# PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 10, NUMÉRO 1 2022

## DIRECTEURS DE RÉDACTION

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

**M. Gordon E. Kaiser**, BA, MA, JD, Arbitre et Avocat-conseil, Energy Arbitration LLP, Toronto, Calgary

## SUPPORTERS

**L'honorable David M. Brown**, BA, JD, LLM, Juge, Court d'appel de l'Ontario

**M. Scott Hempling**, BA, JD, Professeur adjoint, Georgetown University Law Center, Juge de droit administratif, Federal Energy Regulatory Commission

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

**M. William Lahey**, BA, LLM, Professeur, Schulich School of Law, Dalhousie University

**M. Peter Ostergaard**, BA, MA, ancien Président, BC Utilities Commission, Vancouver

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

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

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

**M. C. Kemm Yates, c.r.**, BA, JD, Arbitre et Avocat-conseil, Western Arbitration Chambers, Calgary

## COLLABORATEURS 2022

**M. Kenneth A. Barry**, ancien Conseiller en chef de l'énergie, Reynolds Metals Co., Richmond, VA, ancien Avocat-conseil, Réglementation de l'énergie, Hunton Andrews Kurth, Washington, DC

**M. David J. Mullan**, LLM, Professeur émérite, Faculté de droit, Queen's University

**M. Robert Warren**, BA, BA, LLB, ancien Associé, WeirFoulds LLP, Toronto

**M. Daniel Watt**, BA, LLB, Associé, McInnes Cooper, Halifax

**Mme. Lucia Westin**, BA, BCL, LLB, Avocate, McInners Cooper

## 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 réglementées du secteur énergétique au Canada, notamment des décisions de tribunaux de réglementation, des actions législatives et politiques associées, ainsi que des initiatives et des mesures adoptées par des sociétés réglementées et des intervenants. Le rôle de cette publication est de fournir des analyses et le contexte qui vont au-delà des développements quotidiens. 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 réglementées. D'autres auteurs sont invités, de temps à autre, à soumettre des contributions par les rédacteurs en chef.*

## POLITIQUE RÉDACTIONNELLE

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

*Les directeurs de la rédaction travailleront avec l'ACG pour déterminer des thèmes et des sujets pour chaque publication, rédigeront des textes éditoriaux, sélectionneront des collaborateurs et réviseront leurs articles pour s'assurer de l'uniformité du style et de la qualité. Les directeurs de la rédaction se réservent la responsabilité de sélectionner les directeurs de rédaction.*

*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 directeurs de la rédaction à écrire des articles sur des thèmes particuliers ou peuvent proposer leur collaboration selon leur propre initiative. De temps à autre, d'autres personnes peuvent également être invitées à rédiger des articles.*

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

*Outre la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, des commentaires ou des hyperliens vers des développements actuels peuvent être publiés sur le site Web de temps à autre, en particulier en temps opportun.*

*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 (www.energyregulationquarterly.ca).*

# PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

**ÉDITORIAL**

Éditorial ..... 5

*Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser*

**CHRONIQUES RÉGULIÈRE**

Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la règlementation de l'énergie en 2021 ..... 7

*David J. Mullan*

**ARTICLES**

La réglementation des énergies renouvelables extracôtières en vertu de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* : Démarche exhaustive et rationnelle pour le développement de l'ERE dans le Canada atlantique..... 23

*Daniel Watt et Lucia Westin*

La gouvernance des organismes de réglementation – Une étude de cas complémentaire de la Commission de l'énergie de l'Ontario..... 55

*Robert B. Warren*

**RECENSIONS**

Analyse de *Unsettled* de Steven Koonin..... 72

*Kenneth A. Barry*

Analyse de Saul Griffith intitulé *Electrify: An Optimist's Playbook for Our Clean Energy Future*..... 80

*Kenneth A. Barry*

# ÉDITORIAL

Directeurs de rédaction

*Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser*

---

**L**'examen annuel du professeur David Mullan intitulé « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la règlementation de l'énergie » est attendu avec impatience par le milieu de la réglementation de l'énergie. Ce premier numéro du dixième volume de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* débute par son examen de l'évolution dans ce domaine en 2021.

Cet examen comprend une analyse détaillée d'une décision importante de la Cour d'appel de l'Alberta, et le professeur Mullan conclut que cette décision « aura presque certainement des répercussions sur la façon dont l'Alberta Utilities Commission […] traite les questions touchant les droits, les revendications et les intérêts des peuples autochtones dans le cadre de sa compétence concernant la question de l'intérêt public ».

