux dispositions sur l'examen préalable de la *LCEE, 2012*, voir les arts 8 à 10.

6 Voir la *LCEE, 2012, supra* note 3, au para 2(2) pour consulter la définition de « partie intéressée », qui est présentée plus en détail dans la partie II.

de la compétence législative du Parlement[7]. Le gouvernement fédéral devra également considérer, entre autres choses, si le projet favorise la durabilité[8] et s'il contribue ou nuit à la capacité du Canada à remplir ses engagements en matière de changements climatiques[9].

Le projet de loi C-69 a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires, la plupart de ceux-ci étant centrés sur la *LEI et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* (LRCE)[10]. À la fin du mois de mars 2018, le Comité permanent de l'environnement et du développement durable (ENVI) a amorcé son propre examen de la législation. Le Comité prévoyait terminer son examen de chaque disposition au plus tard le 24 mai 2018[11].

Le présent article vise à explorer ces changements qui touchent l'évaluation des pipelines interprovinciaux. Étant donné que le projet de loi C-69 constitue ultimement une réponse aux projets de loi omnibus sur le budget du gouvernement conservateur de 2012[12], ce ne sera pas une surprise d'apprendre que la *LEI* annulera de nombreux changements apportés par cette législation, y compris le rôle exclusif conféré à l'Office national de l'énergie (ONE) (qui deviendra bientôt la Régie canadienne de l'énergie, ou RCE) relativement à l'évaluation des projets de pipeline interprovinciaux.

Le présent article est structuré comme suit. La section suivante énonce les dispositions pertinentes de la *LCEE, 2012* actuelle ainsi que la jurisprudence relative à ces dispositions. Ensuite, un aperçu du régime proposé en vertu de la *LEI* est présenté. En conclusion, quelques commentaires sur les deux régimes sont offerts.

II. ÉVALUATION DES PROJETS DE PIPELINE INTERPROVINCIAUX EN VERTU DE LA *LCEE*, 2012

Comme il a été mentionné précédemment, en vertu de l'article 15 de la *LCEE, 2012*, l'ONE est l'une des quatre « autorités responsables », avec l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'Agence) et la Commission canadienne de sûreté nucléaire (CCSN), chargées de mener des évaluations environnementales. Les articles 17 à 27 énoncent diverses règles d'application générale, y compris les éléments qui doivent être pris en compte dans le cadre d'une évaluation environnementale[13], les personnes qui déterminent la portée de ces facteurs[14], le devoir d'assistance imposé aux autorités fédérales détenant des connaissances d'experts ou spécialisées[15], et le pouvoir de demander la collecte de renseignements supplémentaires[16]. Par ailleurs, les articles 28 à 32 énoncent des règles particulières pour les évaluations réalisées par l'ONE.

Sous réserve de l'article 28, l'ONE est tenue de s'assurer que toute « partie intéressée » ait l'occasion de participer à l'évaluation environnementale. La *LCEE, 2012* définit les parties intéressées comme étant celles qui, de l'avis de l'autorité responsable, sont « directement touchée[s] par la réalisation du projet ou [qui] possèdent des renseignements pertinents ou une expertise appropriée »[17]. Le terme « directement touché » est courant dans la plupart des lois de l'Alberta en matière d'environnement et s'entend généralement de la description d'un intérêt personnel, comme un effet sur une terre privée, à l'intérieur d'un

7 *LEI, supra* note 2, art 2 (définition des effets).
8 *Ibid*, arts 22, 63. La durabilité est définie à l'art 2 comme la « capacité à protéger l'environnement, à contribuer au bien-être social et économique de la population du Canada et à maintenir sa santé, dans l'intérêt des générations actuelles et futures ».
9 *Ibid.*
10 Voir à titre d'exemple, Martin Olszynski, « In Search of #BetterRules: An Overview of Federal Environmental Bills C-68 and C-69 » (15 février 2018), *ABlawg* (blogue), en ligne : <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2018/02/Blog_MO_Bill68_Bill69.pdf>; Nigel Bankes, « Some Things have Changed but Much Remains the Same: the New Canadian Energy Regulator » (15 février 2018), *ABlawg* (blogue), en ligne : <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2018/02/Blog_NB_Much_Remains_The_Same.pdf>; Martin Ignasiak, Sander Duncanson et Jessica Kennedy, « Changes to federal impact assessments, energy regulator and waterway regulation (Bills C-68 and C-69) » (12 février 2018), *Osler* (blogue), en ligne : <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2018/changes-to-federal-impact-assessments-energy-regulator-and-waterway-regulation-bills-c-68-and-c-1>.
11 Il convient donc de noter que la *LEI* peut encore être modifiée parrapport à sa forme actuelle.
12 *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, CS 2012, c 19.
13 *LCEE, 2012*, *supra* note 4, art 19(1).
14 *Ibid,* art 19(2).
15 *Ibid,* art 20.
16 *Ibid,* art 23(2).
17 *Ibid*, art 28, 2(2).

certain degré de proximité par rapport à un projet[18]. Confronté à un libellé essentiellement identique[19], la Cour d'appel fédérale, dans *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*[20], a soutenu que l'ONE « a droit à une marge d'appréciation importante dans les circonstances... »[21] et a confirmé la décision de l'ONE de refuser le droit de participation à Mme Sinclair, dont les préoccupations relatives au projet de la canalisation 9 d'Enbridge concernaient principalement les changements climatiques que l'ONE a déterminé être « non-pertinent » dans le cadre de son examen[22].

L'article 29 exige de l'ONE qu'il prépare un « rapport sur l'évaluation environnementale » du projet, énonçant sa recommandation quant à la probabilité ou à l'improbabilité que le projet entraîne des effets environnementaux négatifs et concernant tout programme de suivi à mettre en place. On y prévoit également que ce rapport doit être soumis au ministre des Ressources naturelles au même moment où l'ONE soumet son rapport en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (recommandant, ou non, la délivrance d'un Certificat de commodité et de nécessité publiques)[23]. Enfin, et comme on le verra plus en détails ci-après, le paragraphe 29(3) énonce une clause privative, établissant qu'à l'exception des processus énoncés aux articles 30 et 31, le rapport sur l'évaluation environnementale de l'ONE est « définitif et sans appel »[24].

L'article 30 énonce un processus permettant au gouverneur en conseil (c.-à-d. le Cabinet) de renvoyer à l'ONE l'une ou l'autre de ses recommandations aux fins de réexamen, et confère au Cabinet le pouvoir d'obliger l'ONE à tenir compte de tout élément précisé et d'imposer un délai à l'intérieur duquel l'ONE doit effectuer son réexamen. Comme dans le cas de l'article 29, il est indiqué à l'alinéa (5) de l'article 30 que le rapport de réexamen de l'ONE est « définitif et sans appel »[25].

Ces dispositions ont été interprétées dans *Nation Gitxaala c. Canada*[26] – le litige entourant le pipeline Northern Gateway d'Enbridge[27]. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, lorsque le Cabinet a reçu les rapports prévus par la *LCEE, 2012 et la LONE* relativement à ce projet, il disposait de trois options : (1) il pouvait « donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport »; (2) il pouvait « donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat »; ou (3) il pouvait demander à l'Office de réexaminer les recommandations ou les conditions figurant dans son rapport, ou les deux[28].

Le Cabinet fédéral de l'époque a choisi la première option[29]. Le rapport de la Commission d'examen conjointe de l'ONE, la décision du Cabinet fondée sur ce rapport et les certificats de Northern Gateway délivrés en vertu de l'article 52 ont tous été subséquemment contestés par les Premières Nations et les groupes environnementaux[30]. Comme on le sait, la Cour d'appel fédérale a accueilli les demandes de contrôle judiciaire déposées par les Premières Nations, concluant que le gouvernement fédéral ne s'était pas acquitté

18 Voir Jody Saunders et Jessica Lim, « The National Energy Board's Participation Framework: Implementing Changes Resulting from the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act* » (2014) 52:2 Alta L Rev 366.
19 Voir l'art 55.2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie,* LRC 1985, c N-7 [*LONE*].
20 *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245 [*Forest Ethics*].
21 *Ibid* au para 72.
22 *Ibid* au para 64
23 *LCEE, 2012*, *supra* note 4, art 29.
24 *Ibid,* art 29(3).
25 *Ibid*, art 30.
26 *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187 [*Gitxaala*]. La démarche adoptée par la Cour d'appel fédérale a récemment été confirmée dans *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89 au para 23 : « Le régime législatif pour l'approbation des pipelines, énoncé par le Parlement dans la *LONE*, a été habilement résumé dans Gitxaala [...]. »
27 Pour un commentaire sur cette décision, voir Keith B. Bergner, « Le projet Northern Gateway et la Cour d'appel fédérale : le processus de règlementation et l'obligation de consulter de la Couronne » (2016) 4:1 *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, en ligne : < http://www.energyregulationquarterly.ca/fr/case-comments/the-northern-gateway-project-and-the-federal-court-of-appeal-the-regulatory-process-and-the-crowns-duty-to-consult#sthash.SD82fTSk.dpbs>.
28 *Ibid* au para 113.
29 *Gitxaala*, *supra* note 26 aux para 60 – 65.
30 *Ibid* aux para 68 à 70.

de son obligation constitutionnelle au cours de l'étape de consultation suivant la publication du rapport[31]. Par contre, les demandes déposées par les groupes environnementaux ont toutes été rejetées. Selon le juge Stratas, au nom des juges majoritaires, le régime législatif est tel que le Cabinet fédéral détermine seul si le rapport sur l'évaluation environnementale de l'ONE satisfaisait aux exigences de la *LCEE, 2012:*

> [120] Le régime législatif révèle que, en matière d'examen, c'est le gouverneur en conseil qui est le seul véritable décideur...
>
> [122] Précisons que l'évaluation environnementale visée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* ne joue aucun rôle si ce n'est que de faciliter l'élaboration des recommandations soumises au gouverneur en conseil afin qu'il prenne en considération le contenu de toute déclaration et s'il doit donner instruction qu'un certificat approuvant le projet soit délivré.
>
> [123] Il s'agit d'un rôle très mince, différent du rôle joué par les évaluations environnementales prévues dans d'autres régimes décisionnels fédéraux. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le bien-fondé de la politique formulée et mise en œuvre dans ce régime législatif. Nous devons plutôt interpréter la loi telle qu'elle est rédigée.
>
> [124] En vertu de ce régime législatif, le gouverneur en conseil seul peut déterminer si le processus de regroupement, d'analyse, d'évaluation et d'étude est lacunaire au point que le rapport ne se qualifie pas comme un « rapport » au sens de la législation :
>
> - Dans le cas d'un rapport ou de parties de rapport concernant l'évaluation environnementale, le paragraphe 29(3) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* prévoit que celui-ci est « définitif et sans appel »...
>
> [125] Dans le cas qui nous occupe, plusieurs parties ont présenté des demandes de contrôle judiciaire à l'égard du rapport de la Commission d'examen conjointe. Dans le cadre du régime législatif applicable en l'espèce, ces demandes de contrôle judiciaire n'étaient pas recevables. Aucune décision sur des intérêts juridiques ou pratiques n'avait été rendue. Selon le régime législatif applicable en l'espèce, comme il a déjà été mentionné, toute lacune dans le rapport de la Commission d'examen conjointe devait être examinée uniquement par le gouverneur en conseil et non par la Cour. Par conséquent, ces demandes de contrôle judiciaire doivent être rejetées[32].

Comme il est expliqué plus en détail dans la partie IV, cette démarche s'éloigne considérablement de la jurisprudence établie selon laquelle, comme préalable à toute approbation gouvernementale subséquente, les rapports sur l'évaluation environnementale peuvent être directement examinés afin d'en déterminer la légitimité[33]. Une *portée d'examen* très restrictive (par exemple, à certaines questions de droit) pourrait peut-être être justifiée par une clause privative forte[34], mais

31 *Ibid* au para 327.
32 *Ibid* aux para 120 – 125.
33 Il est permis de douter que les art 29 à 31 s'appliquaient dans ce cas, puisque le projet Northern Gateway a été amorcé en tant que Commission d'examen conjointe et s'est poursuivi ainsi conformément aux dispositions transitoires prévues dans la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, supra* note 12. Voir Martin Olszynski, « Northern Gateway: Federal Court of Appeal applies Wrong Provisions » (5 juillet 2016), *ABlawg* (blogue), en ligne : <https://ablawg.ca/2016/07/05/northern-gateway-federal-court-of-appeal-wrong-ceaa-provisions/>.
34 *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9 au para 31: « L'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. »

celle contenue dans la *LCEE, 2012* ne l'est pas particulièrement. Plus important encore, le juge Stratas semblait moins influencé par les clauses privatives que par le fait que le Cabinet était l'unique décideur. Cependant, c'est généralement le cas lors d'évaluations environnementales : Elles sont principalement recommendatoires mais leur achèvement légal est également requis pour conférer la compétence aux décideurs subséquents[35].

Quoi qu'il en soit, la seule décision à revoir, selon le juge Stratas, est le décret du Cabinet en vertu de l'article 54 de la *LONE*, exigeant de l'ONE qu'il accorde à Enbridge ses certificats. En ce qui concerne cette décision, plusieurs des parties ont cherché à appliquer la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*[36] comme établissant le cadre juridique applicable pour contester la prise de décisions par le Cabinet à la suite d'un rapport de la commission en vertu de la *LCEE*. Toutefois, le juge Stratas a établi une distinction avec *Ekuanitshit* et a choisi de ne pas s'appuyer sur cette décision[37]. En plus de ce qu'il estimait être deux régimes législatifs très différents, le juge Stratas était d'avis que l'approbation par le Cabinet d'un projet de barrage hydroélectrique qui, a-t-on constaté, aurait probablement d'importants effets environnementaux négatifs (comme dans *Ekuanitshit*), était en quelque sorte différente de l'approbation d'un pipeline interprovincial qui est également susceptible de causer des effets environnementaux négatifs considérables :

> [138] La norme de contrôle applicable à la décision du gouverneur en conseil établie dans l'arrêt *Ekuanitshit* peut avoir du sens si la Cour révise une décision du gouverneur en conseil d'approuver une décision rendue par d'autres en fonction d'une évaluation environnementale. La décision du gouverneur en conseil est fondée en grande partie sur l'évaluation environnementale. Les considérations d'ordre politique et les autres considérations de nature diffuse n'ont pas beaucoup d'influence sur la décision.
>
> [139] Toutefois, en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil, c'est-à-dire le décret, est le produit issu de son examen des recommandations qui lui ont été faites dans le rapport. La décision n'est pas simplement issue d'un examen d'une évaluation environnementale. Et les recommandations faites au gouverneur en conseil visent plus que les facteurs mentionnés dans l'évaluation environnementale. Elles comportent plutôt un certain nombre de facteurs de nature polycentrique et de facteurs de nature diffuse.
>
> [140] Lorsqu'il procède à son évaluation, le gouverneur en conseil doit soupeser un grand nombre de facteurs, dont la plupart, comme les facteurs de nature économique, sociale, culturelle, environnementale et politique, relèvent davantage de la compétence de l'exécutif. Rappelons que selon le paragraphe 52(2), ces facteurs doivent être inclus dans le rapport qui est examiné par le gouverneur en conseil[38].

Par conséquent, la majorité a conclu qu'il faut « accorder au gouverneur en conseil, quant à ces questions, la marge d'appréciation la plus large possible » et n'était pas convaincue « que, selon les principes du droit administratif, la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable »[39].

III. ÉVALUATION DES PROJETS DE PIPELINES INTERPROVINCIAUX CONFORMÉMENT À LA NOUVELLE LOI SUR L'ÉVALUATION DES IMPACTS

Comme il a été souligné dès le départ, la plus grande différence entre la *LCEE, 2012* et la

35 Voir *LCEE, 2012, supra* note 4, art 7; *LEI supra* note 2, art 8, qui empêche les autorités fédérales d'exercer quelque pouvoir ou de s'acquitter de toute obligation à l'égard d'un projet avant qu'une évaluation ne soit terminée.
36 *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général),* 2014 CAF189 [*Ekuanitshit*].
37 *Gitxaala, supra* note 26 aux para 132 – 140.
38 *Ibid* aux para 138 – 140.
39 *Ibid* aux para 155 – 156.

LEI repose probablement dans le fait que l'ONE ne sera plus une autorité responsable ayant compétence exclusive sur l'évaluation des pipelines interprovinciaux. Cette section de l'article débute par une présentation de cette différence, suivie d'un examen des principaux éléments de chacune des étapes d'évaluation des impacts proposées : étapes préparatoire, d'évaluation et décisionnelle.

A. Des commissions d'examen conjointes au sein de la Régie canadienne de l'énergie

En vertu de la *LEI*, les projets désignés régis par la Régie canadienne de l'énergie seront évalués par des commissions d'examen[40]. En vertu de l'article 39(2), il s'agirait seulement de commissions fédérales, sans possibilité de commissions d'examen conjointes avec d'autres juridictions intéressées[41]. Les articles 47 à 50 énoncent plusieurs règles supplémentaires, y compris la création d'une liste de personnes qui sont des commissaires au titre de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* et qui peuvent être nommées membres de telles commissions[42]. À l'instar de la *LCEE, 2012*, le paragraphe 51(3) de la *LEI* indique clairement que ces commissions exécuteront leurs fonctions de pair avec les fonctions qui leur sont attribuées en vertu de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*[43].

Bien qu'il s'agisse manifestement d'un écart par rapport à la *LCEE, 2012*, il est important de souligner que ce régime constitue essentiellement un retour au *statu quo* qui prévalait avant 2012. Northern Gateway, on se souviendra, a fait l'objet d'une évaluation par une commission d'examen conjointe. Quant à l'évaluation des impacts, les fonctions de la commission seront les suivantes :

a. procéder à l'évaluation d'impact du projet désigné;

b. veiller à ce que le public ait accès aux renseignements qu'elle utilise dans le cadre de cette évaluation;

c. tient des audiences de façon à donner au public la possibilité de participer à l'évaluation;

d. établit un rapport de l'évaluation, lequel :

   i. indique les effets que, selon elle, la réalisation du projet est susceptible d'entraîner,

   ii. identifie, parmi ces effets, les effets relevant d'un domaine de compétence fédérale qui sont négatifs ainsi que les effets directs ou accessoires négatifs et précise la mesure dans laquelle ils le sont,

   iii. comprend un résumé des observations reçues du public,

   iv. est assorti de sa justification et de ses conclusions et recommandations relativement à l'évaluation, notamment aux mesures d'atténuation et au programme de suivi;

e. présente son rapport d'évaluation au ministre;

f. sur demande de celui-ci, précise l'une ou l'autre des conclusions et recommandations dont son rapport est assorti[44].

Entre autres choses, le retour aux commissions d'examens devrait aussi signifier que l'unique démarche du juge Stratas pour aborder l'examen des évaluations faites par l'ONE, c.-à-d. qu'elles ne peuvent pas être directement examinées, ne s'appliquera plus. Cependant, il existe certaines ambiguïtés à cet égard en raison des dispositions de la loi proposée, plus particulièrement des articles 183 à 185 de la *LCEE*.

L'article 183 énonce les règles générales applicables aux demandes de certificats de commodité et de nécessité publiques, incluant des indications supplémentaires à la RCE en

40 *LEI, supra* note 2, art 43 : « Dans le cas où le projet désigné comprend des activités concrètes régies par l'une ou l'autre des lois ci-après,le ministre est tenu de renvoyer l'évaluation d'impact du projet pour examen par une commission :… *b*) la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*. »
41 *Ibid*, art 39(2).
42 *Ibid*, arts 47 – 50.
43 *Ibid*, art 51(3).
44 *Ibid*, art 51(1).

ce qui concerne les facteurs à considérer[45], les possibilités de « représentations par le publique »[46], les délais[47], et – d'intérêt particulier pour la présente discussion – une clause privative à l'article 183(11) à l'effet que, sous réserve d'un processus de réexamen prévu à l'article 184[48], les rapports de la RCE sont « définitifs et concluants »[49]. L'article 185 modifie ensuite ces règles pour les projets désignés sous la *LEI* de la façon suivante :

> 185. Si la demande de certificat vise un projet désigné, au sens de l'article 2 de la Loi sur l'évaluation d'impact, qui doit faire l'objet d'une évaluation d'impact sous le régime de cette loi :
>
> a. la commission constituée au titre du paragraphe 47(1) de cette loi exerce les attributions conférées à la Commission par l'article 182, les paragraphes 183(1) et (2) et l'article 184;
>
> b. aux paragraphes 183(1) et 184(5), la mention du ministre vaut mention du ministre et du ministre de l'Environnement;
>
> c. le rapport prévu au paragraphe 183(1) est présenté dans le délai fixé au titre de l'article 37 de cette loi;
>
> d. les paragraphes 183(3) à (10) ne s'appliquent pas;
>
> e. le paragraphe 189(1) s'applique à l'égard de la commission constituée au titre du paragraphe 47(1) de cette loi[50].

Ainsi, le comité d'examen chargé de l'évaluation en vertu de la *LEI* s'acquittera également des fonctions de la REC en ce qui concerne la révision des demandes de certificats de commodité et de nécessité publiques, avec quelques modifications. Alors que les alinéas (3) à (10) de l'article 183 ne s'appliqueront plus, y compris les règles propres à la *LCEE* concernant la participation du public et les délais, les règles relatives au réexamen prévu à l'article 184 et la clause privative de l'article 183(11) continueront de s'appliquer, vraisemblablement à un rapport unique destiné à satisfaire à la fois aux exigences de la *LEI* et de la *LCEE*. À savoir si ce régime est suffisamment différent de celui établit par la *LCEE, 2012* visant à renverser la position d'extrême déférence de *Gitxaala* demeure incertain et ne sera probablement résolu que par litige, le cas échéant.

B. Étape préparatoire

Dans ce qui semble être l'une des quelques recommandations substantielles du Comité d'experts pour l'examen des processus d'évaluation environnementale adoptée par le gouvernement fédéral[51], l'évaluation des impacts au Canada comportera trois étapes, contrairement à deux pour la méthode conventionnelle : une nouvelle étape préparatoire, une étape d'évaluation et une étape décisionnelle. Selon le Comité d'experts pour l'examen des processus d'évaluation environnementale,

> [a] L'étape préparatoire devrait mener à un processus plus efficace. À l'heure actuelle, certains promoteurs effectuent déjà une étape de planification conceptuelle avant le lancement de l'actuel processus d'évaluation. L'intégration de cette étape préparatoire dans le processus officiel d'évaluation des impacts aidera à la fois les promoteurs et les collectivités en favorisant l'établissement de relations et la confiance. En outre, cela éclairera rapidement les promoteurs sur les principales préoccupations. Pour les collectivités et les groupes autochtones, l'étape préparatoire leur permettra d'identifier les renseignements qu'ils détiennent et qui peuvent être intégrés à

45 *LRCE*, *supra* note 2, art 183(2).
46 *Ibid*, art 183(3).
47 *Ibid*, art 183(4).
48 *Ibid*, art 184.
49 *Ibid*, art 183(11).
50 *Ibid*, art 185.
51 *Bâtir un terrain d'entente, supra* note 1.

l'évaluation des impacts[52].

Comme il est prévu dans la *LEI*, cette nouvelle étape préparatoire semble principalement être une version augmentée de la « décision sur l'examen préalable » initiale établie en vertu du régime actuel eu égard aux projets désignés autre que les pipelines[53]. Conformément aux articles 8 à 10 de la *LCEE, 2012*, le promoteur d'un projet désigné est tenu de soumettre une description de projet à l'Agence, à la suite de quoi l'Agence détermine si une évaluation environnementale est requise. En vertu de la *LEI*, cette décision s'appliquera à tous les projets, impliquera une plus grande participation du public[54] et nécessitera une proposition de consultation avec d'autres territoires et groupes autochtones concernés[55]. À la suite de ces consultations, l'Agence fournira au promoteur une liste de questions qu'elle considère comme pertinentes. La liste sera affichée dans le registre et le promoteur sera tenu de répondre en fournissant une description détaillée de son projet, y compris tout renseignement prévu dans la règlementation pertinente[56].

Pour l'instant (et comme c'est le cas en vertu de la *LCEE, 2012*), l'Agence déterminera, après avoir examiné des éléments précis[57], si une évaluation des impacts est requise. Dans l'affirmative, l'étape préparatoire nécessitera au total 180 jours à compter du moment où le promoteur a affiché sa description de projet initiale[58]. Cette démarche se distingue de la décision sur l'examen préalable actuelle en vertu de la *LCEE, 2012,* qui doit être fait dans un délai de 45 jours après que l'on ait jugé que la description du projet est complète. Il est difficile d'en glaner davantage de la législation, mais d'autres détails sont présentement en train de se régler (p. ex. l'Agence tient actuellement une consultation sur le *Règlement sur la gestion de l'information et du temps*)[59].

À certains égards, cette nouvelle étape préparatoire ressemble non seulement à la *LCEE, 2012*, mais également au processus qui s'appliquaient aux « études approfondies » réalisées en vertu de la *LCEE* originale à la suite des modifications de 2003. Il s'agit notamment de la consultation publique sur la portée du projet à évaluer, la portée des éléments à examiner et la « question de savoir si l'étude approfondie permet l'examen des questions soulevées par le projet »[60].

C. L'étape d'évaluation

Comme l'indique son titre, le régime proposé n'est plus centré principalement sur les effets environnementaux négatifs et leur importance. En vertu de l'article 2, les « effets relevant d'un domaine de compétence fédérale » n'incluent pas seulement les effets environnementaux, mais aussi « des changements en toute matière sanitaire, sociale ou économique mentionnée à l'annexe 3 qui relèvent de la compétence législative du Parlement »[61]. L'annexe 3 n'a pas encore été remplie.

La liste d'éléments à obligatoirement examiner dans le cadre d'une évaluation des impacts a également été allongée[62]. Le tableau 1 compare la liste des éléments à examiner en vertu de la *LCEE, 2012* ainsi que de la *LEI* :

---

52 *Ibid.*
53 *LCEE, 2012*, *supra* note 3, art 8 – 12. Les dispositions en matière de présélection ne s'appliquent pas aux projets règlementés par l'ONÉ, qui exigent automatiquement une évaluation.
54 *LEI, supra* note 2, art 11.
55 *Ibid*, art 12.
56 *Ibid*, art 14(2).
57 *Ibid*, art 16(2). Il s'agit essentiellement des mêmes éléments que ceux visés par le régime de la *LCEE, 2012* actuelle, avec l'ajout explicite des droits des Autochtones.
58 *Ibid*, art 18.
59 Voir Gouvernement du Canada, Avis public, « Sollicitation de commentaires du public pour appuyer l'élaboration de règlements au titre de la proposition de loi sur l'évaluation des impacts » (8 février 2018), en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-evaluation-environnementale/nouvelles/salle-medias/sollicitation-commentaires-public-elaboration-reglements-loi-evaluation-impacts.html>.
60 *LCEE, supra* note 4, art 21, dans sa version du 11 juin 2006 et du 11 juillet 2010. Ce libellé s'est avéré un élément charnière de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans),* 2010 CSC 2, et les conclusions de la Cour selon lesquelles les atorités responsable n'avaient pas le pouvoir de « définir » les projets de manière à éviter d'avoir à effectuer une étude approfondie plutôt qu›une évaluation de type «screening».
61 *LEI, supra* note 2, art 2.
62 *Ibid*, art 22(1).

Tableau 1 : Éléments à examiner en vertu de la *LCEE, 2012* et de la *LEI*

LCEE, 2012	*LEI*
a. les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, sont susceptibles de causer à l'environnement; b. l'importance des effets visés à l'alinéa a); c. les observations du public — ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la Loi sur l'Office national de l'énergie, des parties intéressées — reçues conformément à la présente loi; d. les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet; e. les exigences du programme de suivi du projet; f. les raisons d'être du projet; g. les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux; h. les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement; i. les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74; j. tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.	a. les effets du projet, y compris : i. ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, ii. les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'exercice d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer, iii. le résultat de toute interaction entre ces effets; b. les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets négatifs du projet; c. les répercussions que le projet désigné peut avoir sur tout groupe autochtone et les répercussions préjudiciables qu'il peut avoir sur les droits des peuples autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982; d. les raisons d'être et la nécessité du projet; e. les solutions de rechange à la réalisation du projet qui sont réalisables sur les plans technique et économique, notamment les meilleures technologies disponibles, et les effets de ces solutions; f. les solutions de rechange au projet; g. les connaissances traditionnelles des peuples autochtones du Canada fournies à l'égard du projet; h. la mesure dans laquelle le projet contribue à la durabilité; i. la mesure dans laquelle les effets du projet portent atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques; j. les changements qui pourraient être apportés au projet du fait de l'environnement; k. les exigences du programme de suivi du projet; l. les enjeux relatifs aux cultures autochtones soulevés à l'égard du projet; m. les connaissances des collectivités fournies à l'égard du projet; n. les observations reçues du public; o. les observations reçues d'une quelconque instance dans le cadre des consultations tenues en application de l'article 21; p. toute évaluation pertinente visée aux articles 92, 93 ou 95; q. toute évaluation des effets du projet effectuée par un corps dirigeant autochtone ou au nom de celui-ci et qui est fournie à l'égard du projet; r. toute étude effectuée ou tout plan préparé par une quelconque instance qui a été fourni à l'égard du projet et qui est relatif à une région ayant un lien avec le projet; s. l'interaction du sexe et du genre avec d'autres facteurs identitaires; t. tout autre élément utile à l'évaluation d'impact dont l'Agence ou, s'il renvoie l'évaluation d'impact pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.

Certains de ces éléments, comme les impacts sur les droits des Autochtones (article 22(1)(c)) sont essentiellement une codification de la loi actuelle[63], alors que d'autres viennent élargir ce que l'on examine présentement lors de l'évaluation d'un projet, notamment des alternatives au projet (article 22(1)(f)) (à la place de simples moyens alternatifs, comme sous la *LCEE, 2012*), les connaissances traditionnelles des peuples autochtones canadiens (article 22(1)(g)) (discrétionnaire sous la *LCEE, 2012*), la question de savoir s'il favorise la durabilité (article 22(1)(h)) et s'il contribue ou nuit à la capacité du Canada à remplir ses engagements

63 Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts),* 2004 CSC 73, et plus récemment *Clyde River (Hamlet) c. Petroleum GeoServices Inc.*, 2017 CSC 40.

en matière de changements climatiques (article 22(1)(i)). Comme indiqué ci-dessus, le changement climatique a été explicitement exclut de l'examen du Projet de la canalisation 9 d'Enbridge par l'ONE.

Il incombe toutefois à l'Agence ou au ministre de déterminer la portée de ces éléments[64]. Nonobstant les éléments supplémentaires à examiner, la *LEI* impose aux commissions d'examen un délai de six cents jours[65].