L'examen du professeur Mullan porte également sur deux « questions persistantes » découlant de la décision de 2019 de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vavilov c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*[1]: premièrement, la norme de contrôle que les cours d'appel devraient utiliser dans leur examen de contrôle judiciaire ou des jugements en appel et, deuxièmement, « la compétence (ou une approximation très proche de cette notion) est-elle encore prometteuse à l'ère vavilovienne du contrôle judiciaire? »

Son examen se termine par un commentaire découlant d'une instance récente devant l'Alberta Utilities Commission au sujet d'une demande présentée par la direction de l'application de la loi de la Commission à propos des « obligations des secteurs réglementés envers ceux qui sont chargés de les réglementer ».

Au milieu de la controverse entourant l'adoption du projet de loi C-69, peu d'attention a été accordée à l'établissement, dans le cadre de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*[2], d'un cadre réglementaire fédéral pour le développement de l'énergie renouvelable extracôtière (ERE). Déjà en 1973, Gérard V. La Forest (qui est devenu plus tard juge à la Cour suprême du Canada) écrivait qu'une « démarche exhaustive et rationnelle pour le développement » du secteur de l'exploitation minière au Canada atlantique nécessitait une participation législative fédérale efficace. Il aura fallu plus de 35 ans pour qu'une telle participation se concrétise, sous la forme d'un régime de réglementation visant la délivrance de permis pour les projets d'ERE et les lignes de transport d'électricité extracôtières, administré par la Commission de l'Agence canadienne de réglementation nouvellement créée.

Dans « La réglementation des énergies renouvelables extracôtières en vertu de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie* : Démarche exhaustive et rationnelle pour le développement de l'ERE dans le Canada atlantique », Daniel Watt et Lucia Westin présentent une introduction complète au potentiel de l'énergie renouvelable extracôtière (ERE) et au cadre réglementaire qui régit maintenant son développement.

Comme il en a été question dans des numéros antérieurs de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*[3], la mise sur

---

[1] 2019 CSC 65.

[2] LC 2019, c 28, art 10, remplaçant l'ancienne *Loi sur l'Office national de l'énergie*, LRC 1985, c N-7.

[3] Voir par ex Rowland J. Harrison c.r., Neil McCrank c.r. et Ron Wallace, « La structure de la régie de l'énergie du canada : Un nouveau modèle de gouvernance des tribunaux de réglementation de l'énergie discutable? » (2020) 8:1 Publication Trimestrielle sur la Réglementation de l'Énergie 52.

pied de l'Alberta Energy Regulator en 2012 s'est accompagnée de l'introduction d'un nouveau modèle « tripartite » pour les tribunaux de réglementation au Canada, qui a depuis été adopté au niveau fédéral (avec le remplacement de l'Office national de l'énergie par la Régie canadienne de l'énergie), et pour la Commission de l'énergie de l'Ontario. Les origines du modèle et les raisons de son adoption ne sont pas claires. Plus important encore, plusieurs questions se posent au sujet de la pertinence du modèle et de ses répercussions sur l'intégrité et l'efficacité de la réglementation de l'énergie. L'article de Robert B. Warren intitulé « La gouvernance des organismes de réglementation – Une étude de cas complémentaire de la Commission de l'énergie de l'Ontario » vient à alimenter de façon très pertinente la discussion en cours à ce sujet.

Le présent numéro de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* se termine par deux critiques de livres de la part de Kenneth A. Barry. Les livres — *Unsettled* (2021) de Steven E. Koonin Ph. D. et *Electrify : An Optimist's Playbook for Our Clean Energy Future* (2021) de Saul Griffith — sont décrits par M. Barry comme « des points d'appui dans le débat sur la question de savoir si la société doit rapidement réduire sa dépendance aux hydrocarbures pour répondre à ses besoins énergétiques et atténuer la présence de gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère ». ■

# ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF PERTINENT AU DROIT ET À LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE EN 2021

*David J. Mullan**

## I. INTRODUCTION

Dans l'examen de l'an dernier[1], j'ai discuté brièvement de l'autorisation d'appel accordée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *AltaLink Management Ltd. v Alberta Utilities* Commission[2], une affaire qui semblait soulever des questions importantes sur l'application de l'honneur de la Couronne aux procédures réglementaires dans lesquelles les droits, les revendications et les intérêts des peuples autochtones étaient en jeu. Ma prédiction à l'époque était que, si l'appel devait aboutir,

> …cela pourrait très bien laisser présager des appels plus fréquents à l'honneur de la Couronne dans les procédures réglementaires… Le processus, non pas au sens de la mécanique de la consultation mais du canevas sur lequel se déroule cette prise de décision (l'éventail des facteurs pertinents), pourrait s'étendre considérablement[3].