D. L'étape décisionnelle

Enfin, en ce qui a trait à l'étape décisionnelle, la LEI conserve plus ou moins la structure décisionnelle de la *LCEE, 2012*. Les commissions d'examen soumettront leurs rapports au ministre de l'Environnement et du Changement climatique (et, dans le cas de pipelines, au Ministère des ressources naturelles), qui doit ensuite renvoyer au Cabinet la question de déterminer si le projet est « dans l'intérêt public »[66]. Cependant, la *LEI* a abandonné le concept d'« importance » mis de l'avant par chacune des *LCEE* comme ligne de démarcation. Le Cabinet devra plutôt examiner les éléments suivants :

a. la mesure dans laquelle le projet contribue à la durabilité;

b. la mesure dans laquelle les effets relevant d'un domaine de compétence fédérale qui sont négatifs – ainsi que les effets directs ou accessoires négatifs – identifiés dans le rapport d'évaluation d'impact du projet le sont;

c. la mise en œuvre des mesures d'atténuation que le ministre ou le gouverneur en conseil, selon le cas, estime indiquées;

d. les répercussions que le projet désigné peut avoir sur tout groupe autochtone et les répercussions préjudiciables qu'il peut avoir sur les droits des peuples autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

e. la mesure dans laquelle les effets du projet portent atteinte ou contribuent à la capacité du gouvernement du Canada de respecter ses obligations en matière environnementale et ses engagements à l'égard des changements climatiques[67].

Ces éléments sont essentiellement un sous-ensemble des éléments qui doivent être évalués au titre de l'article 22 (voir le tableau 1 ci-dessus), et les motifs à l'appui de la décision doivent démontrer que tous ces éléments sont examinés[68]. Comme c'est présentement le cas sous la *LCEE, 2012*, les conditions énoncées dans ces décisions feront parties des certificats de commodité et nécessité publiques de la REC[69].

IV. COMMENTAIRE

Les principales différences entre la *LCEE, 2012* et la *LEI* proposée, en ce qui concerne l'évaluation des pipelines de divers champs de compétence, peuvent se résumer comme suit :

- Considérant qu'au titre de la *LCEE, 2012* l'ONE était l'unique responsable de ces évaluations, en vertu de la *LEI* cette responsabilité sera assumée conjointement suivant les modalités de la commission d'examen;

- La *LCEE, 2012* prévoyait un critère permanent pour restreindre la portée de la participation, ce qui n'est pas le cas pour la *LEI*;

- Selon la Cour d'appel fédérale dans *Gitxaala* (du moins), l'effet des articles 29 à 31 de la *LCEE, 2012* était d'immuniser les rapports d'évaluation environnementale de l'ONE contre les examens judiciaires rigoureux, alors que le retour aux commissions d'examen en vertu de la *LEI* rétablie la longue ligne de jurisprudence bien établie selon laquelle ces rapports peuvent faire l'objet d'un examen direct[70];

64 *Ibid*, art 22(2).
65 *Ibid*, art 37(1).
66 *Ibid*, art 61.
67 *Ibid*, art 63.
68 *Ibid*, art 65(2).
69 *Ibid*, art 67(2).
70 *Gitxaala*, *supra* note 26.

- Une nouvelle étape préparatoire a pour but de faciliter la définition précoce des enjeux clés et de développer des relations; cette étape se superposera à l'étape actuelle de la décision sur l'examen préalable prévue dans la *LCEE, 2012;*

- La portée de l'évaluation prévue par la *LEI* sera plus large, afin d'y inclure non seulement les effets économiques, sanitaires et sociaux, mais aussi la contribution du projet à la durabilité et sa propension à favoriser ou non les engagements du Canada à l'égard des changements climatiques;

- La prise de décisions par le gouvernement en vertu de la *LEI* sera plus solide et transparente que le critère « justifiable dans les circonstances » actuellement prévu dans la *LCEE, 2012.*

Bien sûr, il est encore trop tôt pour savoir comment la plupart de ces changements se traduiront en pratique, à l'exception peut-être de l'élimination du critère permanent. Le professeur Shaun Fluker et le diplômé du programme de maîtrise en droit de l'Université de Calgary Nitin Kumar Srivastava ont examiné l'application du critère permanent de la *LCEE, 2012* dans quatre projets (la mine New Prosperity, l'expansion de la mine Jackpine de Shell, le site C et l'expansion Trans-Mountain de Kinder Morgan) et ont constaté « des décisions incohérentes quant à la participation du public »[71]. La commission d'examen du projet New Prosperity, par exemple, a appliqué le critère permanent relativement généreux qu'est « l'intérêt public » issu de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*[72]. Même la commission d'examen du projet de Kinder Morgan a accordé certaines occasions de participation publique à la grande majorité des quelque 2 000 personnes qui l'ont demandé[73]. Autrement dit, rien n'est gagné, rien n'est perdu, sinon très peu.

Un autre changement que l'on peut maintenant commenter est l'élimination du régime spécialisé pour les évaluations par l'ONE prévu dans la *LCEE, 2012* (articles 28 à 31, comme il a été expliqué précédemment) et l'interprétation qu'en fait le juge Stratas. Comme l'a souligné Keith B. Bergner à l'époque « la reformulation du Rapport de l'ONE/de la CEC comme une simple recommandation diminue grandement le rôle de l'organisme de règlementation et l'importance du processus d'audience de règlementation, ce qui semble regrettable. Les processus de règlementation pour des projets d'une telle envergure occupent habituellement une longue période et nécessitent d'énormes efforts de la part de nombreux participants »[74]. En plus d'être regrettable, c'est également incorrect : les commissions d'examen constituées tant en vertu de la *LCEE* originale que de la *LCEE, 2012* ont toujours joué un rôle de recommandation, et leurs rapports ont quand même toujours pu être examinés[75].

Enfin, c'est peut-être ce qui restera inchangé qui est autant, si pas plus, important que ce qui changera. Comme tous ses prédécesseurs, la LEI refuse de fixer des limites environnementales, ou toute autre limite. Conformément à la théorie originale de l'évaluation environnementale, il suffit que les organismes gouvernementaux examinent les effets d'un projet de manière transparente, s'appuyant sur l'hypothèse de plus en plus fragile qu'un tel examen mène généralement à la prise d'une meilleure décision[76]. ■

---

71 Shaun Fluker et Nitin Kumar Srivastava, « Public Participation in Federal Environmental Assessment under the Canadian Environmental Assessment Act 2012: Assessing the Impact of 'directly affected' » (2016) 29 J Env L & Prac 65.
72 *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45.
73 *Fluker and Srivastava*, *supra* note 71.
74 *Bergner, supra* note 27.
75 Voir, à titre d'exemple, *Ontario Power Generation Inc c. Greenpeace Canada*, 2015 CAF 186; *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302; et surtout *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 RCF 483.
76 Voir Dan Tarlock, « Is There a There There in Environmental Law » (2004) 19 J Land Use & Envtl L 213.

LE CHEMIN TORTUEUX VERS LA « MODERNISATION » DE L'ONE

*Ron Wallace**

APERÇU

La tâche ardue, qui semble s'accélérer, entre les deux forces que sont le mondialisme et le nationalisme se joue dans un contexte d'environnementalisme croissant et menace de plus en plus l'ordre économique mondial. Le Canada n'en est pas moins touché, alors que les législateurs tentent de concilier les politiques énergétiques nationales et les conventions internationales sur les changements climatiques. Les opinions concurrentes sur les politiques pour l'économie et l'environnement sous-tendent les débats actuels. Dans l'intervalle, les défenseurs d'idéologies économiques et sociales opposées se sont de plus en plus tournés vers les tribunaux pour un règlement. Pourrait-on trouver un terrain d'entente entre ces forces et, plus particulièrement, quelles sont les conséquences pour les organismes de règlementation et les décideurs politiques en matière d'énergie qui se retrouvent maintenant en plein cœur de cette tempête sociale, économique et politique?

Les récentes perturbations dans les politiques énergétiques canadiennes touchant les législateurs, les organismes de règlementation et le public résultent de tentatives pour concilier les économies nationales et les traités internationaux qui contrastent avec les intérêts nationaux et provinciaux. Malheureusement, les concepts simplistes d'une « transition énergétique » canadienne témoignent d'une compréhension limitée de l'économie énergétique – une entreprise mondiale excessivement complexe. D'importants obstacles politiques, financiers et sociaux nuisent à la réalisation de transformations de gros dans la production d'énergie et d'électricité, et peu de solutions se prêtent à une autorisation de législature dépourvue de conséquences économiques substantielles. Les attentes croissantes du public pour des changements s'orientent de plus en plus vers les organismes de règlementation de l'énergie dont les contestations des décisions sont grandissantes alors que le public manifeste son désarroi quant aux conséquences économiques substantielles de politiques énergétiques irréfléchies. Malheureusement, les législateurs canadiens s'immiscent de plus en plus dans la prise de décisions règlementaires et, ce faisant, n'ont cessé de miner les pouvoirs décisionnels indépendants des organismes de règlementation et des tribunaux spécialisés. Le Canada a démontré que ces interventions politiques dans la poursuite de convictions idéologiques ou d'idéaux politiques ont eu tendance à créer plus, et non moins, de conflits associés à des excès économiques considérables. Ces incertitudes politiques et règlementaires ont mis en péril l'industrie canadienne de l'énergie et ont découragé un investissement essentiel de capitaux.

Depuis l'an 2000, traduisant les vues idéologiques d'un électorat divisé, les législateurs canadiens ont oscillé d'un côté à l'autre d'un vaste spectre d'intérêts économiques et environnementaux. Par conséquent, de grands projets énergétiques ont été annulés, alors que des investisseurs de capitaux concrets se sont tournés vers des marchés plus certains, ou du moins plus prévisibles, à l'extérieur du Canada. Les organismes de règlementation de l'énergie,

* Le Dr. Ron Wallace, un scientifique ayant remporté le prix Emerald grâce à d'importants services internationaux, vit à Calgary. Il a travaillé au sein d'organismes de règlementation et de comités consultatifs en matière d'énergie et d'environnement pour des organismes fédéraux, provinciaux et territoriaux. Il a été nommé membre permanent de l'Office national de l'énergie en 2013 et a agi à titre de premier président élu par intérim de l'Office en 2014. Le Dr. Wallace a pris sa retraite à titre de membre permanent de l'ONE en 2016.

comme l'Office national de l'énergie (ONE), en ont été non moins victimes. Après près de 60 ans de service ayant donné au Canada l'un des réseaux de pipelines les plus efficaces et les plus sûrs au monde, l'ONE s'est retrouvé au cœur de controverses l'exposant à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité et à des initiatives politiques parallèles de « modernisation ». Plus particulièrement, l'Initiative nationale de mobilisation de l'ONE a mené à des rapports de membres du comité d'audience sur Énergie Est de l'ONE qui auraient rencontré en privé au début de 2015 l'ancien premier ministre du Québec Jean Charest, soupçonné d'avoir travaillé à titre de consultant pour Trans Canada. On a exhorté le premier ministre Trudeau de laisser tomber la totalité de l'examen d'Énergie Est de l'ONE[1].

Pour le Canada, le coût annuel direct d'une capacité de pipeline insuffisante pour atteindre d'éventuels marchés d'exportation internationaux a récemment été estimé par la Banque Scotia à plus de 15 milliards de dollars canadiens[2]. De tels montants, combinés à une perte estimative d'investissements de 60 milliards de dollars attribuable à l'annulation de projets d'infrastructure énergétique depuis 2015, sont déterminants. Le Canada affiche le 11e plus grand PIB au monde (derrière l'Inde, l'Italie et le Brésil)[3] et est néanmoins vulnérable à d'énormes sorties financières susceptibles d'avoir une incidence sur l'économie nationale. Ces tendances financières inquiétantes peuvent encore laisser présager une « transformation » financière et économique au Canada avec des conséquences imprévues pour les institutions politiques, règlementaires et économiques.

En revisitant la version modernisée du grand débat de 1950 sur le pipeline, auquel les communautés judiciaire, règlementaire et juridique ont grandement participé, le Canada s'est engagé dans une expérience nationale de conséquence, laquelle pourrait fortement façonner notre économie et notre identité nationale pendant des générations. Dans l'intervalle, les politiques canadiennes en matière d'énergie ont été totalement décalées par rapport à notre principal client d'exportation – les États-Unis. Sauf durant la période où le mandat du gouvernement Trudeau a brièvement coïncidé avec celui de l'administration Obama (jusqu'à ce qu'il cède le pouvoir à l'administration Trump nouvellement élue le 20 janvier 2017[4]), le gouvernement Harper qui a précédé s'est souvent retrouvé en désaccord avec Obama. Aujourd'hui, dans un contexte de discorde internationale grandissante à l'égard des projets de pipeline, le gouvernement Trudeau se retrouve le plus souvent en désaccord avec l'administration Trump des États-Unis concernant la mise en œuvre de l'Accord de Paris sur le climat[5] ainsi que d'autres politiques énergétiques et fiscales d'importance.

INTRODUCTION

Depuis son élection en 2015, le gouvernement Trudeau a introduit une remarquable série d'initiatives législatives en matière d'évaluation environnementale et de règlementation, dont bon nombre ont une grande incidence sur le secteur canadien de l'énergie. Le présent document traite de récents exemples d'intérêt pour la communauté canadienne de règlementation de l'énergie, et plus particulièrement d'initiatives influant sur le droit administratif et la pratique de la règlementation canadienne de l'énergie. Ce qui a débuté comme une série de vives controverses portant sur l'ONE s'est transformé en défis législatifs et politiques pour un nouveau

1 Bien que l'ONE ait nié avoir eu connaissance des liens allégués de Charest à TransCanada, la tempête publique et médiatique qui a suivi a donné lieu à des appels ayant mené à la démission des trois membres du comité Énergie Est en raison d'allégations d'apparence de partialité.

2 Banque Scotia, « Pipeline Approval Delays: the Cost of Inaction », Note de produit (2018) Global Economics, en ligne : <http://www.gbm.scotiabank.com/scpt/gbm/scotiaeconomics63/pipeline_approval_delays_2018-02-20.pdf>.

3 Trading Economics, « Canada GDP », en ligne : < https://tradingeconomics.com/canada/gdp> : « 1960-2018 Data: The Gross Domestic Product (GDP) in Canada was worth 1529.76 billion US dollars in 2016. The GDP value of Canada represents 2.47 percent of the world economy. GDP in Canada averaged 616.46 USD Billion from 1960 until 2016, reaching an all-time high of 1842.63 USD Billion in 2013 and a record low of 40.77 USD Billion in 1961. »

4 Martin Fletcher, « The Final Year: The breathless story of Obama's last days as president », *Radio Times* (19 janvier 2018), en ligne : <http://www.radiotimes.com/news/film/2018-01-19/the-final-year-the-breathless-story-of-obamas-last-days-as-president/>; David Edelstein, « Documentary Offers A Devastating Look At The Obama Administration's 'Final Year' », *Nashville Public Radio* (22 janvier 2018), en ligne : <http://nashvillepublicradio.org/post/documentary-offers-devastating-look-obama-administrations-final-year#stream/0>.

5 *Accord de Paris*, Doc off UNFCCC, 21e sess, annexe, Doc NU FCCC/CP/2015/10/Add.1 (2016) 23 [*Accord de Paris*].

gouvernement fédéral risquant de nuire aux politiques économiques et environnementales. Les résultats peuvent même menacer les gouvernements fédéral et provinciaux.

La communauté canadienne de règlementation de l'énergie a été témoin de l'évolution du débat politique intense dans lequel des organismes de règlementation établis de longue date, comme l'ONE, sont plongés. Ce débat s'est transformé en propositions législatives concrètes lues au Parlement au moment de la rédaction du présent article[6]. En ce qui concerne l'ONE, le Canada est avancé dans ses préparatifs pour étudier des options de modifications législatives à la LCEE (2012)[7] et la *Loi sur l'ONE*[8] par l'intermédiaire des projets de loi C-68[9] et C-69. Le langage hautement qualitatif utilisé par le gouvernement actuel pour décrire les objectifs de la nouvelle loi, comme « regagner la confiance du public et faire avancer la réconciliation avec les Autochtones » tout en veillant à ce que les « bons projets » aillent de l'avant afin de s'assurer que les ressources énergétiques « soient acheminées aux marchés de manière responsable », à bien des égards semble ne pas concorder avec la loi actuelle[10]. Essentiellement, la nouvelle loi et les incertitudes qu'elle soulève arrivent à un moment où la fuite des capitaux du Canada à la suite de l'annulation de projets comme Énergie Est, Northern Gateway et le projet de GNL Pacific NorthWest est estimé à plus de 60 milliards de dollars. On en est également à un moment où l'infrastructure énergétique du Canada fait face à des pressions concurrentielles provinciales et internationales croissantes.

Dans de récents ouvrages et articles d'opinion, on a présenté le Canada comme un pays « à la croisée des chemins en matière d'énergie » et dont l'industrie énergétique est frappée par une « véritable tempête »[11] résultant d'attaques sophistiquées de la part de groupes d'activistes nationaux et internationaux, de programmes règlementaires et d'interventions politiques muables au Canada et aux États-Unis qui ont eu pour effet d'aggraver les incertitudes règlementaires et, surtout, qui étaient accompagnés d'une baisse importante des prix internationaux des produits énergétiques de base[12]. Ces événements ont également balayé les organismes de règlementation de l'énergie partout au Canada, le plus important étant l'ONE[13].

Le Canada est loin d'être le seul pays à avoir essuyé cette « tempête ». Dans une danse parallèle, les législateurs américains ont grandement oscillé dans leurs tentatives pour faire face aux stratégies mondiales sur les émissions. Hormis ces changements abrupts au niveau des politiques, le Canada s'est montré déterminé à assumer un « rôle de chef de file » agressif associé à l'Accord de Paris sur le climat, rôle dans lequel le gouvernement fédéral semble hautement disposé à atteindre des idéaux élevés pour la « décarbonisation » par l'adoption de certaines initiatives politiques et règlementaires. Ces mesures législatives, combinées aux incertitudes continues à l'égard de la position du Canada sur la consultation des Autochtones aux termes du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause[14] et de la DNUDPA[15], ont laissé perplexes les communautés canadiennes d'investissement dans l'énergie. En somme, ces événements semblent constituer des défis

---

6 PL C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d 'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess, 42e lég, 2018.

7 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012),* LC 2012, c 19, art 52.

8 *Loi sur l'Office national de l'énergie*, LRC 1985, c N-7 [Loi sur l'ONE].

9 PL C-68*, Loi modifiant la Loi sur les pêches et d'autres lois en conséquence,* 1re sess, 42e lég, 2018.

10 Jim Carr, Allocution, présentée au Forum GLOBE 2018 du Ministère des resources naturelles, 15 mars 2018, en ligne : << https://www.canada.ca/en/natural-resources-canada/news/2018/03/the-honourable-jim-carr-canadas-minister-of-natural-resources-globe-forum-2018-vancouver-british-columbia.html>.

11 Ron Wallace et Bonnie Gray Wallace, « Expert Perspectives on the NEB Modernization », *Daily Oil Bulletin* (21 septembre 2018), en ligne: <http://www.dailyoilbulletin.com/article/2017/9/21/expert-perspectives-neb-modernization/>.

12 Ron Wallace, « Is the Canadian energy industry approaching a tipping point? », *JW Energy* (2 octobre 2017), en ligne: < http://www.jwnenergy.com/article/2017/10/canadian-energy-industry-approaching-tipping-point/>.

13 Ron Wallace, « Babies, Bathwaters and Regulators: The 'Precautionary Principle' should also apply to how government deals with regulators », *Daily Oil Bulletin* (2017) 77.

14 Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause – Un droit des peuples autochtones et une bonne pratique pour les communautés locales* (Guide), Italie, FAO, 2016, en ligne : < http://www.fao.org/3/a-i6190f.pdf>.

15 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones,* Rés AG 61/295, Doc off AG NU, 2007, Doc NU A/61/L.67 et add.1.

très concrets pour le secteur de l'énergie et ses organismes de règlementation, plus exacerbés encore par l'émergence d'un contexte politique et règlementaire de plus en plus épineux entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et les administrations municipales.

Le secteur énergétique canadien a été témoin de réductions substantielles des investissements canadiens par les poids lourds de l'industrie Apache Corp., ConocoPhillips, Chevron, Petronas, Marathon Oil et Shell Canada. Le rejet du pipeline Gateway par le Cabinet fédéral suivi par le récent effondrement du projet Énergie Est de TransCanada ont été accompagnés de délais persistants dans la proposition de pipeline Keystone XL de TransCanada. Bien que ce dernier projet ait reçu l'approbation présidentielle en mars 2017, il demeure embourbé dans une querelle règlementaire aux États-Unis. Les attentions politiques canadiennes se sont maintenant tournées vers le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain de 7,4 millions de dollars de Kinder Morgan, pour lequel les chefs politiques actuels en Colombie-Britannique ont juré d'utiliser « tous les outils disponibles pour stopper » le projet, inopinément compte tenu des approbations de projets par l'ONE et le Cabinet fédéral[16]. Bon nombre de mesures sont en instance devant la Cour d'appel fédérale. Cette tourmente s'étend bien au-delà des questions juridiques, politiques et règlementaires pour toucher des questions concrètes de droits constitutionnels, de développement économique national et de règle de droit.

UN BREF APERÇU DE LA RÈGLEMENTATION CANADIENNE EN MATIÈRE D'ÉNERGIE ET D'ENVIRONNEMENT

Harrison (2013)[17] et Hummel (2016)[18] décrivent en détail ce qui pourrait être considéré comme les deux plus importants facteurs ayant motivé les mouvements écologistes canadiens : l'émergence du concept de « permis social » et l'émergence parallèle de l'activisme écologique associé au « changement climatique », respectivement.

Harrison a décrit le concept de « permis social d'exploitation », pour lequel il s'est dit préoccupé de l'utilisation du « permis social » par certaines personnes et certains groupes pour justifier le rejet des résultats de processus règlementaires formels qui, en fait, menaçaient de réduire la règle de droit aux manquements des gouvernements à insister sur l'utilisation des arènes règlementaires adéquates pour déterminer l'intérêt public. Dans sa critique judicieuse, il a effectivement anticipé et laisser présager la campagne électorale fédérale de 2015 dans laquelle le candidat Trudeau, au moment où l'ONE était soumis à des pressions incessantes de la part d'activistes locaux et internationaux, s'est joint à un groupe soutenant que l'ONE était « brisé » et qu'il avait grand besoin d'une « modernisation »[19]. Hormis ces positions, de nombreux sondages ont révélé que la majorité des Canadiens estimaient que l'ONE prenait des décisions qui reflétaient adéquatement l'intérêt national.

Hummel (2016) a décrit un mouvement d'activistes écologiques et de protecteurs de l'environnement qui a vu le jour dans les années 2000 comme une « quatrième vague » au cours de laquelle le changement climatique est devenu une préoccupation mondiale et nationale croissante. À la fin des années 1980, non seulement les environnementalistes, mais aussi bon nombre de Canadiens présupposaient que le Canada se positionnait en vue de mener la communauté internationale dans des actions visant à combattre le changement climatique. Le Canada a pris des engagements en vue d'adopter, en 1997, le Protocole de Kyoto[20], auquel il s'est joint en 2002 sous la direction des libéraux de Jean Chrétien.

L'élection fédérale de 2006 a porté au pouvoir

---

16 Laura Stone, « Jason Kenney vows repercussions against B.C. over Trans Mountain pipeline », *The Globe and Mail* (4 août 2017), en ligne: < https://www.theglobeandmail.com/news/alberta/jason-kenney-vows-repercussions-against-bc-over-trans-mountain-pipeline/article35887445/>.

17 Rowland J. Harrison, « Social Licence to Operate: The Good, The bad, The Ominous », présentée à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta, 15 mars 2015 [non-publiée].

18 Monte Hummel, « Mouvements écologistes » (21 février 2016), *Encyclopédie canadienne*, en ligne : <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/environmental-and-conservation-movements/>.

19 Harrison, *supra* note 17.

20 *Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2303 RTNU 162, (entrée en vigueur : 16 février 2005).

le gouvernement conservateur minoritaire de Steven Harper, le 22e premier ministre du Canada, qui a dirigé le plus petit gouvernement minoritaire du Canada, mais aussi celui étant resté au pouvoir le plus longtemps depuis la confédération. À l'élection fédérale subséquente en 2008, le Parti conservateur a obtenu une plus forte majorité. Toutefois, il (la 40e législature du Canada) a été dissout en mars 2011 après un vote de censure tenu par le Cabinet pour outrage au Parlement. À l'élection fédérale subséquente, les conservateurs ont remporté un gouvernement majoritaire, le premier depuis 2000.

Tout au long de ce processus électoral, une série de mesures ont été introduites pour changer les institutions scientifiques canadiennes, notamment l'élimination en 2008 du Bureau du conseiller national des sciences et les règles visant à restreindre l'« accès non autorisé » des chercheurs gouvernementaux aux médias. Bon nombre de scientifiques et d'environnementalistes estimaient que ces mesures allaient à l'encontre du fondement institutionnel pour la recherche fédérale en empêchant les chercheurs, plus particulièrement ceux du domaine des sciences de l'environnement, de faire avancer ou de faire connaître leurs recherches. Ce point de vue s'est davantage renforcé lorsque le gouvernement a imposé des audits fédéraux à certains organismes de bienfaisance en matière d'environnement et que des membres du Cabinet ont qualifié certains organismes à vocation environnementale de « radicaux »[21].

La déclaration par le Canada, le Japon et la Russie en 2010 de non-acceptation des nouveaux engagements de Kyoto a été suivie en décembre par des négociations tenues à Durban (Afrique du Sud) – comprenant des délégués de près de 200 pays – pour établir un nouveau traité international ayant force obligatoire visant à limiter les émissions de carbone, assorti de cibles devant entrer en vigueur en 2020. Cependant, immédiatement après la conférence, le Canada a annoncé son intention de se retirer du Protocole de Kyoto. Le gouvernement soutenait qu'il était impraticable parce qu'il ne comprenait pas les États-Unis ni la Chine, les plus grands émetteurs au monde, collectivement responsables de plus de 40% des émissions mondiales. Le Canada a fait valoir qu'il ne pouvait pas atteindre les cibles lui étant imposées et est donc devenu le seul pays à répudier l'Accord de Kyoto – une décision qui a immédiatement et largement été critiquée à l'échelle nationale et internationale[22].

La *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*[23] de 2012 est devenue un point de contention important pour la collectivité environnementale nationale. Adoptée dans le cadre d'un projet de loi omnibus, elle est devenue controversée non pas en raison de la façon dont elle a été présentée mais parce que beaucoup la considérait comme un affaiblissement substantiel des politiques et de la règlementation en matière d'environnement. Le projet de loi C-38[24] a été conçu pour remplacer la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*[25] (LCEE 1992, 1999) par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*[26] *(2012)* et pour apporter d'importants changements à la *Loi sur la protection de l'environnement*[27], à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*[28], à la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*[29], à la *Loi sur la sûreté et la règlementation nucléaires*[30], à la *Loi sur les espèces en péril*[31] et à la *Loi sur les pêches*[32] tout en mettant l'accent sur les « emplois, la croissance et la prospérité ». Elle a grandement réorienté les régimes fédéraux de règlementation

21 L'ancien ministre de RNCan, Joe Oliver, a rédigé un fougueux compte rendu et a défendu ses déclarations en faisant valoir que le premier ministre devrait dire aux « agitateurs étrangers de laisser le Canada tranquille ». Joe Oliver, Joe Oliver, « Yet more proof radicals (yes, radicals) are sabotaging Canada's economy », (13 mars 2018) *Financial Post,* online: <http://business.financialpost.com/opinionjoe-oliver-yet-more-proof-foreign-radicals-yes-radicals-are-sabotaging-canadas-economy>.

22 « Canada to withdraw from Kyoto Protocol », *BBC News* (13 décembre 2011), en ligne: < http://www.bbc.com/news/world-us-canada-16151310>.

23 *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, LC 2012, c 19.

24 PL C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en oeuvre d'autres mesures,* 1re sess, 41e parl, 2013.

25 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale,* LC 1992, c 37.

26 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, LC 2012, c 19.

27 *Loi canadienne sur la protection de l'environnement,* LC 1999, c 33.

28 Loi sur l'ONE, *supra* note 8.

29 *Loi sur les opérations pétrolières au Canada,* LRC 1985, c O-7.

30 *Loi sur la sûreté et la règlementation nucléaires,* LC 1997, c 9.

31 *Loi sur les espèces en péril,* LC 2002, c 29.

32 *Loi sur les pêches,* LRC 1985, c F-14.

et d'évaluation de l'environnement partout au Canada.

Harrison (2013)[33] a examiné en profondeur les modifications de 2012 à la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (Loi sur l'ONE), y relevant des inquiétudes comme le retrait du pouvoir antérieur de l'Office à titre de décideur concernant la délivrance de certificats de commodité et de nécessité publiques pour les pipelines et des changements correspondants pour imposer des délais dans le traitement par l'Office des demandes de certificats. La loi transférait le pouvoir de prendre la décision finale d'octroyer ou de refuser un certificat au gouverneur en conseil (c.àd. le Cabinet fédéral), reléguant par la suite le rôle de l'ONE à la formulation d'une recommandation[34]. Harrison (2012) a noté que ces limites importunes imposées à l'ONE semblaient « tout à fait disproportionnées à tout problème de respect des échéanciers dans les processus de l'ONE pour examiner les demandes de certificats de pipelines novateurs. Il s'avère que la solution à un problème de respect des échéanciers qui serait survenu dans le cadre d'un autre processus règlementaire ad hoc à l'extérieur des processus de l'ONE ait néanmoins été imposée à l'ONE »[35].

En plus des changements ayant une incidence sur la Loi sur l'ONE, les examens de financement de ministères fédéraux, dont le ministère des Pêches et des Océans (MPO), ont mené à la fermeture proposée de la région des lacs expérimentaux (RLE) en Ontario, une installation de recherche aquatique reconnue à l'échelle internationale. L'événement a grandement suscité l'attention d'activistes et du public qui voyaient cette décision comme une campagne soutenue de la part du gouvernement Harper de « museler » les chercheurs fédéraux dans un abandon de la « prise de décisions scientifiques ». Les chercheurs et les activistes canadiens ont contesté la décision et poursuivi leurs contestations jusqu'à l'élection qui s'ensuivit.

Ce qui a suivi fut une remarquable mobilisation d'activistes écologiques nationaux et internationaux qui ont publiquement critiqué ces changements stratégiques et législatifs et, plus particulièrement, le gouvernement du Canada et son leadership. Tout était en place pour un affrontement majeur entre le gouvernement Harper et les communautés d'activistes nationaux et internationaux, affrontement que les parties de l'opposition et leurs conseillers ont immédiatement reconnu. Par conséquent, les producteurs d'énergie, les entreprises de pipelines et l'ONE, déjà assiégés par leurs opposants dans ce qu'on peut littéralement qualifier d'audiences d'un océan à l'autre, se sont soudainement retrouvés au centre de l'arène électorale et politique.

L'ÉLECTION FÉDÉRALE CANADIENNE DE 2015 : CONSÉQUENCES POUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

Incontestablement, les initiatives législatives du gouvernement Harper ont déclenché une réaction explosive dans les médias canadiens et invité les activistes et les communautés à participer à une élection qui portait, dans une large mesure, sur la règlementation de l'énergie, et plus particulièrement sur les mesures et les décisions prises par l'ONE. Certains ont défendu des positions visant à « rétablir des protections perdues », comme ceux qui ont allégué avoir tablé sur des dispositions réduites de la *Loi sur les pêches* et de la *Loi sur les eaux navigables*, alors que d'autres se sont prononcés en faveur d'une réorganisation complète du régime canadien d'évaluation et de règlementation de l'environnement. Ces si grands intérêts politiques accordés à la production d'énergie et à sa règlementation ont détourné l'attention sur les changements législatifs.

En 2008, la province de la Colombie-Britannique était devenue le premier territoire de compétence en Amérique du Nord à instituer une taxe sur le carbone, et en 2014, la province de l'Ontario a fermé les volets de sa dernière centrale thermique au charbon. Toutefois, ces initiatives stratégiques

33 Rowland J. Harrison, « The Assault of Regulatory "Efficiency" on Procedural Fairness and Procedural Effectiveness: Mandated time limits under recent amendments to the National Energy Board Act », présentée à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta, 7 mars 2013. La conférence a été la version de présentation d'un ouvrage plus complet du même titre.

34 Loi sur l'ONE, *supra* note 8. En vertu de l'article 52 de la Loi, l'ONE fait des recommandations au ministre, mais c'est le gouverneur en conseil qui a le pouvoir en vertu de l'article 54 d'obliger l'Office à publier un certificat ou à rejeter une demande.

35 *Harrison*, *supra* note 33.

provinciales ont été éclipsées par les questions consécutives soulevées au cours de l'élection fédérale canadienne de 2015. Le tollé politique déclenché par la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable* de 2012 a mené à une vague sans précédent d'initiatives visant à organiser, financer et inclure l'activisme écologique dans le paysage politique canadien.

Vivian Krause[36] a dressé un dossier exhaustif du degré et de la nature du financement international qui a été affecté au secteur de l'énergie du Canada. Dans sa description du mouvement anti-pipeline comme une « campagne de réseau ciblée », elle a indiqué que la fondation Tides de San Francisco « est le poids lourd en matière de financement et de coordination derrière l'activisme anti-pipeline. Tides a fait plus de 400 paiements (2009 à 2015) totalisant 35 millions de dollars US à près de 100 groupes anti-pipeline. Sans tout cet argent, les projets de pipeline ne feraient pas face à une opposition si bien organisée »[37]. La journaliste Claudia Cattaneo a également dressé un dossier des activités de certaines « coalitions vertes » pour perturber les projets de pipeline, comme une « proposition de ruche d'action contre KM » à l'appui de la « résistance populaire de masse » à la construction du pipeline de Kinder Morgan[38]. Cattaneo a également dressé un dossier des enquêtes faites par des législateurs américains soulignant qu'un lien entre les activités d'une « usine à trolls » à Saint-Pétersbourg (Russie) qui utilise Facebook et d'autres plateformes de média sociaux et une possible « manipulation des marchés de l'énergie des États-Unis – y compris l'activisme contre les pipelines comme le pipeline Keystone XL de TransCanada – [était] un signal d'alarme pour les gouvernements canadiens à l'effet que des intérêts étrangers jouent un rôle important dans les campagnes visant à bloquer les exportations canadiennes de pétrole et de gaz »[39]. Cattaneo a de plus fait la mise en garde suivante :

> […] en concevant des politiques en matière d'énergie et d'environnement qui apaisent cet activisme gonflé – par exemple, réformes règlementaires visant à décourager l'investissement dans l'énergie au Canada – les gouvernements canadiens rendent service à des concurrents prêts à tout pour protéger et accroître leur part du marché mondial du pétrole et du gaz, et non pour le meilleur intérêt du Canada[40].

Les révélations quant au degré et à l'ampleur des campagnes anti-pipeline financées par des entités étrangères au Canada pourraient avoir englobé la participation de la Russie. D'autres ont conclu que des fondations et des groupes des États-Unis travaillaient à « saboter » l'économie canadienne de l'énergie en empruntant des moyens pouvant constituer une « interférence évidente en provenance des États-Unis dans la politique énergétique canadienne »[41].

Ces événements au Canada peuvent refléter une vague de fond internationale qui considère le changement climatique et les conflits à grande échelle comme de véritables préoccupations mondiales, questions qui sont abordées dans le cadre du World Economic Forum Annual Survey (2017)[42].

Le changement climatique et les préoccupations à l'égard de l'environnement mondial ont fait partie intégrante du débat électoral fédéral de 2015 alors que les questions concernant les pipelines, plus particulièrement les décisions antérieures de l'ONE, étaient perçues par divers candidats et commentateurs politiques sous l'angle de l'environnement mondial. En effet, on pourrait dire que le mantra environnemental traditionnel « agir à l'échelle locale – penser à l'échelle mondiale » avait été inversé. À la

36 Viviane Kraus, « The Cash Pipeline Opposing Canadian Oil Pipelines », *Financial Post* (3 octobre 2016), en ligne: <http://business.financialpost.com/opinion/vivian-krause-the-cash-pipeline-opposing-canadian-oil-pipelines>.
37 *Ibid.*
38 Claudia Cattaneo, « Leaked HIVE document shows how far Trans Mountain opponents will go to orchestrate outrage », *Financial Post* (2 mars 2018), en ligne : <http://business.financialpost.com/commodities/energy/mixing-with-activists-proves-to-be-a-cautionary-tale-for-government>.
39 Claudia Cattaneo, « Russian Meddling in Pipelines Uses Old Soviet 'Useful Idiots' Ploy », *Financial Post* (3 mars 2018), en ligne : <http://business.financialpost.com/commodities/energy/russian-meddling-another-worry-for-canadian-energy-exports>.
40 *Ibid.*
41 Suzanne Anton, « Canadians are realizing foreign groups sabotaged our energy economy – for no good reason », *Financial Post* (21 mars 2018), en ligne : <http://business.financialpost.com/opinion/canadians-are-realizing-foreign-groups-sabotaged-our-energy-economy-for-no-good-reason>.
42 Communauté des Global Shapers, « Global Shapers Annual Survey 2017 », Forum Économique Mondial, en ligne : <www.shaperssurvey2017.org>.

suite du grand débat sur les pipelines de 1950, et de la chute d'un gouvernement Libéral, les dirigeants élus se sont judicieusement distancés des questions controversées concernant les pipelines en créant un Office quasi judiciaire (l'ONE) pour arbitrer de façon indépendante les décisions et règlementer les pipelines dans l'intérêt national. Dans un renversement ironique en 2005, les politiciens fédéraux de toutes allégeances se sont engagés directement dans les débats sur les pipelines au cours de l'élection et ont questionné agressivement non seulement l'impartialité et les décisions de l'ONE, mais aussi son mandat et sa structure mêmes. L'objectif a semblé en prendre beaucoup par surprise, y compris l'industrie et ses associations, alors que le débat tournait autour de ce qui était décrit comme l'approche trop agressive du gouvernement Harper à l'égard du développement des ressources. Le débat électoral opposait[43] des partis politiques canadiens dont les vues étaient radicalement différentes du secteur du pétrole et du gaz du pays. Les libéraux promettaient de lancer un examen immédiat du processus règlementaire du Canada pour les projets pétroliers et gaziers, alors que le NPD proposait de travailler avec les provinces pour imposer un prix au carbone. Le Parti Vert promettait un Plan de dividendes et de redevances sur le carbone pour donner aux Canadiens de plus de 18 ans un « dividende annuel sur le carbone ». Les conservateurs en fonction s'opposaient à ces trois plans.

Après avoir activement défendu les développements économiques, y compris les projets d'infrastructure de pipeline au cours du débat électoral fédéral d'octobre 2015, les conservateurs ont soutenu que leur gouvernement, au moyen du projet de loi C46, la *Loi sur la sûreté des pipelines*[44], avait introduit des mesures de sûreté et de sécurité renforcées pour les pipelines règlementés en augmentant le nombre d'inspections annuelles et d'audits exhaustifs. Le gouvernement avait également introduit de nouvelles sanctions pécuniaires pour les entreprises de pipelines visant à prévenir les incidents de grande envergure.

Dans une plate-forme électorale qui accusait le gouvernement Harper de diluer de façon considérable les processus règlementaires environnementaux au moyen du projet de loi omnibus de 2012, la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, les libéraux ont fait valoir que « les Canadiennes et les Canadiens s'attendent à ce que leur gouvernement exerce une surveillance règlementaire convenable, prévoyant notamment des évaluations environnementales crédibles, et à ce qu'il respecte les droits des personnes les plus touchées par ces projets, comme les communautés autochtones. » Ils ont promis de :

> […] lancer un examen public immédiat du processus d'évaluation actuel du Canada. En fonction de cet examen, un gouvernement libéral remplacera les changements apportés par M. Harper au processus d'évaluation environnementale par un processus nouveau, exhaustif, opportun et équitable qui rétablit une surveillance robuste et des évaluations environnementales rigoureuses – qui ont été minées par ce gouvernement conservateur – des régions relevant de la compétence fédérale; qui garantit que les décisions prises sont fondées sur la science, des faits et des preuves et servent l'intérêt du public; qui donne des moyens aux Canadiens intéressés d'exprimer leurs points de vue et aux experts de participer activement aux processus d'évaluation. Nous entreprendrons également un examen complet des lois, des politiques et des pratiques opérationnelles, en mobilisant les Premières Nations, les Inuits et les Métis, afin de veiller à ce que l'État respecte entièrement ses obligations de consultation, d'accommodement et de consentement concernant les examens et les évaluations de projets, conformément à ses obligations constitutionnelles et internationales concernant les droit

43 Yadullah Hussain, « Pipelines & politics: Where the parties stand on oil and gas issues », *Financial Post* (14 octobre 2015), en ligne : <http://business.financialpost.com/commodities/energy/pipelines-politics-where-the-parties-stand-on-oil-gas-issues>.

44 PL C-46, *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et la Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, 2e sess, 41e lég, 2015.

> de la personne, ce qui comprend les droits ancestraux et issus de traités et les droits des peuples autochtones issus de la Déclaration des Nations Unies à cet effet[45].

MESURES POLITIQUES ET LÉGISLATIVES SUIVANT L'ÉLECTION FÉDÉRALE DE 2015

Le 9 octobre 2015, le Parti conservateur de Steven Harper a été défait aux urnes par le Parti libéral du Canada dirigé par Justin Trudeau, dont l'assermentation a eu lieu le 4 novembre 2015.

Le gouvernement Trudeau a également fait de ses vues sur l'égalité hommes-femmes, les droits des communautés autochtones et le changement climatique des enjeux d'une importance capitale au Parlement. Le changement climatique est devenu un enjeu politique central et, en avril 2016, en présence d'une délégation quelque peu disproportionnée mais enthousiaste qui accompagnait le premier ministre, le Canada a adhéré à l'Accord de Paris, ratifié plus tard à New York[46]. L'Accord conclu avec près de 200 autres pays établissait des modalités de coopération en vue de restreindre les émissions de gaz à effet de serre (GES).

Dans ce qui a été vu par bon nombre dans la communauté environnementale comme un important virage sémantique, Trudeau a également changé le nom d'Environnement Canada pour Environnement et Changement climatique Canada, et nommé plusieurs personnes provenant antérieurement d'ONG de premier plan à des postes de niveau supérieur au sein du nouveau gouvernement, des personnes qui avaient incontestablement fait bonne impression auprès du jeune premier ministre pour préfigurer les plates-formes électorales et initiatives politiques subséquentes du gouvernement Trudeau.

Ces nominations constituaient une percée décisive dans les plus hauts niveaux décisionnels du gouvernement Trudeau pour ces anciens éminents défenseurs de l'environnement qui, à n'en pas douter, ont reflété ou façonné les vues sur l'égalité hommes-femmes et le changement climatique.

Dans une décision exceptionnelle qui « remettait en question » le processus quasi judiciaire de l'ONE, ayant déjà approuvé sous condition le pipeline Trans Mountain de Kinder Morgan, le ministre des Ressources Jim Carr a constitué un comité ministériel de « trois personnes » pour examiner le projet. Le comité a fait rapport en novembre 2016, immédiatement avant l'approbation du projet par le gouvernement[47].

Le comité ministériel a noté dans son rapport :

> […] les Canadiens et Canadiennes étaient pris dans un débat sur les processus, les politiques et la dotation en personnel de l'ONE actuel. Et un grand nombre d'entre eux, surtout en ColombieBritannique, ont affirmé que, dans sa recherche et ses délibérations, l'ONE avait laissé des lacunes — en matière de connaissances et de confiance du public — d'une importance telle que sa recommandation ne parviendrait pas, à elle seule, à justifier l'approbation du projet de pipeline de Trans Mountain par le gouvernement. À la lumière de ces deux facteurs — les circonstances changeantes et les préoccupations du public quant à la nature et à l'intégralité du processus de l'ONE — le gouvernement du Canada a

---

45 Parti libéral du Canada, « Plate-forme électorale » (2015), en ligne : <https://www.liberal.ca/wp-content/uploads/2015/10/Le-bon-plan-pour-renforcer-la-classe-moyenne.pdf>.

46 *Accord de Paris, supra* note 7. *(4 novembre 2016, conformément au paragraphe 1 de l'article 21. L'Accord entre en vigueur le trentième jour qui suit la date du dépôt de leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion par au moins 55 Parties à la Convention qui représentent au total au moins un pourcentage estimé à 55% du total des émissions mondiales de gaz à effet de serre. L'Accord de Paris a été adopté le 12 décembre 2015 lors de la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui a eu lieu à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015. Conformément à son article 20, l'Accord sera ouvert à la signature des États et des organisations d'intégration économique régionale qui sont parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 22 avril 2016 au 21 avril 2017).*

47 Ressources naturelles Canada, *Le rapport du comité ministériel pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain,* par le comité ministériel pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, Ottawa, RNCan, 2016.

> annoncé qu'il ordonnerait trois nouvelles initiatives avant de prendre une décision sur la proposition de pipeline. Il a d'abord chargé Environnement Canada d'analyser les émissions de gaz à effet de serre en amont qui sont associées au projet, afin de mieux comprendre son incidence sur le climat. Le gouvernement du Canada s'est ensuite engagé de nouveau dans une consultation continue avec les Premières Nations dont les intérêts seraient affectés par la construction et l'exploitation du pipeline. Enfin, le 17 mai 2016, le ministre des Ressources naturelles du Canada, Jim Carr, a annoncé la création d'un comité composée de trois membres pour compléter l'examen de l'ONE et repérer les lacunes ou les questions préoccupantes que le gouvernement doit connaître avant de prendre une décision sur le sort du projet de pipeline[48].

Le 29 novembre 2016, le Cabinet Trudeau a approuvé deux projets de pipeline, le pipeline Trans Mountain de Kinder Morgan antérieurement approuvé par l'ONE et le projet Line 3 d'Enbridge, mais a rejeté le projet Northern Gateway d'Enbridge malgré une approbation de l'ONE.

Confronté à de telles décisions d'envergure concernant des pipelines, Trudeau et son Cabinet avaient visiblement courtisé sa base d'électeurs au moyen de plans pour imposer un prix national sur le carbone, de restrictions des émissions de méthane, accompagnées d'une élimination progressive des centrales au charbon d'ici 2030, et d'une restructuration (« modernisation ») de l'Office national de l'énergie. À la suite de l'annonce antérieure d'un plan de protection des océans de 1,5 milliard de dollars pour améliorer les interventions en cas de déversements de pétroliers dans les océans Pacifique, Arctique et Atlantique, Trudeau a annoncé une interdiction des pétroliers de brut le long de la côte nord de la Colombie-Britannique, promettant un moratoire futur du trafic de pétroliers. Ces décisions et mesures se sont traduites par une série de mesures et d'événements politiques, dont certains ont menacé de se transformer en conflits fédéraux-provinciaux, voire constitutionnels.

ÉVÉNEMENTS PARALLÈLES AUX ÉTATS-UNIS

Au cours de la dernière décennie, des bouleversements internationaux dans les prix du pétrole combinés aux politiques règlementaires changeantes pour l'énergie aux États-Unis ont posé des défis économiques de taille pour le Canada. En 2015, l'administration Obama a rejeté la demande de TransCanada concernant le projet de pipeline Keystone XL pour transporter du pétrole brut canadien vers la côte états-unienne du golfe du Mexique, événements examinés à fond par McConaghy (2017)[49]. De plus, l'administration Obama avait mis en œuvre d'importantes mesures nationales et internationales pour règlementer le carbone. Le Clean Power Plan (CPP) des États-Unis était une politique ambitieuse de l'administration Obama pour combattre le changement climatique anthropique (réchauffement planétaire). D'abord proposé par l'Environmental Protection Agency (EPA) en juin 2014, le CPP contribuait à l'avancement d'une règle majeure de l'EPA visant à réduire les émissions de dioxyde de carbone des centrales de production d'énergie actuelles des États-Unis de 32% sous les niveaux de 2005 d'ici 2030. La version finale du plan a été officiellement dévoilée par le président Obama le 3 août 2015 dans le cadre d'une règle (RIN 2060-AR33) intitulée « Carbon Pollution Emission Guidelines for Existing Stationary Sources: Electric Utility Generating Units »[50] (lignes directrices sur les émissions de pollution causée par le carbone pour les sources fixes existantes : unités de production des services d'électricité) et publiée dans le *Federal Register* le 23 octobre 2015 qui, étant un décret-loi, passait outre au contrôle et à l'approbation du Congrès.

En février 2016, la Cour suprême des États-Unis, dans une décision faisant jurisprudence, a accordé un sursis pour l'interruption de la mise en œuvre du CCP de l'EPA dans l'attente du règlement des contestations juridiques du programme

48 *Ibid.*
49 Dennis McConaghy, *Dysfunction: Canada after Keystone XL*, Toronto, Dundurn, 2017.
50 *Carbon Pollution Emission Guidelines for Existing Stationary Sources: Electric Utility Generating Units*, 80 Fed Reg 64661 (2015) (sera codifié au 40 CFR).

devant les tribunaux[51]. Cette décision a fait voler en éclat la stratégie centrale du président Obama pour combattre le changement climatique et a freiné la règlementation fédérale pour réduire les émissions de dioxyde de carbone provenant principalement des centrales au charbon. Le tribunal a voté à 5 contre 4 pour accueillir la demande de 27 États, entreprises et groupes d'entreprises de bloquer le CPP[52]. La décision suggérait qu'une majorité du tribunal, et certains spécialistes du droit américain, s'inquiétait de la prémisse de base du pouvoir de l'EPA d'imposer le CPP en vertu de la *Clean Air Act*.

Au cours de la campagne électorale américaine de 2016, le candidat Trump est allé jusqu'à proposer l'élimination de l'EPA et, une fois élu, a proposé une compression de 31% du budget de 2018 de l'EPA. Trump a procédé à des nominations agressives d'importantes agences, confirmant ainsi son engagement à l'égard de la dérèglementation, plus particulièrement pour l'industrie des combustibles fossiles.

Par la suite, le président Trump a rendu un décret-loi qui enjoignait les départements et agences de direction de : « revoir immédiatement les règlements existants pouvant nuire au développement ou à l'utilisation de ressources énergétiques produites au pays et, selon le cas, suspendre, réviser ou abroger ceux qui nuisent indûment au développement de ressources énergétiques intérieures au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'intérêt public ou bien se conformer à la loi »[53]. Fait important, le décret-loi enjoignait l'administrateur de l'EPA de « prendre immédiatement toutes les mesures qui s'imposent » pour revoir le règlement afin d'en assurer la conformité avec celles-ci ainsi que d'autres politiques énoncées dans le décret-loi et enjoignait de plus l'agence de « publier, s'il y a lieu et le plus tôt possible, aux fins d'avis et de commentaires, les règles visant à suspendre, réviser ou abroger » la règle[54].

En date du 10 octobre 2017, l'administrateur de l'EPA avait signé un avis au *Federal Register* proposant l'annulation du CPP aux motifs qu'il allait au-delà du pouvoir conféré par la loi à l'EPA[55]. Le sujet a poursuivi son chemin, bien qu'alambiqué, dans le système judiciaire américain. Le 1er mars 2018, la Cour d'appel des États-Unis a ordonné que les cas consolidés demeurent en suspens pour 60 jours, tout en enjoignant l'EPA de continuer de produire des rapports d'étape tous les 30 jours[56].

Vraisemblablement, le CPP était l'initiative environnementale emblématique de l'administration Obama, permettant de faire avancer le plus ambitieux effort de l'EPA pour contrôler les émissions de gaz à effet de serre en vertu de la *Clean Air Act*[57]. Bien que d'autres États, groupes environnementaux et certaines entreprises du secteur de l'énergie se soient opposés au sursis, cinq demandes distinctes ont été déposées par plus de deux douzaines d'États et de nombreux groupes de l'industrie. En tant que pièce maîtresse du « legs pour le climat » d'Obama, le CPP a été conçu comme un virage de l'électricité produite à partir du charbon vers l'énergie renouvelable et constituait une possible approche diplomatique pour négocier l'accord de 2014 entre le président Obama et le président de la Chine, Xi Jinping[58]. Cet accord a effectivement préfiguré la volonté des dirigeants des deux plus grands pays pollueurs du monde d'adopter conjointement des politiques pour la réduction des émissions. L'accord États-Unis-Chine a également ouvert la voie à la signature de l'Accord de Paris de 2015 sur les changements climatiques.

Malgré les initiatives antérieures de l'administration Obama, les événements remarquables qui ont suivi l'élection de novembre 2016 aux États-Unis ont donné lieu à un renversement en bloc de ces politiques. Quelques jours seulement après son entrée en fonction, le président Trump a signé des décrets-lois pour annuler des décisions antérieures

51 *Chamber of Commerce, et al. v EPA* (9 February 2016), US 15A787 (order 577 in pending case).
52 *Ibid.*
53 *Promoting Energy Independence and Economic Growth*, 82 Fed Reg 16093 (2017) (sera codifié au 82 FR § 1(c)).
54 *Ibid*, art 1(g).
55 Jonathan H. Adler, « Supreme Court puts the brakes on the EPA's Clean Power Plan », *The Washington Post* (9 février 2016), en ligne : <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/02/09/supreme-court-puts-the-brakes-on-the-epas-clean-power-plan/?utm_term=.50b5826f057f>.
56 Environmental Defense Fund, « Clean Power Plan case resources », en ligne : <https://www.edf.org/climate/clean-power-plan-case-resources>.
57 É-U, Bill HR 6518, *An Act to improve, strengthen, and accelerate programs for the prevention and abatement of air pollution,* 88e Cong, 1963 [*Clean Air Act*].
58 Office of the Press Secretary, communiqué, "U.S.-China Joint Announcement on Climate Change" (11 novembre 2014), online: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change>.

de l'administration Obama et approuver deux pipelines pétroliers controversés, dont un projet longtemps retardé pour ensuite être rejeté, soit le projet de pipeline Keystone XL. Les décrets-lois prévoyaient également un examen fédéral de la *Clean Water Rule* (CWR) et du CPP ainsi que des initiatives visant à accroître de façon considérable l'attribution de concessions pétrolières et gazières extracôtières[59]. Ce « plan énergétique de l'Amérique d'abord »[60] ne visait pas à réduire, mais bien à accroître la combustion de combustibles fossiles et ne contenait aucune ou presqu'aucune mention de l'énergie renouvelable. En somme, l'administration Trump a abrogé de nombreuses politiques d'Obama, y compris le *Climate Action Plan* (CAP) et le CPP, tout en limitant davantage le mandat de l'EPA à l'égard de la protection de la qualité de l'air et de l'eau. Ces mesures constituaient un abandon en bloc des priorités stratégiques de l'administration Obama de réduire la consommation de combustibles fossiles.

Le 1er juin 2017, dans un geste diamétralement opposé à l'appui enthousiaste du programme d'Obama par le nouveau gouvernement canadien de Trudeau en 2016, Trump a annoncé ses plans de retirer les États-Unis de l'Accord de Paris sur les changements climatiques. Dans un discours télédiffusé de la roseraie de la Maison-Blanche, Trump a déclaré :

> En tant que président, je ne peux placer aucune considération au-dessus du bien-être des citoyens américains. L'Accord de Paris est tout simplement le dernier exemple de la conclusion par Washington d'un accord qui désavantage les États-Unis au bénéfice exclusif d'autres pays, laissant les travailleurs américains – qui me tiennent à cœur – et les contribuables assumer le coût en termes d'emplois, de salaires à la baisse, de fermetures d'usines et de production économique considérablement diminuée. C'est pourquoi, à partir d'aujourd'hui, les États-Unis mettront fin à toute exécution de l'Accord de Paris n'ayant pas force obligatoire et aux fardeaux financiers et économiques draconiens que l'Accord impose à notre pays. Cela comprend la cessation de la mise en œuvre de la contribution déterminée à l'échelle nationale et, ce qui est très important, le Fonds vert pour le climat qui coûte aux États-Unis une énorme fortune. La conformité aux conditions de l'Accord de Paris et les restrictions énergétiques onéreuses qu'il a imposé aux États-Unis pourraient faire perdre à l'Amérique jusqu'à 2,7 millions d'emplois d'ici 2025 selon les National Economic Research Associates[61]. [Traduction]

LES POLITIQUES CANADIENNES ET AMÉRICAINES DEMEURENT « DÉCALÉES »

(Harper-Obama, Obama-Trudeau, Trudeau-Trump)

Les administrations Harper et Obama étaient constamment « décalées » au cours de leurs mandats respectifs – ce qu'illustre bien les commentaires du premier ministre Harper à l'effet que l'approbation du pipeline XL était « dans le sac », une opinion qui a par la suite été marquée par le rejet du projet par le président Obama[62].

Étonnamment, au cours des derniers jours de l'administration Obama, les décrets-lois se sont accélérés dans une tentative de dernière minute d'assurer le « legs Obama ». Samantha Power, une aide principale d'Obama et l'ambassadrice des États-Unis auprès des Nations Unies au cours du deuxième mandat d'Obama, a déclaré : « Nous devrions avoir une horloge du compte à rebours des jours, parce que tout ce que nous avons mis en œuvre… tout cela est en jeu »[63]. Le commentaire

59 É-U, Executive Office of the President, *Implementing an America-First Offshore Energy Strategy* (S Exec Doc No 13795), Washington, DC, US Government Printing Office, 2017.

60 É-U, "Energy & Environment", en ligne: < https://www.whitehouse.gov/issues/energy-environment/>.

61 Donald Trump, « Statement issued by President Trump on the Paris Climate Accord », prononcée de la roseraie de la Maison-Blanche, 1 juin 2017 [non-publié].

62 Shawn McCarthy, "Keystone pipeline approval 'complete no-brainer,' Harper says", *The Globe and Mail* (21 septembre 2011), en ligne: <https://www.theglobeandmail.com/news/politics/keystone-pipeline-approval-complete-no-brainer-harper-says/article4203332/>.

63 Martin Fletcher, "The Final Year: The breathless story of Obama's last days as president", *Radio Times* (19 janvier 2018), en ligne: < http://www.radiotimes.com/news/film/2018-01-19/the-final-year-the-breathless-story-of-obamas-last-days-as-president/>.

reflétait les préoccupations à l'égard du fait que, à l'arrivée imminente de la présidence Trump, avant de quitter la Maison-Blanche, le président en fin de mandat Obama et ses principaux conseillers devaient mettre des mesures en œuvre de par le monde en vue d'assurer la survie des objectifs de politique étrangère d'Obama. Ces mesures comprenaient de négocier un traité de désarmement en Iran, d'achever l'Accord de Paris sur les changements climatiques et de gérer une intervention face à la crise des réfugiés en Syrie.

De la date de l'élection américaine jusqu'au petit matin du 20 janvier 2017, le plan d'action de l'administration sortante comprenait de nombreuses mesures d'envergure, allant de l'ajout du bourdon à tache rousse à la liste américaine des espèces en péril à la remise d'une médaille présidentielle de la liberté au vice-président Biden. Compte tenu des promesses électorales du président élu Trump et du vice-président élu Mike Pence de renverser certaines des politiques clés d'Obama dès leur entrée en fonction, bon nombre de départements des États-Unis ont également accéléré les embauches en prévision des gels des employés fédéraux. Le professeur d'histoire et d'affaires publiques de l'université Princeton, Julian Zelizer, a souligné que : « De toute évidence, le président autrefois réticent à utiliser le pouvoir de son propre cabinet a changé d'avis, surtout à la vue d'un Congrès radicalement conservateur et d'un président élu républicain s'apprêtant à démanteler une bonne partie de ce qu'il a fait »[64].

Les républicains du congrès et les membres de l'équipe de transition Trump ont questionné la Maison-Blanche en vue de précipiter les choses compte tenu du changement imminent de contrôle au niveau de l'organe exécutif et de l'organe législatif, incitant des sénateurs républicains à écrire à Obama pour demander à son administration de « cesser de publier de nouvelles règles et de nouveaux règlements non urgents compte tenu des résultats de l'élection le 8 novembre », soulignant que : « il nous appartient dorénavant d'établir le juste équilibre entre la règlementation et les principes de marché libre et de nous assurer que le gouvernement fédéral ne s'interpose plus entre les Américains et le succès financier »[65].

La course administrative vers le fil d'arrivée électoral était à l'image de bon nombre d'administrations américaines en fin de mandat, mais celle-ci a été particulièrement importante pour le Canada et le nouveau gouvernement Trudeau, qui semblait suivre de près les actions de la Maison-Blanche, surtout en ce qui concerne la règlementation environnementale et les accords internationaux.

Étonnamment, dans ses actions subséquentes, le gouvernement Trudeau semblait ignorer la réalité de l'élection américaine de 2016 et au cours de la période transitoire suivant l'élection américaine, une brève réorganisation des politiques règlementaires en matière d'énergie s'est opérée. Le gouvernement Trudeau a accueilli l'administration sortante Obama en procédant à une annonce frôlant le ridicule le 20 décembre 2016 dans laquelle les deux gouvernements s'entendaient pour « mettre en œuvre des initiatives visant à assurer une économie et un écosystème arctiques forts, durables et viables, avec une navigation à faible impact sur l›environnement, une gestion des ressources marines axée sur la science et exempte des risques que peuvent avoir l'activité pétrolière et gazière extracôtière »[66].

Sans surprise, des organismes comme la World Wildlife Federation (WWF) et l'Environmental Defence ont fait l'éloge de l'annonce. Moins élogieux, le premier ministre des Territoires du Nord-Ouest, Bob Mcleod, horrifié du manque de consultation par le gouvernement préalablement à l'annonce, a fait connaître ses préoccupations concernant l'annonce et a réitéré l'importance qu'il accorde à la participation du Nord dans les décisions ayant une incidence sur le Nord et son futur économique, ce qui n'avait pas du tout été respecté dans ce cas, a-t-il souligné. Il a de plus déclaré que le Nord était un endroit où le coût de la vie est élevé et où il n'y a que peu d'options pour les gens ayant besoin de bons emplois afin de subvenir à leurs besoins

64 Juliet Eilperin and Brady Dennis, "With days left in office, President Obama ushers in dozens of policies. But will they stay seated?", *The Washington Post* (14 janvier 2017), en ligne: <https://www.washingtonpost.com/national/health-science/with-days-left-in-office-obama-ushers-in-dozens-of-policies-but-will-they-stay-seated/2017/01/14/30f56b4a-d8f9-11e6-9a36-1d296534b31e_story.html?utm_term=.14506c38d3ef>.