Le 17 juin 2021, l'appel a été accueilli[4] et, bien que le jugement majoritaire des juges Watson et Wakeling ne soit pas fondé sur les principes constitutionnels de l'honneur de la Couronne et de la réconciliation, il aura presque certainement des répercussions sur la façon dont l'Alberta Utilities Commission (ci-après « la Commission » ou « l'AUC ») traite les questions touchant les droits, les revendications et les intérêts des peuples autochtones dans le cadre de sa compétence concernant la question de l'intérêt public. Je consacre donc une partie considérable de l'enquête de cette année à l'analyse et à l'évaluation de cette décision.

Je reviens également sur deux des questions persistantes de l'arrêt *Vavilov*[5] : Quelle norme de contrôle les cours d'appel devraient-elles appliquer à leur examen de la révision judiciaire ou des jugements en appel? Malgré la mise à l'écart explicite, dans cet arrêt, de la notion de compétence en tant que motif de contrôle, mais aussi en tant que critère d'exactitude, la compétence (ou une approximation très proche) a-t-elle encore des jambes à l'ère vavilovienne du contrôle judiciaire? Enfin, dans le contexte

---

* David J. Mullan, Professeur émérite, Faculté de droit, Queen's University.

[1] David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2020 » (2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 24, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1#sthash.OoXgVZtC.dpbs>.

[2] 2019 ABCA 482.

[3] Mullan, *supra* note 1 à la p 46.

[4] *AltaLink Management Ltd v Alberta (Utilities Commission)*, 2021 ABCA 342.

[5] *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 [*Vavilov*].

des récentes procédures devant la Commission, j'aborderai la question des obligations des secteurs réglementés envers ceux qui sont chargés de les réglementer.

## II. *ALTALINK MANAGEMENT LTD V ALBERTA (UTILITIES COMMISSION)*[6]

### i. Introduction et contexte factuel

Pour plusieurs raisons, il s'agissait de l'un des jugements les plus attendus en droit de l'énergie en 2021. Il s'agissait d'un appel de la décision de la Commission dans une affaire où les principes de la réglementation des tarifs se heurtaient aux droits, revendications et intérêts de deux Premières Nations de l'Alberta. Plus précisément, la Cour d'appel de l'Alberta devait déterminer si elle devait confirmer la décision de la Commission selon laquelle les sociétés en commandite, dans chacune desquelles l'une des deux Premières Nations détenait une participation majoritaire, ne pouvaient pas recouvrer certains coûts, en tant que composante de leurs besoins en revenus, dans les tarifs facturés aux clients. Il s'agissait de coûts récurrents d'audit et de réglementation résultant de l'approbation d'un accord entre AltaLink Management Ltd (ci-après « AltaLink ») et les deux sociétés en commandite transférant aux sociétés en commandite les parties des actifs d'une ligne de transport d'électricité qui étaient situées sur les réserves des deux Premières Nations.

Le projet à l'origine de la procédure devant la Commission avait eu une période de gestation longue et compliquée. On peut le faire remonter à 2002. Cette année-là, AltaLink avait acheté le réseau de transport de TransAlta et le droit de l'exploiter. À cette époque, AltaLink s'est rendu compte que les installations de transport du sud-ouest de l'Alberta avaient besoin d'être modernisées. Cette épiphanie l'a finalement amené à conclure que l'emplacement préférable pour une nouvelle ligne de transport était celui qui impliquait la traversée de terres appartenant aux deux Premières Nations. Cela nécessitait le consentement des deux Premières Nations et ce consentement a été donné. En échange du consentement des Premières Nations, en 2010, AltaLink a conféré une option irrévocable aux Premières Nations pour l'achat d'un pourcentage des actifs de transport traversant le territoire des Premières Nations en utilisant le véhicule des deux sociétés en commandite. Dans chacun de ces partenariats, AltaLink, sous diverses formes de société, était également partie. Toutefois, l'option conférée aux Premières Nations donnait à chacune d'elles le droit d'acquérir jusqu'à 51 % des parts de partenariat pertinentes. Peu de temps après, la nouvelle ligne de transport est devenue opérationnelle et, en février 2014, les deux Premières Nations avaient exercé leurs options pour acquérir le maximum de 51 % prévu dans le contrat d'option avec des accords de partenariat conclus trois ans plus tard. À ce moment-là, la dernière série de procédures réglementaires qui ont fait l'objet de l'audience de la Commission et de sa décision contestée a commencé avec le dépôt d'une demande par AltaLink pour l'approbation de la vente des actifs de transport traversant les terres des Premières Nations aux deux sociétés en commandite ainsi que l'approbation des tarifs généraux provisoires basés sur leurs besoins en revenus pour 2017 et 2018.

En ce qui concerne la question des coûts d'audit et de réglementation estimés à 60 000 $ par année pour chaque partenariat, il s'agit de coûts qui découlent de la séparation de la propriété du réseau de transport et qui n'auraient pas été nécessaires autrement. Ni un audit annuel, ni des dépôts réglementaires distincts pour les parties de la ligne de transport qui ont été séparées n'auraient été nécessaires.