65 *Ibid.*

66 CBC, « Trudeau announces review of Arctic strategy, joint drilling ban with U.S. », *CBC* (21 décembre 2016), en ligne : <http://www.cbc.ca/news/politics/trudeau-obama-arctic-1.3905933>.

et à ceux de leurs familles. McLeod a également souligné que l'interdiction de forage réduisait à néant d'importants avantages de l'accord de transmission des T.N.O., qui accordait à ces derniers des pouvoirs comparables à ceux des provinces en 2014 et négociés avec le gouvernement Harper afin de permettre une cogestion du partage des recettes issues des activités extracôtières et des ressources. McLeod a ajouté que son gouvernement s'était engagé à assurer une croissance saine sur le plan écologique, mais a souligné que le fait de limiter le développement des combustibles fossiles pouvait nuire à la pérennité du mode de vie nordique[67].

Bien que l'annonce ait contribué à une harmonisation de courte durée entre le Canada et les États-Unis, elle faisait fi de décennies d'activités d'exploration pétrolière et gazière dans l'Arctique canadien (ironiquement, ce que Trudeau père avait appuyé avec enthousiasme dans le passé), qui constituaient des piliers économiques du Nord dans de nombreuses ententes sur les avantages industriels durables. Peut-être n'y a-t-il pas de meilleure illustration de l'acharnement du gouvernement Trudeau à réduire le pouvoir décisionnel des gouvernements en dévolution du Nord en matière d'économie face aux forces idéologiques du programme sur le changement climatique – un geste qui a anéanti tout espoir d'une consultation constructive du gouvernement avec les habitants du Nord. L'administration sortante Obama a donné une brève occasion au gouvernement Trudeau de « protéger » ce legs conjointement avec les États-Unis. Ce fut un triomphe de courte durée pour la diplomatie internationale sur le climat. En avril 2017, le décret-loi de Trump pour une énergie extracôtière de l'Amérique d'abord[68] renversait explicitement l'interdiction imposée par l'administration Obama sur les concessions dans l'Arctique. Ce renversement du « legs Obama » a une fois de plus remis les politiques du Canada directement en conflit avec l'administration Trump. En janvier 2018, le secrétaire de l'intérieur des États-Unis, Ryan Zinke, avait présenté une proposition provisoire (allant de 2019 à 2024) pour permettre la plus grande vente de concession extracôtière dans la zone externe du plateau continental des États-Unis (ne comprenant pas le basin des Aléoutiennes du Nord en Alaska)[69]. Le département de l'intérieur Trump a par la suite annoncé des plans pour offrir des concessions extracôtières d'exploration pétrolière et gazière dans l'Arctique avec un accès à des superficies préalablement inaccessibles, et a renversé les interdictions de forage indéfinies dans la majorité de l'océan Arctique annoncées au cours des derniers jours de l'administration Obama.

L'INITIATIVE NATIONALE DE MOBILISATION DE L'ONE[70]

En novembre 2014, l'ONE a annoncé un programme de sensibilisation unique, l'Initiative nationale de mobilisation (se déroulant du 25 novembre 2014 au 3 juin 2015), dans lequel l'ONE « a demandé aux Canadiens de l'aider à mieux comprendre comment il peut adapter son programme de sûreté des pipelines, ses activités de mobilisation du public et ses communications »[71]. Le président de l'ONE, avec des membres sélectionnés du conseil d'administration et du personnel, a entrepris une consultation publique nationale généralisée sur des questions relatives à la sûreté des pipelines et à la protection de l'environnement[72], tout en lançant un forum parallèle sur la sûreté des pipelines en vue d'un examen plus approfondi du sujet, de l'environnement et des préoccupations des propriétaires fonciers. De plus, l'ONE a établi de nouveaux « bureaux régionaux » à Vancouver et à Montréal afin de mieux orienter les activités de mobilisation et de sensibilisation avec les Canadiens de partout au pays.

Au cours de réunions qui ont eu lieu de

67 Claudia Cattaneo, « 'The last frontier': Arctic drilling ban big blow to Northern Indigenous communities, premier says », *Financial Post* (29 janvier 2018).
68 *Implementing an America-First Offshore Energy Strategy*, 82 Fed Reg 20815 (2017).
69 Julia Boccagno and Justin Covington, "Huge swaths of land may be open to offshore drilling in the near future", *CIRCA* (4 janvier 2018), en ligne : <https://www.circa.com/story/2018/01/04/politics/secretary-zinke-unveils-new-draft-proposal-to-open-the-arctic-pacific-and-atlantic-to-offshore-drilling>.
70 Office national de l'énergie, « Initiative nationale de mobilisation », en ligne : <https://www.neb-one.gc.ca/glbl/ccct/index-fra.html>.
71 Office national de l'énergie, *Rapport sur l'Initiative nationale de mobilisation : Mobilisation des Canadiens sur la sécurité des pipelines* (Calgary : ONE, 2015), en ligne : <http://www.neb-one.gc.ca/glbl/ccct/ntnlnggmnt/2016rprt-eng.pdf>.
72 *Ibid.*

décembre 2014 à mai 2015, l'ONE a pris soin de qualifier l'Initiative nationale de mobilisation comme une initiative distincte de ses processus règlementaires, déclarant que les séances : « … s'ajoutent aux efforts de mobilisation existants de l'Office. Elles dépassent également notre processus règlementaire; elles ne portent pas sur des projets particuliers »[73]. Le but évident de l'ONE était de mettre l'accent sur les points de vue du public et des intervenants sur les questions relatives à la sûreté des pipelines et à la protection de l'environnement. L'initiative louable de mobilisation, unique dans l'histoire de l'ONE, était toutefois destinée à avoir des conséquences concrètes, en grande partie inattendues, non seulement sur l'ONE et la demande Énergie Est, mais aussi sur les politiques fédérales touchant la règlementation de l'industrie de l'énergie.

Événements importants concernant l'ONE[74]

L'Initiative nationale de mobilisation a donné lieu à des rapports selon lesquels deux membres du comité Énergie Est de l'ONE, dont le vice-président, avaient rencontré en privé en janvier 2015 l'ancien premier ministre du Québec Jean Charest. Comme il apparaissait que Charest travaillait à titre de consultant pour TransCanada au moment de la réunion, le premier ministre Trudeau a été exhorté à rejeter en totalité l'examen Énergie Est de l'ONE. Bien que l'ONE ait nié avoir eu connaissance des liens allégués de Charest à TransCanada, la tempête publique et médiatique qui s'ensuivit a mené à des appels de démission des trois membres du comité en raison de l'existence de craintes raisonnables de partialité.

Les audiences initiales de l'ONE pour Énergie Est ont été suspendues le 29 août 2016 lorsque de violentes manifestations ont atteint et perturbé la salle d'audience. Alors que des manifestants affichaient une banderole à l'avant de la salle d'audience, un autre a atteint la table où les membres du comité étaient assis et l'a presque renversée, occasionnant l'évacuation du comité de l'ONE. La police est entrée pour évacuer les manifestants et a procédé à trois arrestations : deux hommes ont été accusés de voie de fait sur un policier et d'entrave à la justice, et une femme a été accusée d'entrave à la justice. Le maire de Montréal, M. Coderre, ouvertement hostile au projet de 15,7 milliards de dollars, a annulé sa présence à l'audience qu'il a décrite comme un « cirque »[75].

Le 29 août 2016, l'Office national de l'énergie a annoncé qu'il suspendait les audiences sur le projet de pipeline Énergie Est jusqu'à ce que le comité puisse se prononcer sur des motions officielles demandant la démission de deux membres du comité. Des commentaires écrits sur les motions pouvaient être transmis jusqu'au 7 septembre 2016.

Par la suite, le 9 septembre 2016, l'ONE a annoncé que les trois membres du comité de l'ONE avaient décidé de se récuser, une décision qui, en fin de compte, a mené à une réduction des fonctions par le président de l'ONE et le vice-président relativement à la demande Énergie Est. Par la suite, l'ONE a décidé de nommer un nouveau comité formé de nouveaux membres temporaires. Après un délai de trois mois, à la mi-décembre 2016, le ministre Carr de RNCan a annoncé la nomination de trois nouveaux membres temporaires devant être dirigés non pas par le président récusé Watson, mais par le membre temporaire Hamilton qui avait été nommé comme « président suppléant » pour Énergie Est. Fait à noter, les nominations ne tenaient pas compte des personnes déjà nommées à l'ONE, de façon temporaire et permanente, et mettaient en place de toutes nouvelles personnes pour les procédures règlementaires – des membres non éprouvées pour entendre la demande de pipeline la plus importante dans l'histoire de l'ONE.

Le ministre Carr de RNCan avait déjà nommé un « comité de modernisation » composé de cinq personnes et chargé de procéder à des consultations nationales pour recommander des réformes de l'ONE. Le tollé forçant des membres à se récuser est donc arrivé à un moment où des activistes, et quelques parlementaires, soutenaient que l'« ONE était

---

73 *Ibid.*

74 *Décision nº 1 – Conséquences de la récusation du comité d'audience examinant le projet Énergie Est et façon de recommencer cette audience*, (27 janvier 2017), OF-Fac-Oil-E266-2014-01 02, en ligne : ONE <https://apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/File/Download/3178888>.

75 Benjamin Shingler and Stephen Smith, "NEB cancels 2 days of Energy East hearings in Montreal after 'violent disruption'", *CBC News* (29 août 2016), en ligne: <http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/neb-hearings-energy-east-protest-quebec-2016-1.3739215>.

brisé » et devait être réformé[76]. Il a également donné lieu à des dispositions administratives internes compliquées qui établissaient un précédent au sein de l'ONE afin de composer avec les récusations du président et du vice-président, un nouveau « président suppléant » et les nouveaux membres du comité Énergie Est.

Le 5 juin 2017, l'ONE a lancé une initiative devant être dirigée par quatre membres temporaires indépendants du comité Énergie Est composé de trois personnes. Ces membres avaient été nommés pour recueillir les commentaires des peuples autochtones dans le cadre d'une nouvelle Initiative de mobilisation visant à façonner le processus d'audition et à déterminer les procédures à utiliser pour la collecte et l'utilisation de preuves orales traditionnelles. Toutefois, malgré le nouveau départ avec des membres nouvellement nommés, certains propriétaires fonciers ont exprimé leur scepticisme, estimant que l'importance accordée par le comité aux consultations des Autochtones passait outre à leurs préoccupations en tant que parties « directement touchées ».

Ces événements étaient uniques dans l'histoire de l'ONE et se sont produits à un moment où le gouvernement entamait un examen majeur du rôle et de la structure de l'ONE. Il y a eu les récusations du comité nommé pour entendre la demande Énergie Est, les récusations du président et du vice-président, la nomination unique du CO de l'ONE au rôle de premier dirigeant du comité à la place du président récusé et la nomination d'un nouveau « président suppléant de l'ONE » chargé de nommer les membres du comité Énergie Est et de présidé ce comité. De manière impraticable, la réorganisation exigeait que le nouveau comité ne s'associe pas avec les membres de l'ancien comité ni avec le président et le vice-président de l'ONE. Ces mesures ont constitué la plus importante déviation des pratiques règlementaires établies dans l'histoire de l'ONE.

Avant ces événements, il y avait eu d'autres retards administratifs pour les demandeurs. En février 2016, le premier comité de l'ONE avait jugé que la demande d'Énergie Est était trop difficile à lire et à comprendre. Il a donc fallu que TransCanada présente une nouvelle version restructurée de l'énorme demande de projet en 50 volumes totalisant 30 000 pages.

Par la suite, en janvier 2017, après un processus d'examen qui avait pris plus de deux ans, le nouveau comité avait décidé d'annuler les décisions antérieures du comité récusé et de redémarrer les demandes Énergie Est et du réseau principal Est. Mais plus important peut-être, la décision annulait les décisions antérieures pour la détermination du caractère complet, la liste de participants et l'ordonnance d'audition (OH-002-2016) rendue en juin 2016, ce qui a forcé une reformulation des enjeux pour le projet et un nouvel établissement du caractère complet. La décision mentionnait ce qui suit : « La jurisprudence considère qu'une fois établie l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, l'issue de la procédure, ou la procédure jusqu'au moment de cette conclusion, est nulle »[77].

Dans sa décision, le nouveau comité note qu'il :

> [...] prend acte des demandes présentées à l'Office par Transition Initiative Kenora (TIK), dans des lettres datées du 7 et du 22 septembre 2016 ainsi que dans un avis de requête en date du 10 janvier 2017, d'annuler toutes les décisions prises ou rendues antérieurement pendant l'audience relative au projet Énergie Est en raison de l'établissement de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. D'autres participants ont déposé des observations traitant de cette question[78] .

Le comité a rejeté la demande de TIK voulant que les demandeurs présentent leurs demandes de nouveau, indiquant que : « Le comité a décidé que la demande portant sur le projet du réseau principal Est déposée le 30 octobre 2014 reste valide. La version consolidée de la

76 Ron Wallace and Jack M. Mintz, "Trudeau wrongly said Canadian energy regulation was 'broken.' Then he wrecked it", *Financial Post* (23 février 2018), en ligne: < http://business.financialpost.com/opinion/trudeau-wrongly-said-canadian-energy-regulation-was-broken-then-he-wrecked-it>.

77 *Supra* note 74.

78 *Ibid.*

demande relative au projet Énergie Est qui a été déposée le 17 mai 2016 reste aussi valide et fait toujours partie du dossier de l'audience »[79]. Par conséquent, le promoteur n'a pas eu à présenter de nouveau une demande qui avait déjà fait l'objet de 18 mois de consultations publiques.

DÉVELOPPEMENTS POLITIQUES PARALLÈLES

Le 27 janvier 2016, le nouveau gouvernement fédéral a introduit cinq principes provisoires pour guider la prise de décisions concernant les grands projets de ressources. L'un de ces principes était que les émissions de gaz à effet de serre (GES) directes et en amont liées aux projets seraient examinées par Environnement et Changement climatique Canada (ECCC), ministère nouvellement désigné, alors que l'ONE devra faire l'étude des « GES en amont et en aval dans son examen du projet »[80] dans le cadre d'un protocole d'entente officiel pour établir le processus de consultation concernant les émissions de GES en amont associées au projet Énergie Est. Ce processus a été conçu pour être indépendant du processus d'audition ravivé de l'ONE.

Dans le cadre du nouvel examen de la décision sur le caractère complet, le 10 mai 2017, l'ONE a recueilli les commentaires du public sur son nouvel examen de la liste provisoire des enjeux pour la demande Énergie Est. Les demandeurs ont répondu le 21 juin 2017 au moyen d'une analyse juridique détaillée[81]. Le dossier du demandeur indiquait que : « … l'Office vous informe qu'il est 'particulièrement intéressé' d'obtenir des commentaires sur la question de savoir si, et dans l'affirmation, pourquoi, certains enjeux supplémentaires (enjeux supplémentaires provisoires) devraient être inclus dans les listes finales des enjeux pour les projets ». Parmi les quatre enjeux, on comptait l'étude possible des conséquences éventuelles du projet sur les émissions de gaz à effet de serre (GES) du Canada. L'analyse des demandeurs concluait que les GES en amont et en aval et les politiques sur les émissions de GES constituaient d'importants enjeux méritant une discussion dans le cadre d'un forum approprié : « Toutefois, les demandeurs soutiennent que l'Office n'est pas le forum approprié pour ces discussions, qui devraient avoir et auront lieu ailleurs. Tel qu'il est mentionné dans la demande de Ressources Naturelles Canada, le gouvernement du Canada s'est engagé à évaluer les émissions de GES directes et en amont associées aux projets »[82].

L'argument de droit poursuivait en faisant valoir que : « L'Office ne devrait pas et ne peut pas tenir compte des émissions de GES en amont et en aval dans le contexte de l'un ou l'autre des projets, pour diverses raisons… » qui comprenaient la prise en considération de la *Loi constitutionnelle de 1867*[83], le mandat de l'ONE et les orientations stratégiques énoncées dans les mesures et les principes provisoires pour l'examen des projets de pipelines établies par le Canada en janvier 2016[84]. Les demandeurs ont de plus fait valoir que l'ONE n'avait « aucun pouvoir pour rendre obligatoire ou commander la mise en œuvre de l'OSELA[85], ni d'en ordonner la mise en œuvre. Toute tentative de l'Office à cet effet mènerait à la catastrophe »[86]. En ce qui concerne les demandes pour que l'ONE retarde son examen des projets jusqu'à ce que l'examen de l'ACEE et les rapports des comités de modernisation de l'ONE soient terminés, les demandeurs ont fait valoir que : « … l'Office ne peut appliquer les lois existantes, et non les lois en cours d'élaboration ou éventuelles. En bref, l'Office n'a pas l'autorisation législative et ne peut pas retarder la demande en instance. L'alternative serait non seulement une violation de la règle de droit, mais une abdication de son autorité en faveur de 'pures spéculations' »[87].

---

79 *Ibid.*

80 Office national de l'énergie, *Protocole d'entente entre ECCC et l'ONE visant la mise en place d'un processus de consultation publique sur l'évaluation des émissions de gaz à effet de serre en amont du projet Énergie Est (protocole d'entente)*, en ligne : <https://www.neb-one.gc.ca/bts/ctrg/mmrndm/2016nvrnmntclmtchngcnd-fra.html?=undefined&wbdisable=true>.

81 C Kemm Yates, *Applicants comments on draft lists of issues and draft factors and scope of the factors for the Environmental Assessments pursuant to the Canadian Environmental Assessment Act 2012* (21 juin 2017).

82 *Ibid.*

83 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Victoria, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, nº 5.

84 *Ibid.*

85 *Oil Sands Emissions Limit Act,* SA 2016, c O-7.5, entérinée par la législature de l'Alberta environ un an après l'achèvement de l'Accord de Paris dans le cadre de la stratégie sur le changement climatique du gouvernement Notley de l'Alberta.

86 *Supra* note 81.

87 *Ibid.*

De toute évidence, la table était mise pour une longue bataille en matière de règlementation.

Le 23 août 2017, le comité Énergie Est de l'ONE, nouvellement nommé, a rendu sa décision, laquelle semblait ne pas rendre compte du PE signé entre l'ONE et ECCC et contredisait directement l'analyse juridique du demandeur. Le comité a décidé qu'il tiendrait compte, pour la première fois, de l'intérêt public et des conséquences des émissions de GES en amont et en aval de possibles productions et consommations accrues de pétrole résultant du projet. Il a aussi décidé que, pour la première fois, il permettrait une discussion aux audiences sur l'effet de l'atteinte des cibles d'émissions de GES du gouvernement sur la viabilité financière et la nécessité du pipeline de 4 500 kilomètres (auparavant, l'ONE n'avait tenu compte que des émissions de GES qui étaient directement associées à la construction et à l'exploitation d'un pipeline)[88].

Peu de temps après la décision du 7 septembre 2017, le promoteur TransCanada Corps a annoncé qu'il suspendait sa demande pour 30 jours afin de procéder à un examen rigoureux du processus d'évaluation de l'ONE : « Par la présente, les demandeurs requièrent trente jours pour examiner la Décision, les conséquences qui en découlent pour les Projets et les demandes respectives d'autorisations des Projets. L'Office est respectueusement prié de ne pas entreprendre aucun autre processus d'examen des Projets pendant la période de trente jours »[89].

Comme on pouvait le prévoir, l'annonce a déclenché une cascade de railleries politiques entre les provinces et le gouvernement fédéral, alors que le ministre de l'Énergie de l'Alberta, McCuaig-Boyd, citant le *Climate Leadership Plan* de l'Alberta comme suffisant pour répondre aux préoccupations sur les émissions, a désigné la décision de l'ONE comme un « débordement historique » par l'organisme de règlementation, soulignant que : « Décider des mérites d'un pipeline en fonction des émissions en aval revient à juger les lignes de transmission en fonction de la façon dont l'électricité sera utilisée – ce n'est pas un enjeu approprié à inclure dans cet examen », mentionnant de plus que le premier ministre avait cité le plan sur le climat de l'Alberta dans ses approbations pour les projets de pipeline Line 3 d'Enbridge et Trans Mountain de Kinder Morgan. Le député Rempel de l'Alberta a accusé les libéraux fédéraux d'avoir placé le régime de règlementation dans le « sable mouvant », ce qui aurait pour effet d'atténuer l'investissement dans le secteur canadien de l'énergie : « Ce n'est pas que décevant, c'est enrageant, frustrant – et les gens de partout au pays dont les emplois dépendent de cela y verront un exemple d'incompétence extrême par un gouvernement libéral idéologique qui s'oppose au développement du secteur de l'énergie, au plus haut niveau »[90].

TransCanada a fait valoir dans sa demande de suspension qu'un examen de projet d'entreprise interne s'imposait en raison de défis de taille qu'a posés la décision de l'ONE[91]. Il a également noté que si l'entreprise décidait de ne pas aller de l'avant avec le projet, il y aurait une « incidence négative » sur la valeur comptable de l'investissement, y compris les recouvrements possibles des coûts de développement engagés pour le projet de 15,7 milliards de dollars, coûts qui, par la suite, avaient été estimés à 1 milliard de dollars. Le 8 septembre 2017, l'ONE a accueilli la demande de suspension du processus d'examen d'Énergie Est de TransCanada, acceptant de ne pas rendre d'autres décisions et de ne pas réaliser d'autres étapes du processus concernant l'examen des projets jusqu'au 8 octobre 2017.

Pour terminer, le 5 octobre 2017, dans une décision d'entreprise qui a provoqué un tollé jamais vu dans la politique canadienne depuis l'époque du grand débat sur le pipeline des années 1950, TransCanada a annoncé qu'il avait abandonné le projet Énergie Est, la cession

---

88 National Energy Board, communiqué, « Expanded focus for Energy East assessment » (23 août 2017), en ligne: <https://www.canada.ca/en/national-energy-board/news/2017/08/expanded_focus_forenergyeastassessment.html>

89 TransCanada, *Liste des enjeux et facteurs et la portée des facteurs pour l'EE conformément à la LCEE 2012*, dossier ONE OF-Fac-Oil-E266-2014-01 02 (7 septembre 2017).

90 John Gibson, « Politicians spar over Energy East as NEB suspends pipeline review », *CBC News* (8 septembre 2017), en ligne: <http://www.cbc.ca/news/canada/calgary/national-energy-board-energy-east-review-trans-canada-alberta-halt-suspend-review-1.4281060>.

91 TransCanada, communiqué, "TransCanada Seeks 30-day suspension of Energy East Pipeline and Eastern Mainline Project Applications" (7 septembre 2017), en ligne: < https://www.transcanada.com/en/announcements/2017-09-07-transcanada-seeks-30-day-suspension-of-energy-east-pipeline-and-eastern-mainline-project-applications/>.

d'actifs et le projet de réseau principal Est (PRPE).

CONCLUSION

Nombreux sont ceux qui ont considéré qu'une décision par un comité Énergie Est novice de l'ONE demandant un examen des émissions de gaz à effet de serre en amont a contribué à un nouvel examen fondamental des pouvoirs constitutionnels entre les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Cette décision, et les événements qui s'ensuivirent entourant le pipeline Kinder Morgan, ont mené le Canada à un point que certains estiment être une « crise ».

Dans une maison si divisée et à un moment où le mandat de l'ONE faisait l'objet de révisions importantes au moyen de projets de règlements compris dans le projet de loi C-69, beaucoup estimeraient improbable qu'il y ait une amélioration de la certitude règlementaire dans les déterminations de l'intérêt national. Ces incertitudes règlementaires, auxquelles s'ajoutent les implications de la décision Northern Gateway et les incertitudes persistantes entourant la demande de pipeline Kinder Morgan, ont miné l'intérêt international d'investissement dans les grands projets, au moment même où l'industrie de l'énergie du Canada a du mal à maintenir sa capacité concurrentielle en cette ère de prix réduits et d'exportations en difficulté. Serait-il possible au Canada et à son secteur de l'énergie d'être plus écologiques et plus innovateurs tout en endurant une rentabilité réduite, des restrictions sur l'accès au marché, un important exode de capitaux et des annulations de grands projets? Le pouvoir de règlementation de l'ONE, déjà confirmé par la Cour suprême, a été miné au point où bon nombre de territoires de compétence et d'organisations autochtones présument, voire demandent, une décision finale dans le développement et le transport de l'énergie au Canada. L'érosion consécutive de la primauté des pouvoirs de règlementation de l'ONE crée une incertitude fondamentale et rend problématique toute détermination scientifique reflétant l'intérêt national.

Certains estiment que la Cour suprême a été entraînée dans l'arène règlementaire en matière d'énergie en conséquence directe de gouvernements fédéraux qui se sont toujours refusé d'établir des règles claires pour la consultation et l'accommodement des Autochtones. Heureusement, la Cour suprême a décidé de ne pas assimiler l'obligation de consulter à un veto sur le développement – une clarification juridique utile, mais qui ferait partie d'une longue série de décisions qui pourraient être vues par des investisseurs et des promoteurs de l'industrie comme trop peu et bien trop tard[92].

Les intentions initiales du gouvernement fédéral de « moderniser » l'ONE et de « rétablir la confiance du public » dans celui-ci ont constamment été éclipsées par des préoccupations beaucoup plus pressantes pour l'économie, l'intérêt national et, peut-être, la capacité du secteur de l'énergie du Canada de survivre à des assauts si disparates et si concertés de la part de tant de secteurs[93].

Les grands perdants dans ce bourbier règlementaire sont les entreprises, les investisseurs et les actionnaires canadiens. Les promoteurs ont dépensé des centaines de millions de dollars dans un environnement politique, juridique et règlementaire sujet à des décisions finales rendues à huis clos en vertu de règles et de normes non divulguées auparavant. De telles décisions rendues si tard dans le processus règlementaire altèrent fondamentalement la façon dont les investisseurs voient le Canada et influencent directement les décisions d'investissement d'entreprises.

Lorsqu'une fédération se dissout en définitions étroites d'intérêts d'administrations fédérales, provinciales et locales, le nombre de mains à la pâte accroît la complexité des enjeux pour tous. De telles complexités de compétence augmentent également le temps nécessaire aux promoteurs pour s'y retrouver dans toutes ces questions interdépendantes et compétences concurrentes qui, de plus en plus, comprennent les gouvernements des Premières Nations et les administrations locales. Il en résulte un réseau complexe d'outils règlementaires et législatifs souvent contradictoires et concurrents qu'on ne peut pas raisonnablement résoudre en faisant constamment appel aux tribunaux fédéraux. La responsabilité urgente de résoudre tous ces défis revient à tous les Canadiens, surtout

92 *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, au para 48.
93 *Supra* note 6.

à leurs dirigeants, qui sont de plus en plus confrontés aux conséquences économiques et sociales indésirables de leurs actions et de leurs décisions. ■

LA *LOI SUR L'ÉVALUATION D'IMPACT,* LA *LOI SUR LA RÉGIE CANADIENNE DE L'ÉNERGIE* ET L'ÉNERGIE EXTRACÔTIÈRE : UN POINT DE VUE DU CANADA ATLANTIQUE

*Daniel Watt**

Introduction

S'il est édicté, le projet de loi C-69[1] apportera d'importants changements à la règlementation de projets d'énergie extracôtière dans le Canada atlantique. Le virage de l'évaluation environnementale (**EE**) au titre de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012)[2] (**LCEE 2012**) à l'« évaluation d'impact » (**EI**) au titre de la *Loi sur l'évaluation d'impact*[3] (**Loi sur l'EI**) se fera grandement ressentir dans l'industrie du pétrole et du gaz extracôtiers. Le régime, nouveau mais incomplet pour l'énergie renouvelable extracôtière dans la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* (**LRCE**)[4] aura une incidence moins immédiate, mais présage d'importants changements à plus long terme. Dans les industries du pétrole et du gaz et de l'énergie renouvelable, la manière dont ces changements s'opéreront demeurent très incertains. Tout se jouera dans les détails : révisions au cours du processus législatif, lois à l'appui, règlements et mise en application.

Dans le présent article, des commentaires sont formulés sur un petit nombre d'enjeux dans le projet de loi C-69 d'importance pour l'industrie du pétrole et du gaz extracôtiers du Canada atlantique, ainsi que pour son industrie de l'énergie renouvelable extracôtière embryonnaire. On y examine deux vastes enjeux comptant parmi ceux qui embêtent l'industrie extracôtière bien établie du Canada atlantique : qui est responsable de la conduite des EI pour les projets extracôtiers et quels projets seront assujettis à la nouvelle EI. Un bref aperçu du régime naissant de la LRCE pour l'énergie renouvelable extracôtière est fournie, avec des commentaires sur les occasions, ratées et réalisées, pour le Canada atlantique.

1. *Loi sur l'évaluation d'impact* et le pétrole et le gaz extracôtiers dans le Canada atlantique

La Loi sur l'EI apportera son lot de changements qui auront des conséquences pour l'évaluation des projets de pétrole et de gaz extracôtiers

*Daniel est un partenaire au bureau d'Halifax de McInnes Cooper. La pratique de Daniel est principalement axée sur le contentieux et le conseil règlementaire, mettant l'accent sur l'énergie extracôtière et tous les aspects du droit maritime. Il est le partenaire principal de l'équipe de l'économie océanique de McInnes Cooper.

1 PL C-69, *Loi édictant la Loi sur l'évaluation d'impact et la Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, modifiant la Loi sur la protection de la navigation et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess, 42e lég, 2018.

2 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 2012, c 19, art 52 (« *LCEE 2012* »).

3 *Loi sur l'évaluation d'impact,* soit la Partie I du projet de loi C-69, *supra* note 1 (« Loi sur l'EI »).

4 *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*, soit la Partie II du projet de loi C-69, *supra* note 1 (« *LRCE »).*

du Canada atlantique, y compris l'exigence d'évaluer une liste de facteurs[5] bien plus longue que celle exigée au titre de la LCEE 2012[6]. Parmi ces changements, on compte deux enjeux qui, au moment de la rédaction, préoccupaient particulièrement l'industrie extracôtière du Canada atlantique. Le premier concerne le virage vers une exigence obligatoire et rigide d'examens par des groupes d'experts des activités extracôtières désignées. Le second, en partie exacerbée par le premier, consiste à savoir quelles activités seront incluses dans le règlement sur la liste de projets.

a) Responsabilité pour les EI des hydrocarbures extracôtiers dans le Canada atlantique : Mise en contexte

L'Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers (**CNLOPB**) et l'Office Canada-Nouvelle-Écosse des hydrocarbures extracôtiers (**CNSOPB**) étaient habituellement chargés de l'exécution de toutes les EE pour les projets extracôtiers, y compris ceux visés par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*[7]. Cela a changé avec l'entrée en vigueur de la LCEE 2012 et du *Règlement désignant les activités concrètes*[8] (la **Liste de projets**). L'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'**Agence CEE**) est devenue responsable des EE pour les activités pétrolières et gazières extracôtières désignées dans le Canada atlantique[9]. Les offices des hydrocarbures extracôtiers continuent de mener des EE – parfois appelées des EE de la Loi de mise en œuvre – pour les activités non assujetties à la LCEE 2012[10] en conformité avec leurs lois habilitantes (les **Lois de mise en œuvre**)[11]. Bien qu'ils fournissent des connaissances et des renseignements spécialisés ou techniques à l'Agence CEE, ils ne participent pas directement aux EE de la LCEE 2012[12].

En 2015, le gouvernement Conservateur a tenté de rétablir l'autorité des offices des hydrocarbures extracôtiers sur les EE de la LCEE 2012, donnant à ceux-ci les pouvoirs pour tenir les audiences publiques[13] nécessaires au maintien du statut d'« autorité responsable »[14] et à la publication de règlements provisoires désignant le CNSOPB comme autorité responsable[15]. Bien que cet effort ait été un échec, il continue d'alimenter le débat sur le rôle des offices des hydrocarbures extracôtiers dans les EE.

Le débat a refait surface au cours de l'examen fédéral des processus d'EE, et les opinions sont nettement divisées. Certains maintiennent que les offices n'ont aucune expertise en matière d'environnement, et avec un mandat présumé de « promotion » de l'industrie extracôtière, les offices sont en conflit d'intérêt, « conquis » par l'industrie[16]. C'est pourquoi les offices ne doivent jouer aucun rôle dans l'évaluation des projets qu'ils doivent régir. En revanche, le gouvernement de T.N.L et les associations de l'industrie préoccupées par le temps, les coûts et les efforts qu'exigent les EE de la LCEE 2012, ont préconisé l'idée de redonner un certain niveau de responsabilité aux offices en ce qui a trait aux évaluations[17].

---

5 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 22.
6 *LCEE 2012*, *supra* note 2, art 19.
7 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale,* L.C. 1992, c 37 (« *LCEE* »).
8 DORS/2012-147 (la Liste de projets).
9 *Ibid,* art 2, 4(1) et annexe, art 10-13.
10 Voir les *Guidelines on Plans and Authorizations Required for Development Projects du CNLOPB,* août 1995, à 2.3, en ligne : <https://www.cnsopb.ns.ca/sites/default/files/pdfs/plansauthoriazations.pdf>.
11 Respectivement, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada – Terre-Neuve-et-Labrador,* L.C. 1987, c 3 et les équivalents provinciaux, la *Canada-Newfoundland and Labrador Atlantic Accord Implementation Newfoundland and Labrador Act*, RSNL 1990, c C-2 (collectivement, la *Loi de mise en œuvre*); la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers,* L.C. 1988, c 28 et la *Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation (Nova Scotia) Act,* SNS 1987, c 3 (ensemble, la *Loi de mise en œuvre (N.É.)*). Toutes les citations dans le présent article sont tirées des versions fédérales.
12 *LCEE 2012*, *supra* note 2, art 11.
13 *Loi sur la sûreté et la sécurité en matière énergétique*, L.C. 2015, c 4, art 41, 51, ajoutant la *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 11, art 44.1, 138.01; et art 77, 87, ajoutant la *Loi de mise enœuvre (N.É.)*, *supra* note 11, art 44.1, 142.02.
14 *LCEE 2012*, *supra* note 2, art 15(c).
15 Voir le « Règlement prévoyant une autorité fédérale à titre d'autorité responsable à l'égard de projets désignés : Résumé de l'étude d'impact de la règlementation », (2015) 149:26 Can Gaz, en ligne : <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2015/2015-06-27/html/reg5-fra.html>. Au moment de la publication dans la Gazette, le CNLOPB ne semblait pas vouloir assumer le rôle d'« autorité responsable ».
16 CBC News, « Environmental groups perplexed over possible offshore assessment changes » (24 janvier 2018), en ligne : <http://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/offshore-alliance-protest-nova-scotia-environmental-impact-assessments-1.4501948>.
17 CBC News, « Proposal to retool environmental assessments rattling nerves in Newfoundland's offshore » (19 juin 2017), en ligne : <http://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/enironmental-assessment-changes-1.4164484>.

Pour sa part, le Groupe d'experts mis en place pour examiner le processus d'EE fédéral (le **Groupe**) ne s'est pas attardé plus particulièrement au rôle des offices des hydrocarbures extracôtiers dans les EE. Le rapport du Groupe n'utilise le terme « extracôtier » qu'une fois et ne mentionne pas les offices des hydrocarbures extracôtiers. Le Groupe limite son examen aux deux organismes de règlementation axée sur le cycle de vie qui, avec l'Agence CEE, constituent les autorités responsables : l'Office national de l'énergie (**ONE**) et la Commission canadienne de sûreté nucléaire (**CCSN**). Le Groupe s'est surtout attardé à remédier aux idées préconçues de l'ONE et de la CCSN afin de rétablir la confiance du public dans les EE et appuyer la licence sociale[18]. Le Groupe a recommandé d'éliminer ces organismes de règlementation du processus d'EE et d'incorporer la fonction dans une seule autorité[19].

Dans son document de travail de juin 2017 (le **Document de travail**), le gouvernement fédéral a fait savoir qu'il envisageait une approche où « l'agence et les organismes de règlementation axée sur le cycle de vie réaliseraient conjointement les évaluations d'impact dans le cadre d'un processus d'examen unique et intégré »[20]. Les points de vue du Groupe à l'égard des organismes de règlementation axée sur le cycle de vie n'ont donc pas été acceptés. L'industrie aurait peut-être accepté un processus de collaboration conjoint agence-offices des hydrocarbures extracôtiers; les groupes environnementaux ont certainement décrié la participation des offices des hydrocarbures extracôtiers. Toutefois, ce qui se retrouve dans la Loi sur l'EI laisse probablement les deux groupes insatisfaits.

b) Responsabilité des EI des hydrocarbures extracôtiers dans le Canada atlantique : La Loi sur l'EI

La nouvelle Agence d'évaluation d'impact (l'**Agence d'EI**) détermine au préalable si des activités de composantes désignées d'un projet nécessitent une EI[21]. Cette décision suit une nouvelle « phase de planification ». Comme pour la LCEE 2012, le promoteur d'un projet désigné doit présenter une description de projet initiale à l'Agence d'EI[22]. À la demande de l'Agence d'EI, les offices des hydrocarbures extracôtiers, à titre d'« autorités fédérales »[23], doivent fournir à l'Agence d'EI des connaissances ou des renseignements de spécialistes ou d'experts[24]. L'Agence d'EI décide si une EI est nécessaire[25]. Bien que la phase de planification soit nouvelle, le décideur préalable n'a pas changé : l'agence fédérale prend la décision sans l'avis d'un office des hydrocarbures extracôtiers.

Le principal changement réside dans la détermination du responsable de l'évaluation des projets extracôtiers désignés dans le Canada atlantique si une EI est exigée. Telle que rédigée, la Loi sur l'EI oblige le ministre à soumettre l'EI d'un tel projet à un comité d'examen, sans exception[26]. Cette même règle s'applique aux activités régies par la LRCE et la *Loi sur la sûreté et la règlementation nucléaires* (**LSRN**)[27]. L'Agence d'EI ne peut pas procéder à l'EI. Le ministre ne peut pas approuver la substitution du processus d'EE d'une autre compétence à un processus d'EI pour les projets extracôtiers désignés[28] ni conclure une entente avec une autre compétence pour

18 Comité d'experts pour l'examen des processus d'évaluation environnementale, « Bâtir un terrain d'entente : une nouvelle vision pour l'évaluation des impacts au Canada » (avril 2017) à 51, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/conservation/evaluation/examens-environnementaux/processus-evaluation-environnementale/batir-terrain-entente.html>.

19 *Ibid.*

20 Gouvernement du Canada, *Examen des processus d'évaluation environnementale et réglementaire : Document de travail* (juin 2017) à 17, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/rncan-nrcan/M4-157-2017-fra.pdf> (Document de travail).

21 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 16.

22 *Ibid*, art 10.

23 *Ibid,* art 2, *autorité fédérale* (d), art 109*a*), annexe 1. L'Agence d'EI a également l'autorité d'indiquer aux offices des hydrocarbures extracôtiers comment s'acquitter de leur propre mandat de règlementation en vertu des Lois de mise en œuvre : voir art 13(2), qui permet à l'Agence d'enjoindre les autorités fédérales d'« entamer des discussions avec le promoteur [...] afin que l'autorité fédérale puisse lui préciser les renseignements dont elle pourrait avoir besoin pour exercer ces attributions ».

24 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 13(1).

25 *Ibid,* art 16.

26 *Ibid,* arts 43*a*.1) et *c*), ajoutés en vertu des Modification à la Loi sur l'évaluation d'impact (les Modifications), art 5.

27 *Ibid,* arts 43*a*) et *b*).

28 *Ibid,* art 32*b*).

établir conjointement un comité d'examen[29]. Les activités extracôtières désignées exigeant une EI seront donc invariablement soumises à la forme la plus formelle et rigoureuse d'EI. Contrairement au processus d'EI conjoint Agence-office des hydrocarbures extracôtiers suggéré dans le Document de travail, aucune de ces entités ne sera responsable de l'EI de projets pétroliers et gaziers extracôtiers désignés. Cette responsabilité reviendra à des comités d'examen de compositions variées.

Les examens de comités en vertu de la Loi sur l'EI ressembleront à ceux de la LCEE 2012. Comme pour la LCEE 2012[30], le renvoi d'EI à un comité d'examen est à la discrétion du ministre s'il est d'avis qu'il en serait dans l'intérêt public, compte tenu de plusieurs facteurs obligatoires[31]. Il reste à voir comment les délais du comité d'examen dans la Loi sur l'EI seront établis, mais le processus devrait s'avérer assez long[32]. L'Agence d'EI doit recueillir des renseignements et « délimiter la portée » du projet afin de déterminer quels renseignements et quelles études pourraient lui être utiles pour l'EI[33]. Il faudra du temps pour établir le mandat du comité et en nommer les membres[34]. Le comité peut ensuite exiger du promoteur qu'il obtienne tout renseignement ou toute étude supplémentaire que le comité juge nécessaire, avant ou après l'exécution de l'EI[35]. Les EI seront des instances quasi judiciaires assorties d'audiences publiques[36]. Les processus du comité d'examen de la Loi sur l'EI seront sans aucun doute plus chronophages, dispendieux et onéreux que les évaluations par l'Agence d'EI ou les offices des hydrocarbures extracôtiers à titre d'autorités responsables[37], ce qui, dans l'ensemble, laisse entendre que le processus sera long et complexe pour les EI de projets extracôtiers désignés, sans aucune flexibilité pour adapter les mécanismes d'évaluation en fonction de l'ampleur des activités évaluées.

Il ne s'agit donc pas d'un processus de collaboration conjoint Agence d'EI-offices des hydrocarbures extracôtiers, comme le propose le Document de travail. Toutefois, il y a un certain degré d'« intégration » obligatoire de membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers et de comités d'examen. À cet égard, la Loi sur l'EI est conforme au Document de travail. Les comités d'examen pour des projets désignés qui comprennent des activités règlementées au titre des Lois de mise en œuvre doivent compter au mois deux personnes nommées à partir d'une liste de membres du CNLOPB ou du CNSOPB, sur la recommandation du président de l'office des hydrocarbures extracôtiers concerné et en consultation avec le ministre des Ressources naturelles[38]. Il existe des exigences similaires concernant les nominations au comité pour les activités règlementées au titre de la LRCE et de la LSRN, requérant la nomination de personnes de la Commission établie en vertu de la LRCE (la **Commission**) et de la LSRN, respectivement[39]. Si cette exigence devient loi, l'expertise technique des offices des hydrocarbures extracôtiers sera intégrée dans le comité. Il s'agit d'un autre changement important comparativement aux comités d'examen de la LCEE 2012, qui ne requièrent aucune participation de la part des offices des hydrocarbures extracôtiers.

Les comités devront compter un minimum de cinq personnes nommées, mais il n'y a pas de limite au nombre de membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers[40]. Le président peut être un membre d'un office des hydrocarbures extracôtiers. En théorie, un comité d'examen peut aussi être entièrement composé de membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers. Il semble très peu probable

29 *Ibid,* art 39(2).
30 *LCEE 2012*, *supra* note 2, art 38
31 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 36.
32 Le Comité doit remettre son rapport d'EI au ministre au plus tard 600 jours après la nomination par le ministre d'un nombre minimum de membres au Comité : voir la *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 37. Ceci est assujetti aux arrêtés du ministre pour repousser ou devancer le délai (art 37(2)), entre autres choses, ainsi que les 45 jours dont dispose le ministre après la publication de l'avis de début de l'EI pour soumettre l'EI à un comité d'examen (art 36*a*)), et, sous réserve de prolongements, les 180 jours à partir de la phase de planification jusqu'à la publication de l'avis de début de l'EI par l'Agence d'EI (art 18(1)).
33 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 18-20.
34 *Ibid,* arts 46.1 et 48.1, ajoutés en vertu des Modification, arts 6-7.
35 *Ibid*, arts 38, 52(2).
36 *Ibid*, arts 51-53.
37 Comparer la *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 25-29, sur les EI de l'Agence d'EI, et arts 36-59 sur les examens des comités.
38 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 46.1, 48.1, 50*b*.1), *d*), ajoutés par suite des Modifications, arts 6-8.
39 *Ibid,* arts 44 et 47.
40 *Ibid*, arts 46.1, 48.1, 50*b*.1), *d*), ajoutés à la suite des Modifications, arts 6-8.

qu'un tel comité soit nommé, du moins par le gouvernement actuel. Le but du gouvernement n'était pas de donner la responsabilité pour les EI de projets pétroliers et gaziers extracôtiers aux offices des hydrocarbures extracôtiers, mais d'inclure dans une certaine mesure l'expertise des offices des hydrocarbures extracôtiers dans les EI. Dans tous les cas, un comité de cinq membres impliquerait la nomination de la totalité du CNSOPB ou de la majorité du CNLOPB[41].

Il y a une différence notable dans le traitement au titre de la Loi sur l'EI des capacités respectives de comités d'examen de la Commission et de la CCSN et des offices des hydrocarbures extracôtiers à assurer l'application de la règlementation en vertu de leurs lois habilitantes au cours du processus d'EI. Les comités d'examen de la Commission et de la CCSN sont essentiellement tenus de mener les processus d'EI et de délivrance de permis simultanément au titre de leurs lois habilitantes et, ce faisant, peuvent exercer leurs pouvoirs en vertu de ces lois[42]. Cela cadre avec l'intention du gouvernement de « mettre l'accent sur un guichet unique pour assurer la coordination fédérale (p. ex. assurer l'harmonisation de l'évaluation et de la délivrance de permis de suivi) »[43].

En revanche, la Loi sur l'EI ne permet pas aux comités évaluant des projets extracôtiers d'exercer leurs pouvoirs au titre de la Loi de mise en œuvre au cours du processus d'EI et n'exige pas de ces comités qu'ils tiennent compte des exigences liées aux autorisations en vertu des Lois de mise en œuvre dans le cadre du processus d'évaluation. Bien que certains aient soulevé des questions concernant la confusion des processus d'évaluation et d'approbation règlementaire[44], la Loi sur l'EI n'intègre pas clairement les processus d'EI et de délivrance de permis règlementaires pour les projets extracôtiers du Canada atlantique de la même façon qu'elle le fait pour les processus de la Commission et de la CCSN. Il n'est pas clair si cela est intentionnel ou s'il s'agit d'une omission. Le traitement par le gouvernement des offices des hydrocarbures extracôtiers et des Lois de mise en œuvre relativement à la Loi sur l'EI semble résulter d'une réflexion après coup : toutes les dispositions à ce sujet se retrouvent dans des modifications à la partie I du projet de loi C-69.

c) Quelques observations sur le processus de la Loi sur l'EI pour les projets extracôtiers

La participation de membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers aux comités d'examen continuera probablement de susciter la controverse si la Loi sur l'EI devient loi. La nomination de membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers risque d'être contestée pour des raisons de conflit d'intérêts ou de partialité. La Loi sur l'EI stipule qu'une personne nommée à un comité d'examen doit être « impartiale et n'avoir aucun conflit d'intérêts relativement au projet désigné »[45]. Les opposants doivent donc montrer qu'une personne nommée est partiale ou en conflit d'intérêts relativement à un projet précis, et qu'il ne s'agit pas d'une partialité généralisée de l'« industrie ». Un simple résumé de l'industrie pétrolière ne devrait pas suffire pour déclarer inadmissible une personne nommée éventuelle. Outre les fondements douteux pour toute allégation de partialité ou de conflit général inhérent[46], il est peu probable, en l'absence d'une conduite ou de commentaires sous-entendant une partialité, que les membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers soient exclus en vertu de l'approche flexible à l'égard de l'impartialité de la Cour

41 *Loi de mise en œuvre (N.É.)*, *supra* note 11, art 10(1), créant un comité de cinq membres; *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 11, art 10(1), créant un comité de sept membres.

42 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 46, 48, 51(2)-(3).

43 Document de travail, *supra* note 20, à 18.

44 Meinhard Doelle et John Sinclair, « Panel Reviews under the Proposed Federal Impact Assessment Act (IAA) », Environmental Law News, Climate Change, EA, Regulation, Governance (4 mars 2018) en ligne : <https://blogs.dal.ca/melaw/2018/03/04/panel-reviews-under-the-proposed-canadian-impact-assessment-act-ciaa/>.

45 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 46.1(2), 48.1(2), ajouté par Modifications, arts 6-7.

46 On allègue fréquemment que les Lois de mise en œuvre font appel aux offices des hydrocarbures extracôtiers pour promouvoir ou développer l'activité pétrolière et gazière extracôtière. Il s'agit ici, de l'avis de l'auteur, d'une caractérisation erronée des lois. Les Lois de mise en œuvre ne font pas appel aux offices des hydrocarbures extracôtiers pour promouvoir ou développer l'activité pétrolière et gazière extracôtière. En vertu des Lois de mise en œuvre, les offices des hydrocarbures extracôtiers doivent agir en tenant compte des accords politiques – l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve et l'Accord Canada-Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures (les Accords) : voir *Mobil Oil Canada Ltd c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers,* [1994] 1 RCS 202 à 219. Il est vrai que les objectifs des Accords comprennent, parmi de nombreux autres objectifs, le développement rapide des ressources extracôtières pour le bénéfice du Canada dans son ensemble et les provinces respectives en particulier. Toutefois, les dispositions des Lois de mise en œuvre ont préséance sur toute obligation ou pouvoir prévus dans les Accords qui ne cadrent pas avec les Lois de mise en œuvre : *Loi de mise en œuvre (N.É.)*, art 18(1) et *Loi de mise en œuvre,* art 17(1). Quoi qu'il en soit, ni les Accords ni les Lois de mise en œuvre ne peuvent raisonnablement être interprétées d'une façon qui exige que les offices accordent la priorité aux approbations de projets sur la responsabilité environnementale. En l'absence de preuves du contraire, les membres d'offices des hydrocarbures extracôtiers, comme toute personne nommée à un comité, devraient avoir droit à la présomption qu'ils s'acquitteront de leurs obligations légales de façon impartiale. Ils ne sont pas plus ni moins partiaux que les membres de comités s'opposant aux hydrocarbures comme sources d'énergie ou qui voient le développement extracôtier comme fondamentalement problématique.

suprême du Canada par rapport aux commissions administratives[47]. Toutefois, la controverse persistera sans aucun doute. La possibilité qu'il y ait des contestations à la composition des comités dans le cadre ou non du processus de la Loi sur l'EI augmente les risques de retards.

Du point de vue d'un praticien du Canada atlantique, la question le plus frappante concernant le processus de la Loi sur l'EI pour les activités pétrolières et gazières extracôtières désignées réside probablement dans le fait qu'il est entièrement flexible en termes de processus. La Loi sur l'EI présume que toutes les activités pétrolières et gazières extracôtières doivent faire l'objet des processus d'EI les plus rigoureux, mais aussi longs et onéreux, sans égard aux activités désignées. Il n'y a pas non plus de place pour des évaluations conjointes ou des substitutions qui permettraient de rationnaliser les processus d'évaluation et de délivrance de permis. L'Agence d'EI aura un rôle seuil dans la détermination de savoir si les activités extracôtières désignées nécessiteront une EI, mais il semble peu probable que les activités extracôtières désignées soient en aucune occasion soustraites à une EI. Cette caractéristique rigoureuse de la Loi sur l'EI ne semble pas cadrer avec le principe directeur du gouvernement à l'effet que « l'échelle de l'évaluation [sera] adaptée à la portée et aux impacts possibles du projet »[48]. Le recours à un comité d'examen peut être approprié pour un grand projet de développement, mais dans bon nombre de cas, il peut sembler inapproprié pour le forage de puits d'exploration dans une zone extracôtière où les risques sont déjà bien documentés.

d) Quels projets extracôtiers du Canada atlantique seront assujettis à des EI?

Le gouvernement fédéral a indiqué qu'il conserverait une approche de liste de projets pour les EI « pour maintenir la clarté de la description des circonstances dans lesquelles une évaluation fédérale est nécessaire »[49]. Cette approche comprend le maintien du pouvoir de désigner des projets ne figurant pas sur la liste et d'exclure « les projets désignés de l'évaluation sous certaines conditions selon des critères clairs et un processus transparent »[50]. Au moment de la rédaction, le gouvernement était à la recherche de suggestions sur l'approche qu'il propose en vue de revoir la Liste de projets de la LCEE 2012[51]. L'intention exprimée par le gouvernement est de n'inclure sur la liste que les projets qui risquent le plus d'avoir des répercussions environnementales néfastes dans des secteurs de compétence fédéral. Les projets pouvant avoir des répercussions de moindre importance seraient assujettis à d'autres processus règlementaires fédéraux, comme les EE de la Loi de mise en œuvre[52].

La Loi sur l'EI maintient une approche de liste de projets et permet au ministre de désigner des projets ne figurant pas sur la liste pour l'EI[53]. Par contre, en ce qui concerne l'exclusion de projets désignés, les options sont limitées. Le Cabinet peut prendre des règlements pour varier ou exclure des exigences en vertu de la Loi sur l'EI ou des règlements, dans certaines circonstances, se rapportant principalement aux activités ayant lieu dans des réserves, sur des terres visées par un accord sur une revendication territoriale, des secteurs assujettis à des ententes avec des organismes établis en vertu d'accords sur une revendication territoriale ou des organismes dirigeants autochtones, ou en vertu d'accords internationaux ou d'accords conclus par le gouvernement du Canada[54]. Le Cabinet peut ordonner que des projets désignés soient exclus de l'application de la Loi sur l'EI pour des raisons de sécurité nationale par rapport au projet, alors que le ministre peut exclure des projets en cas

---

47 Le critère de base est de savoir si un particulier pourrait raisonnablement percevoir une partialité de la part d'un arbitre, et les tribunaux doivent adopter une approche flexible au problème de façon à ce que la norme qui est appliquée varie selon le rôle et la fonction de l'office concerné : voir *Newfoundland Telephone Co c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 RCS 623, à 636 (*Newfoundland Telephone*).

48 Document de travail, *supra* note 20, à 7.

49 *Ibid*, à 19.

50 *Ibid,* à 18-19.

51 Gouvernement du Canada, *Document de consultation sur l'approche relative à la modification de la Liste de projets : Un système d'évaluation d'impact proposé* (8 février 2018), en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/conservation/evaluation/examens-environnementaux/processus-evaluation-environnementale/consultation-approach-projets.html>.

52 *Ibid,* à 2-3.

53 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 2, *projet désigné*, 7, 9, 17, 109*b*).

54 *Ibid,* art 109*d*). Question de savoir si les activités pétrolières et gazières extracôtières constituent des activités concrètes « devant être exercées en vertu d'accords internationaux conclus par le gouvernement du Canada » selon la définition de l'art 109*d*) de la *Loi sur l'EI*. L'exploitation pétrolière et gazière extracôtière est un exercice des droits souverains du Canada d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental, tel que reconnu dans la *Convention de Genève sur le plateau continental*, 29 avril 1958, 450 NUST 11, art 2 (en vigueur le 10 juin 1964) et de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1833 NUST 3, art 76 (en vigueur le 16 novembre 1994).

d'urgence nationale[55]. Il n'y a pas d'autres procédures pour exclure des projets désignés de l'application de la Loi sur l'EI.

Il en résulte qu'une fois une catégorie de projets ajoutée à la Liste de projets, aucun mécanisme n'est prévu dans la Loi sur l'EI pour l'exclusion relativement à la nature de l'activité. Si l'exigence d'un examen obligatoire par un comité passait en loi, les types d'activités inclus dans la Liste de projets revêtiraient une plus grande importance. Étant donné que la Loi sur l'EI ne permet pas de formes moins onéreuses d'évaluation pour les projets pétroliers et gaziers extracôtiers dans le Canada atlantique, les projets à inclure à la liste devraient être étudiés soigneusement afin d'éviter d'inclure des activités pour lesquelles une EI pourrait s'imposer, mais où un examen complet par un comité paraitrait exagéré. Le manque de souplesse des examens obligatoires par un comité est atténué dans une certaine mesure si les projets désignés sont limités à ceux pour lesquels un examen par un comité s'impose réellement.

Il est probablement approprié d'exiger que les activités de développement, de production ou de déclassement extracôtier de grande envergure fassent l'objet de la forme la plus officielle et rigoureuse d'EI. Toutefois, l'idée de soumettre toutes les activités liées à l'exploitation de puits d'exploration sans exception, et certaines modifications à des plans de développement, à un examen par un comité est plus problématique, et s'avère une question d'une grande importance pour l'industrie du Canada atlantique et le gouvernement de T.-N.L.

La Liste de projets actuelle assigne à l'Agence CEE la catégorie suivante d'activités liées à l'exploitation de puits d'exploration dans le Canada atlantique[56] :

> **10** Les forages, les essais et la cessation d'exploitation de puits d'exploration extracôtiers dans le cadre d'un **premier programme de forage d'une région** précisée pour au moins une licence d'exploration accordée en vertu de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Atlantique Canada – Terre-Neuve-et-Labrador* ou de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers.* [c'est nous qui soulignons]

L'Agence CEE a interprété la « région » en question comme celle du permis d'exploration (**PE**) détenu par le promoteur, plutôt que la région, le bassin ou la caractéristique géologique au large des côtes relevant de la Loi de mise en œuvre. L'interprétation est beaucoup plus restrictive que la loi en vigueur et a un effet réel sur la qualité de l'activité désignée. Selon l'interprétation de l'Agence CEE, le premier programme de forage d'exploration sur un PE est une activité désignée, peu importe que le PE et que les puits d'exploration proposés se trouvent dans « une région » extracôtière qui a déjà fait l'objet de forage, de développement ou de production d'exploration. Par exemple, le premier programme de forage d'exploration sur un PE délivré à l'intérieur de la région du bassin Jeanne D'Arc exigerait un PE, même si la région est en production et les risques environnementaux et autres ont été bien documentés au cours d'EE antérieures. De même, le premier puits sur un PE dans la région du bassin Flemish Pass, où plus de 20 puits d'exploration ont été forés en toute sécurité, serait saisi. Selon l'approche de l'Agence CEE, les puits d'exploration forés dans ces régions de grande activité existantes sont traités de la même façon que les puits se trouvant dans des régions effectivement pionnières, comme le golfe du Saint-Laurent ou l'Arctique canadien. Il semble peu probable que l'article 10 ait eu pour but de saisir de telles activités.

Si les activités extracôtières dans le Canada atlantique sont automatiquement assujetties à de longs examens de comité, la Liste de projets devrait spécifier très clairement quelles activités de forage d'exploration sont désignées aux fins d'examen aux termes de la Loi sur l'EI. Un examen par un comité peut prendre plusieurs années, alors qu'un puits d'exploration extracôtier peut habituellement être achevé dans 30 à 90 jours. Il devrait être envisagé d'exclure clairement de la Liste de projets les activités d'exploration qui ont lieu à l'intérieur de régions où les risques environnementaux et autres ont déjà été évalués. Les régions pertinentes pourraient être définies en termes géographiques ou géologiques ou au moyen

55 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, art 115.
56 Liste de projets, *supra* note 8 à l'annexe, art 10.

d'autres descripteurs, pourvu que la description de la région soit claire. Les activités dans ces régions demeureraient assujetties à des EE en vertu des Lois de mise en œuvre.

Les évaluations régionales, qui peuvent être réalisées en vertu de la Loi sur l'EI, pourraient également jouer un rôle dans les EI pour les forages d'exploration[57]. Toutefois, les processus d'évaluation régionaux dans la Loi sur l'EI sont squelettiques. Il s'agit de créatures de discrétion ministérielle et leurs paramètres seront établis dans un mandat. Il n'y a pas de dispositions concernant les délais pour achever l'évaluation, ni même en garantir l'achèvement.

Il ne fait aucun doute que les processus d'évaluation environnementale du Canada ont souffert d'un manque de confiance du public, et le rétablissement de cette confiance en ces processus est un but louable et important. Toutefois, il est tout aussi clair que les processus sont dans de nombreux cas chronophages, longs et coûteux, dans la mesure où les projets qui sont dans l'intérêt public ne vont pas de l'avant. Cette préoccupation ne devrait pas être sous-estimée.

2. La *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* et l'énergie extracôtière renouvelable dans le Canada atlantique

Comme l'auteur l'a déjà écrit ailleurs[58], l'énergie extracôtière renouvelable constitue une occasion essentielle d'assurer une croissance économie durable dans le Canada atlantique. L'un des obstacles au développement d'une industrie de l'énergie extracôtière renouvelable est l'absence d'un régime de règlementation fédéral applicable aux eaux à l'extérieur du territoire provincial. La partie II du projet de loi C-69 édictera la LRCE, abrogera la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et remplacera l'Office national de l'énergie par la nouvelle Régie canadienne de l'énergie, établissant une Commission. Une composante importante de la LRCE est qu'elle crée le premier régime de règlementation fédérale – bien qu'il soit encore incomplet – pour les projets d'énergie extracôtière renouvelable (**EER**) et les lignes de transport d'énergie extracôtières (**LTEE**) à l'extérieur du territoire provincial[59]. Malgré l'importance de cette étape, la règlementation de l'EER a beaucoup moins suscité l'attention du public que d'autres aspects du projet de loi C-69. Même si les conséquences des dispositions sur l'EER dans la LRCE pour le Canada atlantique seront moins immédiates que les changements à la Loi sur l'EI, leur potentiel à long terme est important.

Les dispositions sur l'EER sont établies à la partie 5 de la LRCE et définissent essentiellement le cadre règlementaire pour la délivrance de permis et la règlementation continue de l'EER et des exploitations dans la « zone extracôtière ». La LRCE définit une « zone extracôtière » essentiellement comme les eaux internationales du Canada ou la mer territoriale qui n'est pas située dans une province et les eaux au-dessus du plateau continental du Canada[60]. La loi s'appliquera aux projets d'EER, y compris : les recherches et les évaluations réalisées relativement à l'exploitation ou à l'exploitation éventuelle d'une ressource renouvelable pour produire de l'énergie, le stockage d'énergie produite à partir d'une ressource renouvelable et le transport d'énergie produite à partir d'une ressource renouvelable qui n'est pas transportée vers une province ou à un endroit à l'extérieur du Canada[61]. Elle s'applique également aux LTEE, définies comme des installations construites ou exploitées dans le but de transporter l'électricité d'un projet d'EER vers une province ou un endroit à l'extérieur du Canada.

L'une des principales limites des nouvelles dispositions sur l'EER est qu'elles ne s'appliqueront pas aux eaux à l'intérieur de la province, comme la baie de Fundy, ce qui représente un risque d'incompatibilité entre les régimes provinciaux – comme la *Marine Renewable-energy Act*[62] de la Nouvelle-Écosse – et l'EER fédérale au titre de la LRCE. L'auteur a fait valoir ailleurs qu'un régime conjoint fédéral-provincial pour l'EER semblable aux Lois de mise en œuvre serait préférable à un

57 *Loi sur l'EI, supra* note 3, arts 92-94.
58 Sarah Mahaney et Daniel Watt, « Canada's New Ocean Economy: Charting a Course for Good Governance of Emerging Ocean Resources », Canadian Institute of Resources Law, Occasional Paper #61 (septembre 2017), en ligne : <https://www.cirl.ca/files/cirl/charting-a-course-for-good-governance-of-canadas-emerging-ocean-economy.pdf>.
59 *LRCE*, *supra* note 4, partie 5.
60 *Ibid,* art 2, *zone extracôtière.*
61 *Ibid*, *projet d'énergie renouvelable extracôtière.*
62 *Marine Renewable-energy Act,* SNS 2015, c 37.

régime uniquement fédéral, en partie parce qu'un régime législatif conjoint pourrait assurer une uniformité règlementaire pour l'ensemble des eaux du Canada atlantique[63]. Par exemple, les Lois de mise en œuvre conjointes fédéral-provincial incorporent le cadre opérationnel de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*[64] (**LOPC**) et le modèle de droits fonciers de la *Loi fédérale sur les hydrocarbures*[65] (**LFH**). Par conséquent, la règlementation du pétrole et du gaz extracôtiers pour l'ensemble des zones extracôtières du Canada est plutôt uniforme. Sans efforts concertés des provinces du Canada atlantique pour susciter l'engagement du gouvernement fédéral, le recours à des régimes variés et qui se chevauchent aux niveaux fédéral et provincial dans d'importantes régions comme la baie de Fundy pourrait être la triste réalité.

En l'état actuel, la Commission sera responsable de l'autorisation et de la règlementation des exploitants d'EER en vertu de la LRCE[66]. Le cadre sera familier aux joueurs de l'industrie du pétrole et du gaz extracôtiers, puisqu'il ressemble étroitement au modèle de la LOPC/des Lois de mise en œuvre. Certaines de leurs caractéristiques communes comprennent ce qui suit[67] :

- Les travaux ou les activités dans une zone extracôtière liés à l'EER ou à des LTEE ou tout travail ou toute activité lié à la construction, à l'exploitation ou à l'abandon de toute partie d'une LTEE se trouvant dans une province sont interdits sauf en conformité avec une autorisation.

- La Commission accorde des autorisations pour les travaux liés à l'EER et aux LTEE et dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour joindre des conditions aux autorisations.

- La Commission peut suspendre ou révoquer des autorisations pour des contraventions aux conditions de celles-ci.

- Une responsabilité pour faute illimitée visant les pertes ou les dommages réels causés par les débris provenant de projets d'EER et de LTEE, avec responsabilité absolue (c.-à-d. sans preuve de faute ou de négligence) est imposée aux titulaires d'autorisations pour les pertes ou les dommages réels allant jusqu'à la limite de responsabilité, qui est actuellement établie à 1 milliard de dollars dans la plupart des régions.

- Les demandeurs doivent fournir une preuve de ressources financières et de responsabilité financière au montant établi par la Commission et dans les formes précisées.

Les autorisations pour les projets figurant sur la Liste de projets seront assujettis au processus conjoint d'évaluation/de délivrance de permis applicable aux activités règlementées aux termes de la LRCE et énoncées dans la Loi sur l'EI[68]. Lorsqu'un projet d'EER ou d'LTEE exige une EI en vertu de la Loi sur l'EI, la Commission doit approuver ou rejeter la demande d'autorisation du promoteur uniquement en fonction du rapport produit par le comité d'examen aux termes de la Loi sur l'EI[69]. Les processus d'évaluation et de délivrance de permis sont donc intégrés. Comme il est noté plus haut, ce processus intégré de la Loi sur l'EI s'applique aux comités d'examen pour les activités règlementées en vertu de la LRCE et de la CCSN, mais ne s'applique pas aux examens par des comités d'activités règlementées en vertu des Lois de mise en œuvre.

Bien que la Liste de projets courante soit en cours d'examen et qu'elle puisse faire l'objet de révisions, elle comprend actuellement les projets d'énergie marémotrice en eau vive de 50 MW ou plus ou les autres projets d'énergie marémotrice de 5 MW ou plus[70]. À mesure que les fermes éoliennes flottantes gagneront en viabilité au Canada, il est possible que certaines des activités connexes soient incluses dans la Liste de projets, plus particulièrement pour les

63 Mahaney & Watt, *supra* note 58, à 35-36.
64 *Loi sur les opérations pétrolières au Canada,* LRC 1985, c O-7.
65 *Loi fédérale sur les hydrocarbures,* LRC 1985, c 36 (2e suppl).
66 *LRCE*, *supra* note 4, art 298.
67 *Ibid,* arts 297-298, 301-304.
68 *Loi sur l'EI*, *supra* note 3, arts 47(1), 51(3).
69 *LRCE*, *supra* note 4, art 299.
70 Liste de projets, *supra* note 8, à l'annexe, art 2*b*), (3)*b*).

réseaux de grande envergure.

Si une EI n'est pas déclenchée pour un projet d'EER ou de LTEE, la Commission doit tenir compte de facteurs précis qui sont énumérés dans l'évaluation d'une demande d'autorisation[71].

Tel qu'il a déjà été mentionné, le nouveau régime d'EER de la LRCE est incomplet. Il ne traite pas de l'octroi de droits fonciers/spatiaux et de droits de propriété. On peut supposer que cette composante du régime règlementaire suivra sous la forme de lois distinctes, plutôt que d'ajouts à la LRCE alors que le projet de loi C-69 suivra le processus législatif, ou de modifications une fois la LRCE édictée. À cet égard, Ressources naturelles Canada (**RNCan**) procède actuellement à l'élaboration d'un « cadre de politiques de soutien visant des mesures liées à l'énergie renouvelable de la mer dans le cadre du programme de mesures favorisant l'énergie marine renouvelable »[72] qui a été mis en place en novembre 2011[73]. À titre de ministère fédéral responsable du programme d'énergie marine renouvelable, il est possible qu'on fasse appel à RNCan pour se charger du processus d'octroi de droits fonciers. Par ailleurs, si l'on se fie à l'incorporation du modèle opérationnel de la LOPC dans le régime d'EER de la LRCE, il est probable que le modèle de droits fonciers de la LFH serve de fondement au régime de droits fonciers d'EER fédéral. Comme il a été noté plus haut, la LOPC et la LFH servent toutes deux de fondement aux Lois de mise en œuvre. Toutefois, cet aspect du régime d'EER fédéral demeurait inconnu au moment de la rédaction.

Les nouvelles dispositions sur l'EER de la LRCE facilitent la possibilité de développement économique durable dans le Canada atlantique. À la limite, le développement d'une industrie de l'énergie extracôtière renouvelable dans le Canada atlantique dépendra de bien plus que de la simple mise en place d'un régime règlementaire. Les conditions du marché et les mesures d'incitation joueront sans doute un grand rôle dans la rapidité avec laquelle l'industrie pourrait se développer et le succès qu'elle pourrait connaître. Il n'en demeure pas moins que la création partielle d'un régime règlementaire contribuera grandement à donner aux promoteurs de projets la certitude juridique et procédurale dont ils ont besoin. Toutefois, comme pour la Loi sur l'EI, bon nombre des détails du régime demeurent inconnus, sous la forme d'un règlement qui n'a pas encore été élaboré, et de l'élaboration de lois pour l'octroi de droits fonciers. Étant donné que la Commission disposera d'un important pouvoir discrétionnaire en matière de règlementation en joignant des conditions aux autorisations, les pratiques et les politiques de la Commission seront également importantes. La mesure dans laquelle le Canada atlantique bénéficiera de la règlementation des projets d'énergie renouvelable au large des côtes des provinces atlantiques et participera à l'élaboration de celles-ci demeure une question ouverte.

Conclusion

Le projet de loi C-69 représente un énorme changement législatif, et bon nombre de ses changements auront des conséquences pour les projets énergétiques extracôtiers dans le Canada atlantique. Dans le présent article, nous n'avons formulé des commentaires que sur quelques-uns de ces changements se rapportant aux projets énergétiques extracôtiers, principalement du point de vue selon lequel le temps, les efforts et les coûts des processus d'évaluation au Canada sont devenus problématiques. Cela ne veut pas dire que d'autres objectifs de réforme sont sans importance ou moins importants. Plus particulièrement, les processus d'EE ont posé des défis pour les peuples autochtones du Canada et la réconciliation est et devrait être un objectif central important de réforme. Cependant, les processus d'EI devraient également être adaptés au type d'activité évalué. En ce moment, le processus de la Loi sur l'EI semble inutilement rigide à cet égard. Il n'y a pas non plus d'explication claire pour les incongruités entre l'approche d'examen par un comité de la Commission et de la CCSN, qui comprend des processus d'évaluation et de délivrance de permis intégrés, et l'approche d'office des hydrocarbures extracôtiers, qui ne

71 *LRCE*, *supra* note 4, art 298(3).

72 Ressources naturelles Canada, « Rapport sur les plans et les priorités, 2016-2017 » (2016) à 47, en ligne : <http://www.rncan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/plansperformancereports/rpp/2016-2017/pdf/NRCan_RPP_2016-17-fra.pdf>.

73 Michael Paunescu, Ressources naturelles Canada, « Marine Renewable Energy: Global and Canadian Overview », présentation à l'atelier IEA-RETD (27 septembre 2012), à 11-12, en ligne : <http://iea-retd.org/wp-content/uploads/2012/10/11-Paunescu-Canada1.pdf>.

prévoit pas de tels processus. Peu importe la raison, le fait de limiter l'évaluation des activités extracôtières à un seul mécanisme d'EI sans exception ne semble pas cadrer avec le principe directeur du gouvernement fédéral d'« une évaluation par projet, l'échelle de l'évaluation étant adaptée à la portée et aux impacts potentiels du projet »[74].

En revanche, le nouveau régime d'EER dans la LRCE, bien qu'incomplet, constitue un pas discret vers l'avant pour l'industrie émergente de l'énergie extracôtière renouvelable au Canada. Bien qu'un régime conjoint fédéral-provincial soit préférable à des règlements variés et potentiellement incompatibles, toute certitude règlementaire dans les eaux à l'extérieur du territoire provincial vaut mieux que rien du tout. Il est à espérer que les gouvernements provinciaux du Canada atlantique s'engageront davantage et formeront un front cohésif alors que le gouvernement fédéral s'apprête à achever le régime. ■

74 Document de travail, *supra* note 20, à 7.

NOUVEAU CADRE D'HABILITATION ENVIRONNEMENTALE DU QUÉBEC

*Ludovic Fraser**

La *Loi sur la qualité de l'environnement*[1] (ci-après *LQE*), principale loi encadrant le régime environnemental québécois, n'avait pas été revue en profondeur depuis son adoption en 1972. Ainsi, en juin 2015, le Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques (MDDELCC) déposa son Livre vert afin de moderniser le régime applicable. L'objectif était de « doter le Québec d'un régime plus clair, plus prévisible et plus efficace, et ce, tout en maintenant les plus hautes exigences en matière de protection de l'environnement »[2]. Concrètement, l'innovation législative résidait dans la création de quatre mécanismes d'habilitation environnementale selon quatre niveaux de risque (négligeable, faible, modéré, élevé). Le gouvernement voulait également « améliorer l'accès à l'information, la participation citoyenne et la transparence »[3].

Déjà en juin 2015 nous connaissions les grandes lignes du projet de modernisation. Le 7 juin 2016, le MDDELCC présenta à l'Assemblée nationale le projet de loi n° 102 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin de moderniser le régime d'autorisation environnementale et modifiant d'autres dispositions législatives notamment pour réformer la gouvernance du Fonds vert* (ci-après la *LMLQE*)[4]. Celui-ci fut sanctionné le 23 mars 2017 et entrera en vigueur progressivement à partir du 23 mars 2018 jusqu'à la fin de 2018. La *LMLQE* confirma les volontés exprimées dans le Livre vert, mais laissa beaucoup de questions en suspens considérant les détails devant être précisées par règlements.

Le 14 février 2018, le MDDELCC publia 24 projets de règlement à cet effet. Si la majorité d'entre eux n'ont qu'un but de concordance règlementaire, d'autres modifient substantiellement l'encadrement de certaines activités et concrétisent les mécanismes d'habilitation environnementale. Les deux principaux sont le *Règlement relatif à l'autorisation ministérielle et à la déclaration de conformité en matière environnementale* (ci-après *RAMDCME*)[5] et le *Règlement relatif à l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement de certains projets* (ci-après *REEIE*)[6].

Nous verrons les mécanismes d'habilitations d'activités ayant des impacts sur l'environnement à la lumière des précisions apportées des nouveaux règlements. Nous aborderons également les nouvelles dispositions entourant la publicité de l'information industrielle et environnementale. Pour les besoins du texte et vu l'ampleur des nouveaux règlements nous nous concentrerons uniquement sur les aspects affectant le secteur énergétique. D'ailleurs, depuis l'adoption de la *Loi concernant la mise en œuvre de la Politique*

---

*Ludovic Fraser est un avocat québécois spécialisé en droit règlementaire du secteur de l'énergie, notamment au niveau du trading d'électricité. Il détient un MBA et une maîtrise en droit de l'énergie.

1 *Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ, c Q-2 (*LQE*).

2 Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *Livre Vert - Moderniser le régime d'autorisation environnementale de la loi sur la qualité de l'environnement*, Gatineau, juin 2015, en ligne : <http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/autorisations/modernisation/livreVert.pdf>.

3 *Ibid* à la p13.

4 PL 102, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin de moderniser le régime d'autorisation environnementale et modifiant d'autres dispositions législatives notamment pour réformer la gouvernance du Fonds vert*, 1re sess, 41e parl, 2017.

5 *Règlement relatif à l'autorisation ministérielle et à la déclaration de conformité en matière environnementale*, (2018) GOQ II 480 [*RAMDCME*].

6 *Règlement relatif à l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement de certains projets*, RLRQ, c Q-2, r 23 [*REEIE*].

énergétique 2030[7] en 2016, le droit québécois traite distinctement le régime minier (substances solides) et les hydrocarbures (substances gazeuses et liquides). Nous traiterons tout de même des questions minières considérant leur proximité avec le secteur énergétique. Enfin, notez qu'au moment de la rédaction de cet article, les règlements sont toujours à l'étape de la consultation et donc sujets à changement.

1. Mécanisme d'habilitation selon le niveau de risque

Le principe pivot de la nouvelle *LQE* (ci-après *NLQE*) est établi à l'article 20 stipulant que « Nul ne peut rejeter un contaminant dans l'environnement ou permettre un tel rejet au-delà de la quantité ou de la concentration déterminée conformément à la présente loi »[8]. Cette conformité à la loi est dorénavant classée par niveau de risque. Les nouveaux règlements viennent en préciser les procédures applicables et les informations requises.

Voir tableau 1 ci-dessous.

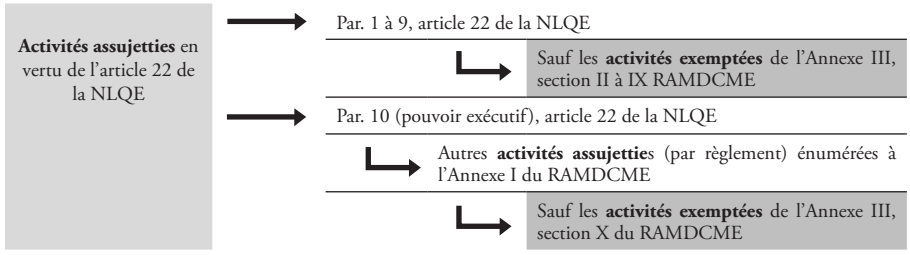
1.1. Risque négligeable

Certaines activités sont exemptées de l'autorisation ministérielle[10] (et à plus forte raison de la *PEEIE*). Ces exemptions se subdivisent en deux catégories selon la source de l'exemption. La *NLQE* liste aux paragraphes 1 à 9 les activités nécessitant une autorisation ministérielle. Le paragraphe 10 de ce même article autorise le gouvernement à assujettir « toute autre activité déterminée par règlement ». L'Annexe I du *RAMDCME* précise ces activités. C'est ainsi que la première catégorie d'exemptions est énumérée aux sections II à IX de l'Annexe III du

Tableau 1 - Nouveau processus d'habilitation par niveau de risque

Risque	Habilitation	Responsabilité	Sources législatives et règlementaires
Négligeable	Exemption	N/A	- *NLQE*, sous-section 3, art. 31.0.11 et s. - *RAMDCME*, Annexe III
Faible	Déclaration de conformité	Initiateur	- *NLQE*, sous-section 2, art. 31.0.6 et s. - *RAMDCME*, partie 3 et Annexe II
Modéré	Autorisation ministérielle	MDDELCC	- *NLQE*, sous-section 2, art. 22 et s. - *RAMDCME*, partie 2 et Annexe I
Élevé	PEEIE[9]	Gouvernement	- *NLQE*, sous-section 4, art. 31.1 et s. - *REEIE*

Tableau 2 - Sources des activités exemptées



7 *Loi concernant la mise en œuvre de la Politique énergétique 2030 et modifiant diverses dispositions législatives*, LQ 2016, c 35, art 207.
8 *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c Q-2, art. 20 (*NLQE*).
9 Procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement.
10 *NLQE, supra* note 8, art 31.0.11.

RAMDCME. La deuxième catégorie, à la section X de cette annexe, exclut donc, par règlement, une partie des activités assujetties ajoutée par l'Annexe I de ce même règlement.

Voir tableau 2 à la page 56.

Peu d'exceptions s'appliquent pour le secteur énergétique concernant la première catégorie, mais nous retrouvons :

- les travaux de récupération et de valorisation d'un halocarbure[11];
- l'entreposage de produits pétroliers neufs[12];
- les travaux d'entretien, de réfection, de réparation ou de démolition des composantes d'un réseau aérien de transport ou de distribution d'électricité (sous certaines conditions)[13].

Quant à la deuxième catégorie, sont exemptées :

- certaines activités minières (jalonnement, levés géophysiques, forage, etc.) lorsqu'elles sont réalisées dans le cadre d'un projet de recherche de substances minérales[14];
- les activités suivantes relativement aux hydrocarbures :

  1° l'installation de conduites de distribution de gaz d'un diamètre nominal standard inférieur à 300 mm conçues pour une pression inférieure à 4 000 kPa;

  2° les levés géophysiques, géologiques ou géochimiques;

  3° la fermeture temporaire ou définitive soumise aux normes prévues à la *Loi sur les hydrocarbures et à ses règlements*[15].

Malgré l'exemption d'une autorisation ministérielle ou gouvernementale préalable, certaines activités (exemptées) requièrent une déclaration au ministre. Cette déclaration contient des renseignent d'identification, description de l'activité et à la localisation[16]. Ce défaut de déclaration peut entrainer une sanction administrative pécuniaire de 500 $ dans le cas d'une personne physique ou de 2 500 $ dans les autres cas[17].

1.2. Risque faible

Les activités à risque faible sont celles « dont les impacts sont mineurs sur l'environnement, mais qui peuvent nécessiter des mesures d'atténuation. »[18] L'initiateur devra « produire une déclaration de conformité dans les 30 jours avant de débuter l'activité […] et attester que sa réalisation sera conforme aux conditions, restrictions et interdictions »[19], notamment que « l'activité n'est pas susceptible de détruire ou de causer tout autre dommage à une espèce faunique menacée ou vulnérable[20], à une espèce floristique menacée ou vulnérable[21] ou à une espèce faunique ou floristique (susceptible d'être menacée) »[22].

Cette déclaration doit contenir les mêmes informations que pour les activités à risques négligeables[23] et doit, dans certains cas, être signée par un professionnel ou toute autre personne compétente dans le domaine[24].

L'Annexe II du *RAMDCME* liste les activités représentant un risque faible ainsi que leurs conditions particulières. On ne trouve aucune activité directement du secteur de l'énergie.

11 *RAMDCME, supra* note 5, art 5, Annexe III.
12 *Ibid*, art 8, Annexe III.
13 *Ibid*, art 11, Annexe III.
14 *Ibid*, art 37, Annexe III.
15 *Ibid*, art 38, Annexe III.
16 *Ibid*, art 86.
17 *Ibid*, art 90.
18 *Supra* note 2, p 37.
19 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.0.6.
20 Visée par le *Règlement sur les espèces fauniques menacées ou vulnérables et leurs habitats*, RRLQ c E-12.01, r 2.
21 *Ibid*, r 3.
22 Visée par la *Liste des espèces floristiques et fauniques susceptibles d'être désignées menacées ou vulnérables,* RRLQ c E-12.01, r 5.
23 *RAMDCME*, *supra* note 5, art 82.
24 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.0.7.

Concernant le secteur minier, les travaux de forage dans le cadre d'un projet de recherche de substances minérales, même exécutés dans des milieux humides et hydriques, sont admissibles à une déclaration de conformité[25] à condition d'envoyer les renseignements de l'article 23 de l'Annexe II et de respecter les conditions énumérées.

1.3. Risque modéré

Les projets présentant des activités de risques modérés doivent obtenir une autorisation ministérielle en passant à travers le processus suivant. Voyons les étapes en terminant par les listes d'activités assujetties.

Voir tableau 3 ci-dessous.

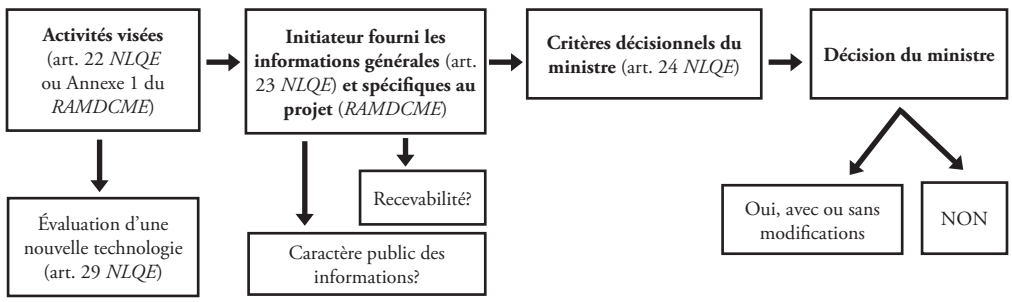
Informations requises

L'initiateur doit tout d'abord fournir les informations exigées par la *NLQE*, soit la description des activités, la nature, la quantité, la concentration et la localisation de tous les contaminants qui sont susceptibles d'être rejetés dans l'environnement[26].

Ensuite, le *RAMDCME*[27] dresse d'autres listes d'informations à fournir lors de la demande. Ces listes se séparent en deux catégories. La première catégorie (se trouvant à l'art. 7) constitue une liste « tronc commun » à toutes les activités assujetties. Les informations requises les plus problématiques sont:

- 5° une liste de toutes les activités du projet nécessitant une autorisation du ministre, une déclaration de conformité ou qui est exemptée;
- 6° une description détaillée du lieu (incluant : les caractéristiques environnementales, l'emplacement de tous types de bâtiment, infrastructures et installations et la présence d'espèces fauniques et floristiques protégées ou menacées);
- 7° un plan d'aménagement intérieur de chacun des bâtiments (incluant les équipements de production les installations de traitement des eaux et des émissions atmosphériques, les aires de chargement et de déchargement, les aires d'entreposage et les points de rejet);
- 8° a) la nature et les modalités de réalisation de l'activité, y compris ses caractéristiques techniques et opérationnelles, pour toutes les phases du projet;
- 12° une description des impacts anticipés de l'activité soumise à une autorisation sur l'environnement, la santé de l'être humain et les autres espèces vivantes ainsi que des mesures d'atténuation proposées;
- 14° les renseignements et les documents relatifs aux émissions de gaz à effet de

Tableau 3



25 *RAMDCME*, *supra* note 5, Annexe II, Section VII.
26 *NLQE*, *supra* note 8, art 23, al 1.
27 *RAMDCME*, *supra* note 5, Partie I, c II.

serre attribuables à l'activité, si applicable (nous reviendrons sur le test climat);

- 17° lorsque le demandeur a requis les services de professionnels ou d'autres personnes compétentes pour la préparation du projet ou de la demande d'autorisation, les noms et les coordonnées de ceux-ci, une brève description de leurs mandats ainsi qu'une déclaration attestant que les renseignements et les documents qu'ils fournissent sont complets et exacts;

Ces éléments sont problématiques soit dans leur mise en application, soit par le flou de la rédaction. Par exemple, le ministre peut-il légitimement, sans entraver le secret professionnel, demander à l'initiateur des renseignements sur les professionnels consultés? Autre exemple, il est difficile de déterminer les animaux présents dans un rayon de 300 m. des lieux considérant que les animaux, contrairement aux végétaux, se déplacent et migrent. Également, quelles sont les installations devant être répertoriées dans le plan d'aménagement et quel est le niveau de détail à fournir? Est-ce que cela inclut même les installations n'ayant aucun impact sur l'environnement? Dans la même optique, quelle est la portée des « impacts anticipés » sur « la santé de l'être humain » (santé physique ou mentale)? Sur le lieu de l'activité ou dans un certain rayon? Nous ignorons encore la mise en application de tels renseignements exigés.

La deuxième catégorie, aux sections II à XXIII, liste les renseignements requis spécifiques à certaines activités.

À noter que si les renseignements demandés ont déjà été fournis par le demandeur de l'autorisation ministérielle dans le cadre de la Procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement il n'est pas tenu de les fournir à nouveau pour que sa demande soit recevable[28].

Le ministre rejettera les demandes ne contenant pas toutes informations demandées[29]. L'initiateur doit également transmettre une copie de la demande à la municipalité concernée[30]. De plus, ces renseignements seront publiés dans le nouveau registre du ministre (nous y reviendrons).

Critères et décision

La *NLQE* fournit une liste ni exhaustive, ni pondérée de critères pour l'octroi de l'autorisation[31]. Nous retrouvons :

- la nature et les modalités de réalisation du projet;
- les caractéristiques du milieu touché;
- la nature, la quantité, la concentration et la localisation de tous les contaminants qui sont susceptibles d'être rejetés dans l'environnement;
- les conclusions de l'évaluation environnementale stratégique (le cas échéant);
- les émissions de gaz à effet de serre attribuables au projet ainsi que les mesures de réduction que celui-ci peut nécessiter (si prévu par règlement, voir plus bas la section sur le Test climat);
- les risques et les impacts anticipés des changements climatiques sur le projet et sur le milieu où il sera réalisé, les mesures d'adaptation que le projet peut nécessiter ainsi que les engagements du Québec en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

En délivrant une autorisation, le ministre peut également prescrire des conditions, restrictions ou interdictions supplémentaires pour la protection de l'environnement s'il juge que celles qui sont applicables sont insuffisantes pour respecter la capacité de support du milieu récepteur ou pour protéger la santé de l'être humain ou les autres espèces vivantes[32]. Ces conditions et restrictions peuvent porter sur les éléments listés à l'article 25 de la *NLQE*, mais de façon générale sur des mesures d'atténuation des impacts de l'activité sur l'environnement.

28 *RAMDCME*, *supra* note 5, art 7, al 2.
29 *NLQE*, *supra* note 8, art 23, al 4.
30 *Ibid*, art 23, al 5.
31 *Ibid*, art 24.
32 *NLQE*, *supra* note 8, art 26.

Enfin, le *RAMDCME* prévoit des procédures de modification[33] et renouvellement[34] d'une autorisation. Une modification d'une autorisation sera requise en cas de changement susceptible d'augmenter l'impact de l'activité sur l'environnement[35]. La procédure consiste essentiellement à expliquer la nature du changements ses impacts sur l'environnement. Toutefois, un promoteur devra également fournir les mises à jour ainsi que les données exactes des renseignements exigés[36]. Dans le cas où le promoteur d'une activité assujettie présente une demande d'autorisation ministérielle, il n'est pas rare que celui-ci ne possède pas les données exactes, par exemple, de sa quantité d'émission de GES et qu'il se base sur des hypothèses et des estimations. Lors de la mise à jour de sa demande, ce promoteur ne pourra plus uniquement fournir ces estimations. Nous posons la question de la responsabilité en cas d'écart marqué entre les données réelles et les estimations préalablement fournies pour l'obtention de l'autorisation ministérielle. À tout le moins, nous présumons que l'autorisation ne sera pas délivrée[37]. Le ministre peut assujettir la nouvelle activité à de nouvelles conditions et restrictions[38].

Activités visées

Tel que mentionné précédemment, l'article 22 de la *NLQE* dresse une première liste d'activités à risques modérés nécessitant une autorisation ministérielle. Nous retrouvons :

> 1° l'exploitation d'un établissement industriel;
>
> 2° tout prélèvement d'eau, incluant les travaux et ouvrages que nécessite un tel prélèvement;
>
> 3° l'établissement, la modification ou l'extension de toute installation de gestion ou de traitement des eaux ainsi que l'installation et l'exploitation de tout autre appareil ou équipement destiné à traiter les eaux, notamment pour prévenir, diminuer ou faire cesser le rejet de contaminants dans l'environnement ou dans un réseau d'égout ;
>
> 4° tous travaux, toutes constructions ou toutes autres interventions dans des milieux humides et hydriques;
>
> 5° la gestion de matières dangereuses;
>
> 6° l'installation et l'exploitation d'un appareil ou d'un équipement destiné à prévenir, à diminuer ou à faire cesser le rejet de contaminants dans l'atmosphère;
>
> 7° l'établissement et l'exploitation d'une installation d'élimination de matières résiduelles;
>
> 8° l'établissement et l'exploitation d'une installation de valorisation de matières résiduelles, incluant toute activité de stockage et de traitement de telles matières aux fins de leur valorisation;
>
> 9° toute construction sur un terrain qui a été utilisé comme lieu d'élimination de matières résiduelles et qui est désaffecté ou tout travaux visant à changer l'utilisation d'un tel terrain;
>
> 10° toute autre activité déterminée par règlement du gouvernement.

De plus, si le projet comportant une autre activité susceptible d'entraîner un rejet de contaminants dans l'environnement ou une modification de la qualité de l'environnement dont, les activités suivantes requièrent également l'autorisation :

> 1° la construction d'un établissement industriel;
>
> 2° l'exploitation d'un établissement industriel autre que ceux visés au paragraphe 1° du premier alinéa;
>
> 3° l'utilisation d'un procédé industriel;
>
> 4° l'augmentation de la production d'un bien ou d'un service.

Tel que mentionné précédemment, le

33 *RAMDCME*, *supra* note 5, art 68 et 69.
34 *Ibid*, c IV.
35 *NLQE*, *supra* note 8, art 30.
36 *RAMDCME*, *supra* note 5, art 68, al 1, para 6-7.
37 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.0.3.
38 *Ibid*, art 30, al 2.

paragraphe 10 de l'article 22 de la *NLQE* autorise le ministre à ajouter des activités. Nous en retrouvons plus de 31 supplémentaires à l'Annexe I du *RAMDCME*. Parmi ceux touchant indirectement le secteur de l'énergie nous retrouvons le prélèvement de l'eau[39], les carrières et sablières[40], la construction ou la modification d'infrastructures routières[41], les travaux d'aménagement d'un fossé, d'un drain ou d'un égout[42], les sols contaminés (incluant les lieux d'enfouissement et de stockage et le traitement)[43] et les appareils de combustion[44].

Les activités touchant directement le secteur de l'énergie sont les suivantes.

Activités minières

En vertu du *RAMDCME*, toutes activités minières requièrent une autorisation ministérielle[45]. De plus, le promoteur devra fournir les informations supplémentaires listées à la section XI[46].

Hydrocarbures

> 1° les travaux de sondage stratigraphique;
>
> 2° les travaux de forage et la réentrée de puits;
>
> 3° les travaux de complétion de puits;
>
> 4° les travaux de fracturation;
>
> 5° les essais d'extraction d'hydrocarbures et d'utilisation d'un réservoir souterrain;
>
> 6° les travaux de reconditionnement de puits;
>
> 7° la construction ou l'utilisation d'un pipeline;
>
> 8° toute autre activité liée à l'exploitation des hydrocarbures[47].

Les renseignements particuliers sont ceux de l'article 40 du *RAMDCME*, notamment les programmes techniques applicables à chacune des phases du projet, les caractéristiques initiales du site et des sols, des programmes de détection et de production des sols, mais surtout un avis de consultation publique exigée.

Transformation du pétrole et du charbon

> 1° d'une raffinerie de pétrole;
>
> 2° d'une usine de fabrication et de transformation de produits pétrochimique;
>
> 3° d'une usine de fabrication et de transformation de gaz industriels;
>
> 4° d'une usine de transformation de pétrole;
>
> 5° d'une usine de fabrication et de transformation de charbon[48].

Transport, transformation et stockage d'énergie électrique

Tout projet impliquant :

> 1° la construction, la relocalisation et l'exploitation d'un poste de manoeuvre ou de transformation ainsi que d'un système de stockage d'énergie électrique de tension supérieure à 120 kV;
>
> 2° la construction et la relocalisation de lignes de transport et de répartition d'énergie électrique de tension supérieure à 120 kV ainsi que d'autres lignes d'un voltage plus élevé dont la longueur est supérieure à 2 km[49].

Production d'énergie électrique

Tout projet impliquant la construction,

39 *RAMDCME*, *supra* note 5, Annexe I, Section I.
40 *Ibid*, Section III.
41 *Ibid*, Section XVIII.
42 *Ibid*, Section XXI.
43 *Ibid*, Section XXVII.
44 *Ibid*, Section XXXI.
45 *Ibid*, Section II.
46 *Ibid*, Section XI.
47 *Ibid*, art 6.
48 *Ibid*, art 10.
49 *Ibid*, art 21.

l'exploitation et l'augmentation de la puissance :

> 1° d'un parc éolien ou d'une éolienne d'une puissance égale ou supérieure à 100 kW;
>
> 2° d'une installation d'énergie solaire d'une puissance nominale égale ou supérieure à 10 kW;
>
> 3° d'une centrale fonctionnant aux combustibles fossiles;
>
> 4° d'une centrale hydroélectrique.

En excluant, le remplacement ou la modification d'équipements techniques afférents à une telle centrale qui n'entraîne aucune modification dans le mode de gestion[50].

Test climat

Le *RAMDCME* ajoute l'exigence d'obtenir une autorisation ministérielle pour toute personne prévoyait exercer notamment les activités suivantes :

> 4° l'établissement d'une mine dont la capacité maximale journalière d'extraction est égale ou supérieure à 2 000 tonnes métriques de minerai;
>
> 5° la construction d'une usine de traitement de minerai dont la capacité maximale journalière de traitement est égale ou supérieure à 2 000 tonnes métriques de minerai;
>
> 6° un équipement, un procédé ou une installation utilisé dans le cadre de l'exploration des hydrocarbures;
>
> 10° un équipement ou un procédé servant à la production d'hydrogène à partir du gaz naturel ou d'autres combustibles fossiles;
>
> 11° un équipement utilisé pour le traitement du gaz naturel;
>
> 14° les activités de production et de traitement du biogaz lorsque la capacité maximale journalière totale des équipements est égale ou supérieure à 30 000 m3 de CH4[51].

L'initiateur du projet visé par le Test climat doit fournir informations de l'article 64 du *RAMDCME* comprenant notamment un rapport de quantification des GES, une description des mesures de réduction des GES ainsi qu'une « démonstration que la réduction des émissions de gaz à effet de serre a été considérée et optimisée dans le choix de la variante retenue »[52].

Évidemment, « les émissions de gaz à effet de serre attribuables à un projet ainsi que les mesures de réduction que celui-ci peut nécessiter sont prises en considération dans le cadre de l'analyse d'une demande [d'autorisation ministérielle] »[53].

Commentaires

D'abord, le terme « rapport de quantification » nous laisse à penser que le ministère requiert les données exactes non seulement une modélisation. Ensuite, la « prise en considération » n'inclut pas nécessairement d'aller jusqu'à annuler un projet uniquement sur la base de l'émission des GES. De plus, même s'il doit avoir un rapport « pour chacune des phases », soit « toutes les étapes liées à un projet, notamment l'aménagement, la construction, l'exploitation, la fermeture et la postfermeture »[54], cela ne tient pas compte des émissions des GES découlant de l'activité des tiers (la consommation du gaz rendue possible par la construction d'un gazoduc). Également, les émetteurs de 25 000 tonnes métriques annuelles de GES sont déjà assujettis à des exigences similaires en vertu du *Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère*[55]. Enfin, nous nous questionnons sur la pertinence d'assujettir également les producteurs d'énergies renouvelables (propres) à ce test climat. Pourquoi ne sont-ils pas exonérés?

1.4. Risque élevé

La procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement est réservée pour les projets comportant des « activités complexes ou de

50 *Ibid*, art 22.
51 *Ibid*, Annexe IV.
52 *Ibid*, art 64, 7 para 14.
53 *Ibid*, art 63, al 3. Voir également art 24, al 5.
54 *Ibid*, art 3.
55 *Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère*, RRLQ Q-2, r 15.

grande envergure entraînant des préoccupations sociales et des impacts environnementaux importants et qui, par conséquent, requièrent la mise en œuvre de mesures d'atténuation »[56] et dont l'acceptabilité dépend (en partie) d'un processus public. Ainsi, aucun initiateur ne peut entreprendre les activités prévues au *REEIE* sans suivre la procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement et obtenir une autorisation du gouvernement[57]. La nouvelle procédure prévoit une protection accrue de l'environnement (notamment par le nombre d'activités assujettis) et une plus grande transparence du processus (par un accès à l'information et la plus grande participation du public).

Contrairement aux activités impliquant des niveaux de risques moindres, c'est la *NLQE* (et non un règlement) qui détermine grandement la procédure d'habilitation. Le *REEIE* fournit quelques détails procéduraux sur l'évaluation, mais son plus grand apport est la liste des activités visées par la procédure.

Les activités concernant directement l'énergie sont :

2. Barrage et digue;

7. Installation de regazéification ou de liquéfaction de gaz naturel ou de biométhane;

- Le seuil d'assujettissement projet de construction d'une installation de liquéfaction de gaz naturel est de 100 m3 de gaz naturel liquéfié comme capacité maximale journalière[58].

8. Oléoduc et gazoduc;

- Sont assujettis les constructions d'une longueur égale ou supérieure à 2km, sauf si c'est dans une emprise existante servant aux mêmes fins et d'une construction de moins de 300 mm de diamètre et d'une pression inférieure à 4 000kPa .

9. Transport d'énergie électrique et poste de transformation;

- Sont exclues les lignes de transport d'énergie se situant dans l'emprise d'une route (ou chemin de fer) ou contiguë à l'un de ceux-ci[60].

10. Production d'énergie électrique;

- Ne sont pas assujettis les panneaux solaires installés sur le toit d'infrastructures existantes[61].

12. Exploration et exploitation d'hydrocarbures[62];

13. Traitement de pétrole, de gaz et de charbon[63];

37. Émissions de certains gaz à effet de serre[64;]

Établissement générant l'émission de 100 000 tonnes métriques de gaz à effet de serre en équivalent de CO_2 ou plus par année[65].

De plus, le gouvernement peut exceptionnellement assujettir à la PEEIE des activités non listées, dans les cas où :

1° il est d'avis que les enjeux environnementaux que peut susciter le projet sont majeurs et que les préoccupations du public le justifient;

2° le projet implique une technologie nouvelle ou un nouveau type d'activités au Québec pour lesquels il est d'avis que les impacts appréhendés sur l'environnement sont majeurs;

3° il est d'avis que le projet comporte des enjeux majeurs en matière de changements climatiques[66].

Voir tableau 4 à la page 64.

56 *Supra* note 2, à la p 29.
57 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.1.
58 *REEIE*, *supra* note 6, Annexe 1, art 7(1).
59 *Ibid*, art 8.
60 *Ibid*, art 9.
61 *Ibid*, art 10.
62 *Ibid*, art 12.
63 *Ibid*, art 13.
64 *Ibid*, art 2.
65 *Ibid*, art 37.
66 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.1.1.

Tableau 4 - Procédure d'évaluation et d'examen des impacts sur l'environnement

Activités visées

↓

Dépôt d'un avis par l'initiateur au ministre et à la municipalité concernée[67] décrivant la nature du projet et contenant les informations du REEIE[68]

↓

Dans les 30 jours de la réception de l'avis[69], le ministre donne ses **directives** sur la préparation de l'étude d'impact[70]

↓

Dans les 15 jours suivants la réception des directives, l'initiateur doit **publier un avis** annonçant le début de la période de consultation durant laquelle toute personne peut envoyer ses observations et enjeux que l'étude devrait aborder[71].

↓

Dans les 30 jours, toute personne peut faire part au ministre de ses **observations sur les enjeux** que l'étude d'impact devrait aborder[72].

↓

Ministre transmets et publie sur le registre la liste des ob1servations et enjeux soulevés dont la pertinence justifie de leur prise en compte dans l'étude d'impact[73]

↓

Étude d'impact sur l'environnement

↓

Dépôt de l'étude d'impact et publication au Registre

↓

Le ministre n'est pas **satisfait des réponses** fournies. Il retourne alors ses questions[74] à l'initiateur avec délai un de 15 jours pour présenter ses observations[75].

↓

Le ministre juge non recevable l'étude d'impact et met fin au processus[78].

Les réponses sont **jugées acceptables**, le ministre transmet une **demande de suggestion au BAPE** et l'initiateur doit (sous réserve)[76] tenir une **période d'information publique** de 30 jours[77].

↓

Dans les 20 jours, le BAPE soumet la suggestion au ministre[79] :

Audience publique	Consultation ciblée	Médiation
(dans un délai de 4 mois)[80]	(dans un délai de 3 mois)[81]	(dans un délai de 2 mois)[82]. En cas d'échec le BAPE peut renvoyer à l'audience publique ou à la consultation publique.[83]

↓

Au terme de chacun des mandats, le BAPE fait rapport au ministre qui transmet sa recommandation au gouvernement pour une décision[84]. L'autorisation peut être assortie de modification et aux conditions, restrictions ou interdictions[85].

67 *Ibid*, art 31.2.
68 *REEIE*, *supra* note 6, art 3.
69 *Ibid*, art 4. Le délai peut être de 45 jours dans certains cas.
70 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.3.
71 *Ibid*, art 31.3.1.
72 *REEIE*, *supra* note 6, art 8.
73 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.3.1, al 2; *REEIE*, *supra* note 6, art 8.
74 *Ibid*, art 31.3.3.
75 *Ibid*, art 31.3.4, al 3.
76 S'il apparait évident qu'une audience publique aura lieu, la période d'information publique sera évitée. *Ibid*, art 31.3.5, al 6.
77 *Ibid*, art 31.3.5; *REEIE*, *supra* note 6, art 10-14.
78 *Ibid*, art 31.3.4.
79 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.3.5, al 5; *REEIE*, *supra* note 6, art 15.
80 *REEIE*, *supra* note 6, art 17, al 1, para 1.
81 *Ibid*, art 17, al 1, para 2.

Commentaires

Ajout intéressant dans le processus d'autorisation, lorsque les décisions concernent les hydrocarbures, le gouvernement doit prendre connaissance de la décision de la Régie de l'énergie[86]. L'article ne mentionne toutefois pas dans quelle mesure la décision du gouvernement doit être cohérente avec celle de la Régie de l'énergie.

De plus, le gouvernement peut pour des « motifs d'intérêt public » soustraire un projet de l'étude d'impact[87], sans toutefois que soit définie la notion d'intérêt public.

Quant à lui, le ministre peut soustraire à une consultation publique des renseignements ou données concernant des procédés industriels, la sécurité de l'État ou la localisation d'espèces menacées ou vulnérables[88]. Le terme « procédés industriels » n'est pas définit et on ne retrouve pas non plus les critères pour soustraire de tels renseignements.

Enfin, l'environnement étant une compétence partagée[89], d'autres autorités peuvent avoir juridiction sur les projets assujettis à la LQE. Le ministre pourra s'entendre avec ces autres autorités afin de coordonner les procédures d'évaluation environnementale[90].

1. Droit d'accès à l'information industrielle et environnementale

Le ministre tient un registre concernant les déclarations de conformité, les autorisations ministérielles[91] et les projets nécessitant une PEEIE[92]. Cela inclut chacune des demandes (délivrance, modification, renouvellement, etc.) effectuées ainsi que tous les documents produits à leur soutient[93]. Tous ces documents seront accessibles au public[94], et ce, avec diligence par le ministre[95]. Par ailleurs, rappelons que les renseignements relatifs aux sanctions administratives[96] et aux déclarations de culpabilité[97] sont enregistrés et accessibles au public[98] (comme c'était le cas dans l'ancien régime). L'objectif derrière l'instauration et la publication d'un tel registre est de permettre au public d'avoir en main toutes les informations pertinentes afin de déterminer les enjeux d'un projet et de s'y faire une opinion, notamment dans le cadre de consultation publique et d'études d'impact[99].

Toutefois, ne seront pas publiés les renseignements qui sont susceptibles notamment[100] d'entraver une enquête[101], de porter atteinte à la sécurité de l'État[102] ou s'ils portent sur une méthode ou une arme susceptible d'être utilisée pour commettre un crime ou une infraction à une loi[103]. De plus, lors de sa demande d'autorisation ministérielle, l'initiateur du projet peut identifier les renseignements qu'il considère être un secret industriel ou commercial confidentiel. Il devra toutefois justifier ses prétentions[104]. Le ministre aura toute la discrétion pour trancher cette demande. L'initiateur a donc le fardeau d'identifier, mais surtout de justifier la nature de

82 *Ibid*, art 17, al 1, para 3.
83 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.3.6.
84 *Ibid*, arts 31.0.3, 31.3.7.
85 *Ibid*, art 31.5.
86 *Ibid*, art 31.5.
87 *Ibid*, art 31.7.4.
88 *Ibid*, art 31.8.
89 Gérald A Beaudoin, *La constitution du Canada : Institutions, Partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, à la p 359.
90 *NLQE*, *supra* note 8, art 31.8.1.
91 Voir notamment *NLQE*, *supra* note 8, arts 23, 23.1; *RAMDCME*, *supra* note 5, art 6.
92 *REEIE*, *supra* note 6, Section VI.
93 *NLQE*, *supra* note 8, arts 118.5-118.6
94 *Ibid*, art 118.5-118.5.3; *RAMDCME*, *supra* note 5, art 8.
95 *NLQE*, *supra* note 8, art 118.5.3.
96 *Ibid*, art 118.5.1.
97 *Ibid*, art 118.5.2.
98 *Ibid*, art 118.5.3.
99 Voir notamment les art. 31.3.1 et 31.3.2 de la *NLQE*, *supra* note 8, concernant les études d'impacts.
100 *NLQE*, *supra* note 8, art 118.5.3.
101 *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c A-2.1, art 27.
102 *Ibid*, art 28.1.
103 *Ibid*, art 29.
104 *NLQE*, *supra* note 8, art 23.1; *RAMDCME*, *supra* note 5, art. 6. L'article 31.9 de la *NLQE* est similaire pour les consultations publiques.

chacun de ces renseignements. Or, la nouvelle mouture de la LQE et de ses règlements ne fournissent pas de définition ou de critères. Pourtant la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[105] fournit de tels critères[106]. Le gouvernement n'a pas voulu s'y référer.

Conclusion

Les nouveaux règlements n'ont pas rendu le cadre règlementaire plus « clair et efficace » tel que promis par le gouvernement. L'ancien régime ne prévoyait que deux mécanismes et s'évaluait par projet. Or, la nouvelle conformité environnementale est établie pour chaque activité d'un projet alourdissant grandement la règlementation et les démarches pour l'initiateur. Celui-ci devra dorénavant:

1. décomposer chacune des activités de l'ensemble du projet, soit de l'aménagement jusqu'à la phase de post-fermeture;

2. lister toutes les activités pouvant rejeter tout « contaminant dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité de l'environnement, aux écosystèmes, aux espèces vivantes ou aux biens »[107];

3. classer ces activités par niveau de risque[108];

4. suivre la procédure d'habilitation applicable.

Cette approche « par activité » nécessite une multiplication des règlements. Beaucoup d'activités incontournables par l'industrie énergétique sont visées par ces mécanismes d'habilitation, notamment les enjeux entourant la protection des sources d'eau et des milieux humides qui sont amplement couverts par le nouveau cadre (soit via des changements législatifs[109], le *RAMDCME*[110] et le *REEIE*[111]). L'initiateur d'un projet devra également regarder le nouvel encadrement règlementaire des « établissements industriels »[112]. Enfin, des changements significatifs à la procédure d'évaluation des impacts sur l'environnement impliquent des changements législatifs[113] et règlementaires[114] concernant les pouvoirs du BAPE et ses règles d'audience. Ces ajouts devront sans nul doute être analysés en détail par l'initiateur d'un projet. ■

105 *Supra* note 101.
106 *Ibid*, arts 23-24.
107 *NLQE*, *supra* note 8, art 20.
108 *RAMDCME*, *supra* note 5, art 7, para 5.
109 Soit par la *NLQE* (notamment à son art 46) et d'autres lois.
110 Prélèvement des eaux, leur gestion ou traitement, *RAMDCME*, *supra* note 5, section III, IV; *NLQE*, *supra* note 8, art 22.
111 Notamment les travaux dans les milieux humides et hydriques et le détournement ou dérivation d'une rivière ou d'un lac, *REEIE*, *supra* note 6, Partie II, arts 1-2.
112 *NLQE*, *supra* note 8, art 22, al 1, al 2, para 2 & section III; *RAMDCME*, *supra* note 5, Section II.
113 Voir notamment *NLQE*, *supra* note 8, c II.1.
114 Québec, *Règles de procédure du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement*.

LA RÈGLEMENTATION EFFICACE DES SERVICES PUBLICS : UNE CAUSE RASSEMBLEUSE POUR UNE AMÉRIQUE DIVISÉE

*Scott Hempling**

Les États-Unis comptent 50 états souverains, cinq territoires habités et 3,8 millions de milles carrés, de même que 320 millions de personnes et une myriade de différences politiques. Pourtant, d'un bout à l'autre de cette terre de diversité et de discorde, du Maine au Nouveau-Mexique, de Washington à la Floride, on a à cœur les principes et les pratiques de la règlementation des services publics. Pourquoi? Voici neuf réponses possibles; chacune de ces réponses pouvant servir de leçon aux dirigeants de la nation.

1. Nous n'érigeons pas de murs. L'une des plus grandes réalisations du XXe siècle en matière d'ingénierie est l'électrification de l'Amérique. La mise en place du réseau électrique a fait de l'Amérique un grand pays. L'interconnexion a permis l'intégration de sources d'énergie de différents marchés. Aujourd'hui, le maintien de cette intégration électrique repose sur l'intégration institutionnelle : des organisations de transmission régionales, composées d'entités ouvertes d'esprit; des services publics propriétés de l'État ou d'investisseurs; des producteurs, transmetteurs et négociants indépendants; des sources traditionnelles ou renouvelables; des sources centralisées ou dispersées; des consommateurs industriels, commerciaux et résidentiels. Voilà qui est rassembleur!

En abattant des murs, les chargés de la règlementation valorisent l'union dans la diversité. Cette diversité favorise l'efficience économique à court terme (en remplaçant l'électricité à coût élevé par celle à faible coût), des économies de coûts à long terme (en rendant disponible la capacité de pointe en hiver aux charges de pointe en été), la qualité de l'air (en remplaçant les sources de pollution élevée par des sources de faible pollution) et un soutien mutuel (puisque les équipes des régions où il fait beau aident à rétablir le service dans des régions dévastées par des tempêtes). La diversité soutient un objectif commun : une infrastructure fiable, peu polluante en faveur d'une économie nationale. Rien de tout cela ne peut avoir lieu sans la règlementation, à savoir des principes et des pratiques qui harmonisent intérêt personnel et intérêt public. Dans le domaine de la règlementation, nous n'érigeons pas de murs. Nous établissons des liens, puisque la réussite ne provient pas de l'isolement artificiel, mais bien de la prestation commune.

2. Nous n'encouragerons pas la

* Scott Hempling, à titre d'avocat et de témoin expert, conseille des organismes de réglementation et des instances législatives de partout en Amérique du Nord. Par ailleurs, il participe fréquemment en tant que conférencier à des colloques à l›échelle internationale. Hempling est professeur auxiliaire au Centre de droit de l'Université de Georgetown où il enseigne des cours sur le droit des services publics et les litiges en matière de réglementation. Son livre, *Regulating Public Utility Performance: The Law of Market Structure, Pricing and Jurisdiction*, dont des extraits ont été tirés pour le présent article, a été publié en 2013 par la American Bar Association. Il est également l'auteur d'un ouvrage rassemblant des essais sur l'art de la réglementation, *Preside or Lead? The Attributes and Actions of Effective Regulators*. Hempling est titulaire d'un baccalauréat (avec distinction) de l'Université Yale en 1) science économique et science politique et 2) musique, et J.D. (avec grande distinction) du Centre de droit de l'Université Georgetown. Pour de plus renseignements : www.scotthemplinglaw.com.

discrimination. Depuis l'entrée en vigueur de la *Interstate Commerce Act of 1887*[1], toutes les lois de nature réglementaire interdisent la discrimination. Immigrant ou originaire des États-Unis, juif, chrétien, musulman, hindou, athée ou libre penseur; rouge, mauve ou bleu : quels que soient sa race, son ethnicité, son âge ou son orientation sexuelle, chaque client reçoit le même service en fonction des mêmes modalités. Les principes de base de la microéconomie nous expliquent pourquoi on interdit la discrimination : pour les acteurs économiquement puissants, la discrimination est tentante puisqu'elle est profitable, ce qui fait que le profit engrangé par l'auteur de la discrimination provient non pas du mérite, mais de l'exploitation. Voilà donc pourquoi nous bannissons la discrimination. La règlementation tient toutefois compte des différences. Ainsi, les structures tarifaires varient selon la charge, la forme et l'emplacement géographique, puisque différents clients types correspondent à différents coûts et entraînent différents avantages. Donc, la règlementation est comme la constitution américaine : elle interdit la discrimination dans la recherche de profits économiques, tout comme la constitution interdit la discrimination dans la recherche d'un profit politique.

3. Nous rendons nos déclarations de revenus publiques. On entend par tarification fondée sur les coûts l'établissement des tarifs en fonction du coût. Les taxes représentent un coût. Si les services publics visent à récupérer leurs coûts moyennant leurs tarifs, ils doivent déclarer leurs impôts. La divulgation des revenus permet d'exposer les excédents de bénéfices, les activités commerciales conflictuelles et les risques financiers indus. Elle permet par ailleurs de révéler des faits qui aident le public à amener les services publics à répondre de leurs actes.

4. Nous ne diffusons pas de faits alternatifs. Avec des milliards de dollars en jeu et de profits à engranger, les responsables du domaine de la règlementation ont la possibilité de se prêter à l'exagération, aux belles promesses, au leurre et à la tromperie. Cela se produit autant dans le domaine de la règlementation que dans celui de la politique. Cependant, une règlementation efficace responsabilise les personnes qui veulent cacher la vérité et les négateurs. Les témoins doivent prêter serment, les contre-interrogateurs sont formés pour exposer les distorsions, et les décisions réglementaires émergent sous forme d'arrêts signés avec des explications transparentes pouvant donner lieu à des examens en appel. Si chacun fait ce qu'il a à faire, les « faits alternatifs » auront courte vie, et ceux qui les répètent ou les partagent sur Twitter ne feront pas long feu. (Ce « si » est important : les témoins doivent être des témoins experts, non des publicitaires de panneaux d'affichage; les contre-interrogateurs doivent aller droit au but, et non tergiverser; les éditorialistes mandatés doivent citer des faits incontestables plutôt que de reprendre les affirmations chancelantes du demandeur; les cours de révision doivent dénoncer un raisonnement flasque plutôt que de se cacher derrière une « réserve judiciaire »).

5. Nous respectons les sciences. Enquêtes, faits, nouvelles enquêtes, nouveaux faits et ainsi de suite. Tout ce que nous savons au sujet de la production de l'électricité, du pompage d'eau, de la transmission de données, des molécules de gaz, des pipelines, des lignes de transmission, c'est la science qui nous l'a appris. On pense que les services publics, c'est comme de la magie. Mais ce n'est pas le cas. Servez-vous du grille-pain, et 500 milles plus loin une centrale électrique évacue de la fumée. Les services publics ne sont pas magiques - c'est de la science. Tout comme les changements climatiques ne sont pas un canular - cela relève de la science. Lorsque 320 millions de vies dépendent des services publics, les chargés de règlementation ne peuvent tout simplement pas rejeter la science.

6. Nous règlons nos comptes et nous investissons dans l'avenir. Des chargés de règlementation responsables ne demandent pas : « À quel point puis-je abaisser les tarifs pour assurer le renouvellement de mon mandat? »; ils demandent : « Quelle somme avons-nous besoin pour renforcer notre réseau? ». Aux yeux des chargés de règlementation responsables, les législateurs qui réduisent les impôts tout en laissant les enfants sous-scolarisés et en négligeant la réfection des ponts constituent un genre lointain au sein du règne animal de la formulation de politiques. Les chargés de la règlementation lucides parlent de « besoin en revenus », et non pas de « coûts en intérêt » tout comme les législateurs lucides parlent de

[1] *Interstate Commerce Act of 1887,* Pub L N° 49-104, 24 Stat 379.

« responsabilité fiscale » plutôt que de « fardeau fiscal ». (Voir George Lakoff, *Don't Think of an Elephant: Know Your Values and Frame the Debate* [2004])

7. Nous ne profitons pas de l'appareil gouvernemental pour accroître les profits familiaux. Grâce à des règles de longue date universellement acceptées, les chargés de la règlementation n'investissent pas dans des entreprises qui sont touchées par leurs décisions officielles. Ni leurs enfants. Aucune exception n'est tolérée.

8. Nous n'en faisons pas une affaire personnelle. J'ai connu, travaillé auprès et témoigné devant des centaines de chargés de la règlementation. De grands égos, de grandes ambitions et sensibilités, comme tout être humain normal. Cependant, je n'ai jamais rencontré un chargé de la règlementation qui confondait son poste avec qui il est. Aucun chargé de règlementation ne déclare à un organe législatif « Ne modifiez pas ma loi » ou à un tribunal « N'annulez pas ma décision », ou bien à un journaliste « Ne sous-estimez pas mon influence ». Aucun chargé de règlementation ne déclare à un témoin « Ne me dites pas ce que je ne veux pas entendre ». Il n'existe aucune entité de règlementation qui affirme que « *L'État, c'est moi* ». Cette distinction entre le poste qu'une personne occupe et cette dernière, et entre l'institution et l'ambition, fait ainsi place à la confiance et au respect. Des centaines de décideurs ont une incidence sur des milliards de dollars. Pourtant la communauté des chargés de règlementation est singulièrement exempte de commérages, de dénigrement, de fuites et de récriminations. Nous tenons en grande estime notre professionnalisme. C'est pourquoi nous agissons en professionnels.

9. Nous savons que nos décisions ne sont pas « les meilleures ». La règlementation comporte des failles et n'est pas exempte d'erreurs. Demandez aux habitants de la Caroline du Sud au sujet de la centrale nucléaire Summer, à ceux de la Georgie au sujet de la centrale nucléaire Vogtle, à ceux de Long Island au sujet la centrale nucléaire Shoreham. Demandez aux Mississippiens au sujet de la centrale de gazéification Kemper et aux Californiens au sujet des explosions du gazoduc San Bruno. Demandez aux utilisateurs d'Internet qui sont maintenant victimes de discrimination en raison de l'abrogation par la FCC (Commission fédérale des communications aux États-Unis) de la neutralité du Net; aux écoliers dont la vitesse de téléversement est moins rapide que celle de la Corée du Sud. Demandez à l'Association nationale pour la promotion des gens de couleur, dont leurs travaux révolutionnaires liés aux enfants asthmatiques ont forcé le pays à repenser à l'emplacement de nos centrales nucléaires[2].

Les grands organes de règlementation ne disent pas qu'ils sont « les meilleurs »; ils évitent d'utiliser des adjectifs et des adverbes et se basent plutôt sur des faits et la logique. Ils assument leurs décisions et admettent leurs erreurs. S'ils veulent que la nation demeure unie, s'ils veulent que les États-Unis demeurent un grand pays, ils n'ont pas le choix. ■

2 National Association for the Advancement of Colored People, communiqué, "Fumes Across the Fence-Line, A New Study by NAACP, Clean Air Task Force, and National Medical Association" (14 novembre 2017), en ligne: <http://www.naacp.org/>.

LA CEO PUBLIE SON RAPPORT FINAL SUR LES FRAIS DE FIXATIONS FILAIRES AUX POTEAUX

*David Stevens**

Le 22 mars 2018, la Commission de l'énergie de l'Ontario (« CEO ») a publié son Rapport final sur les frais de fixations filaires aux poteaux d'électricité[1] (le « Rapport final ») établissant le montant que les entreprises de télécommunications devront payer pour fixer des systèmes filaires aux poteaux d'électricité. Dans son Rapport final, la CEO a fixé le prix à 43,63 $ par poteau, par entreprise, par année dans l'ensemble de la province. Ce prix mis à jour s'appliquera à tous les distributeurs d'électricité qui ne disposent pas en ce moment d'un tarif de fixation filaire aux poteaux d'électricité approuvé par la CEO pour un service public particulier[2], ce qui toucherait environ 10% des poteaux de transmission d'électricité de la province, puisqu'il y a actuellement des frais pour les fixations filaires de services publics particuliers aux poteaux approuvés par la CEO pour Hydro One (41,28 $), Toronto Hydro (42,00 $), Hydro Ottawa (53,00 $) et InnPower (38,82 $), qui, ensemble, possèdent environ 90% des poteaux d'électricité en Ontario[3]. Les décisions de la CEO ne s'appliquent qu'aux fixations filaires aux poteaux d'alimentation en électricité. Les fixations sans fil aux poteaux d'électricité continuent d'être assujetties à la tarification en fonction du marché, tel qu'il est décrit ci-dessous.

Contexte

Les frais de fixation aux poteaux sont imposés afin que les « entreprises » canadiennes (comme les définit la *Loi sur les télécommunications*[4]) qui fixent leurs systèmes aux poteaux d'électricité puissent assumer une part appropriée du coût d'achat, d'installation et d'entretien des poteaux. Les sommes perçues par les distributeurs d'électricité (pour les fixations filaires et sans fil aux poteaux) sont créditées en tout ou en partie aux contribuables des services publics qui ont payé pour l'installation et l'entretien des poteaux d'électricité à même leurs frais de distribution.

Les frais de fixation aux poteaux à exiger des entreprises pour les fixations aux poteaux avaient été approuvés antérieurement par la CEO dans le cadre d'une procédure générique en 2005 (l'affaire « ACTC »)[5]. Dans cette affaire, la CEO avait décidé que tous les distributeurs d'électricité autorisés devaient donner à toutes les entreprises (y compris les câblodistributeurs) l'accès à leurs poteaux d'électricité. La CEO avait également décidé que le même tarif de fixation aux poteaux devait être appliqué à tous les distributeurs et à toutes les entreprises. La méthode à utiliser pour calculer le « tarif de fixation aux poteaux » approprié a fait l'objet d'un important débat. La CEO a décidé que le tarif devait tenir compte des coûts « supplémentaires et directs » de la fixation, ainsi que d'une partie des coûts fixes et communs pour chaque poteau d'électricité. Tout compte fait, la CEO a ordonné que le

*David Stevens est un partenaire chez Aird & Berlis LLP et est rédacteur et collaborateur pour EnergyInsider.ca.

1 Commission de l'énergie de l'Ontario, *Wireline Pole Attachment Charges*, EB-2015-0304, (Toronto: CEO, 22 mars 2018) (« Rapport final »).

2 Commission de l'énergie de l'Ontario, Document d'information, « La Commission de l'énergie de l'Ontario met à jour les frais de raccordement aux poteaux d'alimentation en électricité dans l'ensemble de la province », 22 mars 2018.

3 Rapport final, *supra* note 1 à la p 4.

4 *Loi sur les télécommunications,* LC 1993, c 38.

5 *Application pursuant to section 74 of the Ontario Energy Board Act, 1998 by the Canadian Cable Television Association (CCTA) for an Order or Orders to amend the licenses of electricity distributors*, RP-2003-0249

tarif annuel soit de 22,35 $ par poteau[6], ce qui devait être inclus comme condition à la licence de tout distributeur d'électricité.

Au cours des dernières années, nombre d'instances de la CEO sur les tarifs ont eu trait aux tarifs des fixations filaires aux poteaux d'électricité (dont les demandes de révision des tarifs de Toronto Hydro[7], d'Hydro One[8] et d'Hydro Ottawa[9]).

Dans les cas de Toronto Hydro et d'Hydro One, les entreprises ont fait valoir que la CEO n'avait pas compétence pour établir les tarifs de fixation aux poteaux en vertu des dispositions de tarification de la *Loi sur la CEO* (article 78)[10]. Les entreprises ont soutenu qu'il ne s'agissait pas d'une question de tarification de l'électricité. La CEO a décidé dans le cas de Toronto Hydro qu'elle n'avait pas compétence en vertu de l'article 78 parce que les frais de fixation aux poteaux étaient des frais accessoires à la distribution d'électricité, les poteaux constituant un élément d'infrastructure essentiel dont il est tenu compte dans l'établissement des tarifs[11].

Les récentes demandes de révision des tarifs ont établi les montants pour les frais pertinents de fixations filaires aux poteaux pour les services publics demandeurs en fonction des preuves présentées dans chaque cas. La décision (ou le règlement) a été rendue au moyen de la méthode de calcul des tarifs de fixations filaires qui a été adoptée en 2005 dans l'affaire ACTC. Ces procédures n'ont pas tranché la question à savoir si la méthode généralement applicable pour déterminer les tarifs de fixations filaires aux poteaux devait être mise à jour.

L'« examen approfondi des politiques » de la CEO

En novembre 2015, la CEO a entamé un processus générique afin de définir l'approche à adopter pour fixer les tarifs futurs de fixations filaires aux poteaux[12]. D'après la CEO, son examen des tarifs de fixations aux poteaux prévoyait tenir compte de la méthode à utiliser pour déterminer les tarifs, y compris le traitement approprié des revenus que les entreprises peuvent percevoir auprès de tierces parties pour permettre la fixation de câbles supplémentaires à des câbles existants (appelée « chevauchement »). Un commentaire de cas antérieurement publié dans la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*[13] traitait du processus qu'a lancé la CEO pour procéder à l'examen de ces tarifs, avec l'aide d'un groupe de travail formé d'intervenants (le « Groupe de travail sur les fixations aux poteaux » ou « GTFP ») et un expert consultant.

Au cours du processus d'examen de la CEO, le GTFP s'est réuni quatre fois et a fait appel à un expert (Nordicity Group Ltd.) pour fournir un rapport résumant la situation actuelle des fixations aux poteaux en Ontario et recommander le cadre méthodologique approprié pour établir les tarifs de fixations filaires aux poteaux. Le rapport de Nordicity, intitulé « OEB Wireline Pole Attachment Rates and Policy Framework »[14] (le « Rapport Nordicity »), a été publié le 18 décembre 2017 en concomitance avec un rapport provisoire de la CEO sur les politiques concernant les frais de fixations filaires aux poteaux exigés par les distributeurs d'électricité.

Le Rapport Nordicity traitait de décisions règlementaires pertinentes, des données sur les fixations aux poteaux et des résultats des réunions du Groupe de travail. On y recommandait un cadre méthodologique approprié pour établir les tarifs de fixations filaires aux poteaux au moyen des données de 2005 à 2015 afin d'obtenir un nouveau tarif de fixation filaire aux poteaux recommandé pour l'ensemble de la province. Nordicity a recommandé un tarif

6 *Decision and Order* (2005), RP-2003-0249 (CEO).
7 *Toronto Hydro-Electric System Limited Application for electricity distribution rates for the period from May 1, 2015 to December 31, 2019* (2015), EB-2014-0116 (CEO) [EB-2014-0116].
8 *Hydro One Networks Inc. Application for electricity distribution rates for 2015 to 2019* (2015), EB-2013-0416/EB-2014-0247 (CEO).
9 *Hydro Ottawa Limited Application for electricity distribution rates for the period from January 1, 2016 to December 31, 2020* (2015), EB-2015-0004 (CEO).
10 *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario de 1998*, LO 1998, c 15, annexe B, art 78.
11 EB-2014-0116, *supra* note 7.
12 *Review of Miscellaneous Rates and Charges* (2015), EB-2015-0304 (CEO).
13 David Stevens, « Frais d'utilisation des poteaux de service – la CEO entreprend un examen approfondi » (2016) 4:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie.
14 Nordicity, *OEB Wireline Pole Attachment Rates and Policy Framework* (14 décembre 2017) (le « Rapport Nordicity »).

pour l'ensemble de la province (sauf dans les circonstances où un tarif sera déterminé en fonction des coûts propres à un service public) parce qu'il n'a pas été possible de déterminer de façon précise le coût par poteau selon les différents emplacements géographiques et parce que l'examen des données n'a pas fait ressortir d'importantes différences systémiques au niveau des coûts[15]. En utilisant une méthode de répartition équitable des coûts indirects relatifs aux poteaux, Nordicity a calculé un tarif de fixation aux poteaux à l'échelle de la province de 42,19 $ par entreprise[16].

Le Rapport provisoire de la CEO sur un cadre pour les tarifs de fixations filaires aux poteaux[17] (le « Rapport provisoire ») concorde avec la majeure partie du Rapport Nordicity, mais a apporté certains ajustements pour en arriver à un tarif provincial de fixations filaires aux poteaux. Entre autres choses, la CEO a utilisé six ans de données historiques (jugées mieux correspondre aux coûts actuels que les données de 2005 à 2015 de Nordicity) et a ajouté un ajustement inflationniste pour actualiser les coûts des dollars de 2015 aux dollars de 2018. En résultat, la CEO est arrivée à un tarif annuel de 52,00 $ par entreprise, par poteau (arrondi de 52,37 $), qui comprend l'inflation à 2018[18]. Dans son Rapport provisoire, la CEO a indiqué que cet ensemble de données et de renseignements représente plus de 90% de la « population de poteaux » dans la province et est considéré comme l'un des ensembles de données sur les fixations aux poteaux les plus complets jamais recueillis[19].

Après une période de commentaires, la CEO a publié le Rapport final le 22 mars 2018. Le Rapport final résume le processus entrepris et adopte, en grande partie, les conclusions et les recommandations issues du Rapport provisoire et du Rapport Nordicity réalisés antérieurement.

La CEO a déterminé qu'il était dans l'intérêt public d'établir un tarif de fixation filaire aux poteaux de 43,63 $ à la grandeur de la province[20]. Le tarif est calculé en fonction d'une répartition des « coûts communs » assumés par les distributeurs d'électricité et les entreprises procédant à des fixations filaires pour les poteaux d'électricité. Le nouveau tarif de fixation filaire aux poteaux de la CEO (43,63 $) est inférieur au tarif de 52,00 $ recommandé dans le Rapport provisoire de la CEO – cette réduction résulte de la décision de la CEO d'éliminer les « coûts de gestion de la végétation » du tarif de fixation aux poteaux[21].

Mise en œuvre du Rapport final de la CEO

Le nouveau tarif de fixation filaire aux poteaux s'appliquera à tous les distributeurs autorisés qui n'ont pas reçu d'approbation de la CEO pour un tarif de fixation aux poteaux par un distributeur particulier (c'est-à-dire tous les distributeurs sauf les quatre nommés plus haut)[22]. Le nouveau tarif sera mis en application en deux étapes. De septembre à décembre 2018, le tarif augmentera à 28,09 $ (pour tenir compte de l'inflation depuis 2005). Puis, le 1er janvier 2019, le nouveau tarif de 43,63 $ s'appliquera. Le tarif de fixation filaire aux poteaux sera ajusté annuellement en fonction du facteur d'inflation de la CEO commençant le 1er janvier 2020.

À leur prochaine demande de révision des tarifs en fonction du coût des services, les distributeurs auront l'option d'adopter le tarif de fixation filaire aux poteaux alors en vigueur ou de demander un tarif pour un service public particulier, fondé sur leurs propres coûts.

Le Rapport final de la CEO enjoint les distributeurs qui mettent en application le nouveau tarif de fixation filaire aux poteaux de consigner les revenus différentiels dans un nouveau compte d'écarts lié aux frais de fixation aux poteaux. Le solde dans le nouveau compte sera remboursé aux contribuables dans la prochaine demande de révision des tarifs en fonction du coût des services. La CEO donnera

15 *Ibid* à la p 73.
16 *Ibid* à la p 70.
17 *Draft Report of the Board Framework for Determining Wireline Pole Attachment Charges* (2017), EB-2015-0304 (CEO).
18 *Ibid* à la p 32.
19 *Ibid* à la p 10.
20 Rapport final, *supra* note 1 à la p 4.
21 *Ibid* aux pp 42-43.
22 *Ibid* à la p 51.

des directives concernant l'établissement du compte différentiel[23].

À la deuxième étape, le Rapport final de la CEO promet « une consultation de suivi sur les politiques à un moment à déterminer ». Dans le cadre de ce prochain examen, la CEO indique qu'elle « envisagera de passer d'une approche axée sur les coûts pour établir le tarif de fixation aux poteaux à une approche axée sur la valeur, qui correspond davantage à un marché concurrentiel et à l'approche de la CEO pour les fixations de services sans fil »[24].

Tarifs de fixations sans fil aux poteaux

Le Rapport final de la CEO ne s'applique qu'aux fixations filaires aux poteaux d'électricité. Il ne traite pas des fixations d'appareils de communication sans fil aux poteaux d'électricité.

Jusqu'à tout récemment, la CEO établissait les tarifs pour les fixations filaires et sans fil. Dans l'affaire « CANDAS », en 2011[25], la Canadian Distributed Antenna Systems Coalition (« CANDAS ») a demandé à la CEO de confirmer que la décision de l'ACTC s'appliquait pareillement aux fixations « sans fil » qu'aux fixations « filaires ». À l'époque, des distributeurs avaient adopté la position à savoir qu'il n'était pas nécessaire d'accorder l'accès aux poteaux pour les fixations « sans fil ». Dans sa décision sur une motion préliminaire dans l'affaire CANDAS, la CEO a confirmé que les conclusions dans la décision de l'ACTC, y compris le tarif de fixation aux poteaux et l'exigence connexe pour que les distributeurs en donnent l'accès, s'appliquaient aux fixations filaires et sans fil[26].

Par la suite, Toronto Hydro a présenté une demande à la CEO pour que cette dernière s'abstienne de règlementer les modalités, les conditions et les tarifs pour les fixations sans fil[27], ce qui permettrait à Toronto Hydro d'exiger des taux compétitifs. Un accord de règlement a été conclu et approuvé par la CEO, en vertu duquel il a été permis à Toronto Hydro d'accorder l'accès pour les fixations sans fil à ses poteaux sous des conditions commerciales normalement retrouvées dans un marché concurrentiel[28]. Toronto Hydro a accepté de créditer le revenu net des fixations sans fil sur son besoin en revenus.

À la suite de la décision Toronto Hydro, la CEO a lancé une consultation pour déterminer s'il devait être permis à tous les distributeurs règlementés de facturer des taux du marché pour la fixation d'appareils de télécommunication sans fil aux poteaux de lignes de transmission[29]. Les réponses reçues au cours de ce processus favorisaient de façon générale la facturation de taux du marché. Le 30 juillet 2015, la CEO a publié une lettre indiquant qu'elle avait décidé de permettre aux distributeurs de facturer des taux du marché pour les fixations sans fil aux poteaux[30]. Par la suite, la CEO a modifié les licences de distribution d'électricité pour chaque distributeur de façon à leur permettre de facturer des taux du marché aux entreprises et aux câblodistributeurs pour les fixations sans fil aux poteaux[31], ce qui signifie que ces taux ne seront pas règlementés par la CEO.

Bien que les frais à facturer pour les fixations sans fil aux poteaux ne soient pas règlementés, cela ne signifie pas que les distributeurs pourront conserver les revenus afférents pour leurs actionnaires. Ces revenus devront plutôt être crédités comme compensation au besoin en revenus du distributeur. Il n'est pas clair si la Commission adoptera la suggestion faite dans le cadre de la consultation à savoir qu'un distributeur soit autorisé à conserver une portion des revenus de fixations sans fil aux poteaux, à titre de mesure d'incitation pour maximiser les montants perçus au bénéfice des contribuables.

---

23 *Ibid* à la p 52.
24 *Ibid* à la p 5.
25 *Application by Canadian Distributed Antenna Systems Coalition for certain orders under the Ontario Energy Board Act, 1998* (2012), EB-2011-0120 (CEO).
26 *Decision on Preliminary Issue and Order* (2012), EB-2011-0120 (CEO).
27 *Application by Toronto Hydro-Electric System Limited for an order pursuant to section 29 of the Ontario Energy Board Act,1998* (2014), EB-2013-0234 (CEO).
28 *Settlement Proposal* (2014), EB-2013-0234 (CEO).
29 *Re Wireless Attachment Consultation* (2014), EB-2014-0365 (CEO).
30 *Ibid.*
31 *Amending Rate-Regulated Electricity Distributor Licences to Authorize Market Rates for Wireless Pole Attachments* (2016), EB-2016-0115 (CEO).

Répercussions

Dans l'immédiat, le Rapport final de la CEO n'aura pas de répercussions importantes. Certains distributeurs feront la transition au nouveau tarif (plus élevé) pour les fixations filaires aux poteaux d'électricité au cours des deux prochaines années. Toutefois, comme il a été mentionné, les frais actuellement facturés pour les fixations filaires à la majorité (90%) des poteaux d'électricité en Ontario ont été approuvés dans des procédures tarifaires concernant des distributeurs. Dans les années à venir, ces tarifs particuliers devront être établis de nouveau à mesure que les distributeurs concernés recalculeront/rétabliront leurs tarifs. Le temps venu, ces distributeurs pourront décider d'adopter les tarifs applicables à ce moment à l'échelle de la province ou de faire approuver des tarifs particuliers en fonction de la répartition de leurs propres coûts en utilisant la méthode décrite dans le Rapport final. Par conséquent, au fil du temps, on peut s'attendre à ce que tous les distributeurs factureront des frais de fixations filaires aux poteaux à tout le moins aussi élevés que le niveau indiqué dans le Rapport final, ce qui bénéficiera aux contribuables du réseau d'électricité.

Reste à voir si les organismes de règlementation dans d'autres provinces du Canada adopteront ou non l'approche de la CEO. Lorsque Nordicity a examiné la règlementation sur les fixations aux poteaux il y a plusieurs années, il y avait peu d'uniformité au niveau de la surveillance et des tarifs approuvés pour les fixations filaires aux poteaux dans d'autres provinces[32]. Toutefois, il était clair que tout tarif approuvé par un organisme de règlementation dans d'autres provinces était beaucoup plus bas que le montant approuvé par la CEO dans le Rapport final (43,63 $ par poteau, par entreprise, par année). Si les organismes de règlementation dans d'autres provinces adoptaient une approche similaire à celle établie dans le Rapport final, les entreprises devraient se résigner à payer un montant bien plus élevé. ■

32 Nordicity, *Pole Attachment Regulation, Canada, U.S., U.K. and Other Jurisdictions* (mars 2014) à la p 8-13.

A GUIDE TO ENERGY MARKET MANIPULATION

Édité par Gordon E. Kaiser

*Compte rendu de A. Neil Campbell**

Malgré son titre, *The Guide to Energy Market Manipulation*[1] (le guide sur la manipulation du marché de l'énergie) n'est pas un guide pratique pour les entrepreneurs dans le commerce de l'énergie! Plutôt, comme le note Joseph Kelliher dans l'avant-propos, il s'agit de la toute première enquête du genre sur la loi en évolution relativement à la manipulation du marché entre les différentes nations et les secteurs de l'énergie qui combine des contributions de la part d'experts reconnus dans chaque domaine[2]. L'éditeur et la force motrice derrière le livre est Gordon Kaiser, ancien vice-président de la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) et coprésident de longue date du Forum canadien annuel sur le droit de l'énergie. Le livre a été publié avec des valeurs de production élevées par Law Business Research.

Législation et jurisprudence

La partie centrale du livre consiste en huit chapitres qui expliquent les cadres règlementaires et la jurisprudence applicables aux marchés de l'énergie au États-Unis, au Canada, dans l'Union européenne et en Australie.

Aux États-Unis, les portées juridictionnelles qui se chevauchent entre la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) et la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) sont décrites en détail dans les chapitres par Robert Fleishman et Paul Varnado et par Anthony Mansfield, respectivement[3]. De façon utile, Fleischman et Varnado vont au-delà du cadre juridique et cernent différentes questions non résolues concernant d'importantes normes juridiques ainsi que des aspects controversés des pratiques de la FERC. La contribution de Mansfield est moins particulière aux marchés de l'énergie, reflétant le vaste éventail de marchés de produits de base assujettis au contrôle de la CFTC. Toutefois, elle offre aux joueurs dans le marché de l'énergie et à leurs conseillers juridiques, ainsi qu'aux organismes de règlementation de l'énergie, de précieuses perspectives comparatives d'autres marchés de produits de base.

Les marchés européens de l'énergie et les régimes de règlementation afférents seront moins familiers aux auditoires nord-américains. Le chapitre par Peter Willis contient un exposé détaillé du Règlement concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie de l'Union européenne (RITME)[4] ainsi que les activités d'application de diverses autorités nationales de règlementation et le rôle coordonnateur de l'Agence de coopération des

---

* Dr. A. Neil Campbell est un partenaire des groupes du droit de la concurrence, du commerce et de l'énergie chez McMillan LLP à Toronto. Il a été président du Comité de surveillance du marché de la Commission de l'énergie de l'Ontario entre 2007 et 2012 [*Energy Market Manipulation*].

1 Gordon E. Kaiser (éd.), *The Guide to Energy Market Manipulation* (London : Global Competition Review, Law Business Research, 2018).

2 Joseph T Kelliher, « avant-propos » dans *Energy Market Manipulation*, à 12.

3 Robert S Fleishman et Paul C Varnado, « Perspectives on FERC's Enforcement Programme as it relates to Energy Market Manipulation », ch. 2; Anthony M Mansfield, « Commodity Futures Trading Commission Enforcement », ch. 3, dans *Energy Market Manipulation*.

4 Commission européenne, Règlement 1227/2011, 28 décembre 2011.

5 Peter Willis, « REMIT Energy Market Manipulation », ch. 6, dans *Energy Market Manipulation*.

régulateurs de l'énergie (ACER)[5]. Il comprend des résumés utiles de cas importants découlant de l'application de la loi européenne sur la concurrence et du RITME. Un rapport afférent par James Jameson et Nenad Njegovan de la Competition and Market Authority (CMA) du Royaume-Uni, qui décrit les résultats de l'enquête sur le marché de l'énergie de la CMA réalisée en 2014, ne se retrouve probablement pas au bon endroit dans la partie un du livre puisqu'il ne traite pas du cadre règlementaire. Toutefois, il s'agit d'une contribution particulièrement intéressante qui explique « tant pour le pouvoir du marché de gros que les contrats sur différence (CFD), comment se produit la manipulation, comment nous pouvons l'évaluer et quelles sont nos conclusions[6] ».

Les marchés de l'Ontario et de l'Alberta ont généré relativement peu de cas jusqu'ici, mais les cadres juridiques distinctifs applicables sont bien décrits dans ce volume. Le survol de l'Alberta tire pleinement profit de l'expérience récente des coauteurs à titre de conseillers juridiques pour le Market Surveillance Administrator (MSA) dans l'affaire TransAlta[7] pour faire le point sur des questions particulières soulevées dans les cadre des procédures dont a été saisie l'Alberta Utilities Commission (AUC)[8]. Bien que les questions de procédure soient examinées de façon efficace, une moins grande attention est portée aux importantes questions du pouvoir de marché et de la règlementation du marché découlant du « régime de concurrence juste, efficiente et ouverte » (RCJEO) de l'Alberta[9]. La discussion du régime règlementaire de l'Ontario apportée par Glenn Zacher retrace le développement historique des responsabilités d'application de la division de la conformité de la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (SIERE) et du Comité de surveillance du marché (CSM) de la CEO, y compris la « règle de conduite générale », récemment élaborée et non encore mise à l'essai, qui présente d'importantes différences pour les modèles de la FERC et du RCJEO[10]. Un chapitre parallèle par George Vegh reprend quelque peu les mêmes idées, mais en mettant un accent tout particulier sur les questions de conception institutionnelle et des processus d'enquête qu'il considère comme préoccupantes[11]. Fait intéressant, le professeur en droit administratif canadien David Mullan dresse un portrait beaucoup plus favorable des régimes de règlementation de l'Ontario et de l'Alberta dans son chapitre traitant des principes du droit administratif[12].

La contribution australienne par Peter Adams et des collègues de l'Australian Energy Regulator est particulièrement intéressante parce qu'elle comprend un exposé sur la fonction de surveillance dans les marchés de l'énergie[13]. On y tient également compte des défis que pose l'interface « entre la surveillance des produits dérivés de l'énergie dans les marchés financiers et les produits physiques dans les marchés de l'énergie[14] ». Il s'agit bien sûr d'une des questions centrales dans les cas de manipulation du marché de l'énergie. Les commerçants prennent des décisions liées aux incitations économiques générales dans les marchés physiques et financiers, et les autorités d'application doivent avoir une portée juridictionnelle et des pouvoirs d'enquête efficaces pour s'occuper de tels agissements de façon intégrée.

Pratiques d'application

La deuxième partie du livre contient des contributions plutôt variées sur des sujets se rapportant plus ou moins aux pratiques d'application. Les chapitres sur la pratique et les procédures devant la FERC et découlant du RITME dans l'UE[15] reprennent en quelque sorte

6 James Jameson et Nenad Njegovan, « Testing Energy Market Manipulation in Great Britain », ch. 7, dans *Energy Market Manipulation*, à 80.

7 *Re Market Surveillance Administrator Allegations Against TransAlta Corporation et al*, décisions de l'Alberta Utilities Commission 3110D012015, phase 1 (27 juillet 2015).

8 Randall W Block, John D Blair et Laura M. Poppel, « Energy Market Manipulation in Alberta », ch. 5, dans *Energy Market Manipulation*.

9 *The Electric Utilities Act,* SA 2003, *ch.* E-5.1, art. 6, impose à tous les joueurs dans le marché une obligation d'appuyer l'exploitation du marché de l'électricité de l'Alberta selon le régime de concurrence juste, efficiente et ouverte. Cette obligation est étoffée dans le Fair, Efficient and Open Competition Regulation (règlement sur la concurrence juste, efficiente et ouverte), Alta Reg 159/2009 (FEOC Regulation).

10 Glenn Zacker, « Compliance and Enforcement in the Ontario Electricity Sector », ch. 3, dans *Energy Market Manipulation.*

11 George Vegh, « Investigating Energy Market Activity in Ontario », ch. 4, dans *Energy Market Manipulation.*

12 David J. Mullan, « Administrative Law Principles », ch. 13, dans *Energy Market Manipulation.*

13 Peter Adams, Kate Murphy et Jeremy Llewellyn, « Australia », ch. 8, dans *Energy Market Manipulation.*

14 *Ibid* à 95.

15 David A Applebaum, Todd L Brecher et J Porter Wisman, « FERC Practice and Procedure », ch. 9; Mark J Mills, « Energy Market Manipulation in the EU: Practice and Procedure », ch. 10, dans *Energy Market Manipulation.*

les chapitres de survol de la FERC et du RITME. Toutefois, ils abordent plus en profondeur les questions de procédure et présentent des points pratiques utiles pour les conseillers juridiques travaillant sur de tels cas.

Les chapitres sur les sanctions et les actions privées présentent des comparaisons multijuridictionnelles systématiques de ces deux domaines. JP Mousseau de l'AUC fait un tour d'horizon concis et facile à assimiler des cadres d'imposition de sanctions et de règlement applicables aux États-Unis (pour la FERC mais non la CFTC), en Alberta, en Ontario et en Australie[16]. Toutefois, une analyse des résultats réels de sanctions et de règlements dans ces territoires de compétence aurait été utile. Le chapitre sur les actions privées adopte cette approche avec de brefs résumés de cas survenus aux ÉtatsUnis, dans l'Union européenne et au Canada[17].

Preuves d'experts

La partie qui clôt le livre comprend deux très intéressants chapitres sur les preuves d'experts. Philip Tunley met en contraste l'approche réceptive de l'AUC aux preuves économiques et techniques d'experts dans le cas TransAlta et la tendance des tribunaux canadiens d'appliquer une sélection plus rigoureuse relativement à l'admissibilité des preuves d'experts[18] (bien qu'elle puise sembler inoffensive pour les conseillers juridiques familiers avec la contestation « Daubert » aux États-Unis)[19]. Un chapitre sur l'analyse économique par Brian Rivard, Chris Russo et des collègues de l'ARC est moins axé sur le territoire de compétence et offre de très intéressants (bien que brefs) tours d'horizon des types de théories de manipulation qui ont été abordées aux ÉtatsUnis, en Europe et au Canada ainsi que des aboutissements de ces cas[20].

Conclusion

L'une des forces du livre se retrouve dans la participation d'un bon nombre de spécialistes qualifiés au sein du groupe d'auteurs, ce qui donne une plus grande crédibilité et un certain équilibre au volume. Contrairement à certains livres de référence multijuridictionnels, l'éditeur n'a pas prescrit de modèle à suivre pour les auteurs, ce qui permet aux auteurs de chapitres de se concentrer sur les domaines qu'ils considèrent les plus intéressants et importants, mais qui donne lieu à des oublis dans les sujets couverts (p. ex. les contributions sur le droit administratif et les preuves d'experts se limitent au droit canadien) et qui rend l'analyse comparative plus compliquée.

Mousseau traite brièvement de l'importance des programmes de conformité comme mécanisme pour atténuer de possibles sanctions, plus particulièrement en vertu des lignes directrices sur l'imposition de sanctions de la FERC où une réduction allant jusqu'à 60% peut s'appliquer[21]. Les programmes de conformité sont en quelque sorte une stratégie de prévention essentielle, et si une deuxième édition de ce livre est préparée dans l'avenir, un chapitre sur la conception et la mise en œuvre de programmes de conformité en matière de commerce de produits énergétiques par un spécialiste maison des questions juridiques ou de la conformité s'avèrerait des plus utile[22].

Kaiser souligne, en toute modestie dans son exposé introductif, que « ce livre est en quelque sorte une première tentative d'enquêter sur une forme nouvelle et complexe de règlementation qui s'applique à l'une des plus importantes industries au monde[23] ». Le livre atteint cet objectif et sera une ressource indispensable pour les organismes de règlementation et les conseillers juridiques dans le domaine – non parce qu'il apporte des réponses définitives à toutes les questions dans ce domaine complexe, mais parce qu'il offre des points de référence détaillés qui faciliteront l'exécution d'analyses intérieures et comparatives efficaces lorsque des questions se présenteront. ■

---

16 JP Mousseau, « Fines, Sanctions and Settlements », ch. 11, dans *Energy Market Manipulation.*

17 Randall Hofley, Justine Johnston et Joseph J Bial, « Private Actions in the United States, Canada and Europe », ch. 12, dans *Energy Market Manipulation*.

18 M Philip Tunley, « The Use of Expert Evidence », ch. 14, dans *Energy Market Manipulation.*

19 *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc,* 509 US 579.

20 Robin Cohen, David Hunger, Brian Rivard et Christopher Russo, « Economic Evidence of Market Power and Market Manipulation in Energy Markets », ch. 15, dans *Energy Market Manipulation.*

21 Mousseau, *supra* note 16 à 130; *Revised Policy Statement on Penalty Guidelines*, 132 FERC ¶ 61,216 (17 septembre 2010).

22 Les lignes directrices de la FERC à ce sujet sont un bon point de départ : FERC, « Staff White Paper on Effective Energy Trading Compliance Practices » (novembre 2016), en ligne : <https://www.ferc.gov/legal/staff-reports/2016/tradecompliancewhitepaper.pdf>.

23 Gordon E. Kaiser, « Energy Market Manipulation: A New Regulatory Regime », dans *Energy Market Manipulation*, à 10.