### ii. La décision de la Commission sur les coûts d'audit et de dépôt réglementaire

L'article 101 de la *Public Utilities Act*[7] exige l'approbation de la Commission pour tout transfert d'actifs de transport, tandis que l'article 17(1) de l'*Alberta Utilities Commission Act* (ci-après « l'*AUC Act* »)[8] stipule que, dans toute procédure de ce type, la Commission

> [Traduction]
>
> … doit, en plus de toutes les autres questions qu'elle peut ou doit prendre en considération … examiner si … l'exploitation de la ligne de

[6] *Supra* note 4.

[7] RSA 2000, c P-45.

[8] SA 2007, c A-37.2.

> transport … proposée … est dans l'intérêt public, compte tenu des effets sociaux et économiques de la … ligne … et des effets de la … ligne sur l'environnement.

Aux fins de l'exercice de son autorité en vertu de ces articles, la Commission avait élaboré une formule appelée le critère d'« absence de préjudice ». Ce critère implique un équilibre entre la mesure dans laquelle le transfert d'actifs profitera aux contribuables et les impacts négatifs du transfert. Si, tout compte fait, l'approbation profitera aux contribuables ou ne les laissera pas dans une situation plus défavorable, le projet pourra être approuvé. Si leur situation est pire, la Commission examinera si le préjudice peut être atténué en soumettant l'approbation à des conditions. Parmi les facteurs pris en compte figurent l'impact du transfert sur les tarifs facturés aux clients et la fiabilité du service.

Dans ce cas[9], la Commission s'est concentrée sur la mesure dans laquelle les tarifs facturés par les partenaires en tant qu'exploitants de réseau seraient augmentés si les coûts d'audit et de réglementation devaient être répercutés sur les clients[10]. Toutefois, la Commission a refusé de tenir compte d'une série d'impacts compensatoires qui, selon AltaLink et les partenariats, étaient plus que négligeables :

> [Traduction]
>
> Les bénéfices tirés de l'acheminement de la ligne de transport à travers les terres des Premières Nations qui, selon la direction d'AltaLink, s'élevaient à 32 millions de dollars, et les avantages intangibles découlant du partenariat avec les Premières Nations généralement décrits comme « (1) l'accès à la main-d'œuvre des Premières Nations; (2) le renforcement des relations d'AltaLink avec d'autres Premières Nations au Canada et aux États-Unis; et (3) le soutien à l'alignement des intérêts entre AltaLink et les Premières Nations pour améliorer l'exploitation sécuritaire et fiable à long terme des actifs des services publics sur leurs terres de réserve[11] ».

En imposant à son approbation des transferts la condition que les coûts d'audit et de réglementation ne soient pas répercutés sur les clients, la Commission[12] a statué que les économies de coûts occasionnées par l'acheminement des lignes de transport à travers le territoire des Premières Nations n'étaient pas pertinentes pour l'application du critère d'« absence de préjudice ». L'application du critère était spécifique à la nature de l'application particulière — le transfert d'actifs. Il s'agissait également d'une norme prospective. La question de l'emplacement de la nouvelle ligne de transport avait été résolue dans le passé et dans des procédures et des accords distincts. Quant aux avantages intangibles, même s'ils étaient prospectifs, ils étaient trop spéculatifs et n'étaient pas étayés par les preuves présentées à la Commission. Il n'était pas clair non plus si ces avantages ou l'une de leurs composantes représentaient des avantages prospectifs pour les contribuables.

Étant donné qu'il n'y avait aucune compensation pertinente ou prouvée à l'impact négatif de permettre aux sociétés en commandite de transmettre les coûts d'audit annuel et d'approbation réglementaire aux contribuables, la Commission a jugé que le critère d'« absence de préjudice » dictait que, en approuvant la demande de transfert d'actifs et les tarifs généraux provisoires, il était nécessaire d'atténuer le préjudice financier en décidant que les coûts contestés ne seraient pas transmis aux contribuables. Il a été convenu que la Commission n'avait jamais rendu une telle ordonnance auparavant[13].

---

[9] *Re AltaLink L.P. Transfer of Specific Transmission Assets to PiikaniLink L.P. and KainaiLink L.P. and the Associated 2017-2018 General Tariff Applications* (13 novembre 2018), 22612-D01-2018, en ligne (pdf) : *AUC* <efiling-webapi.auc.ab.ca/Document/Get/637186>.

[10] *Ibid* aux para 39, 62 (comme résumé par la Cour d'appel, *supra* note 4 au para 37).

[11] Comme cité et résumé par la Cour d'appel, *supra* note 4 au para 37.

[12] Comme cité et résumé par la Cour d'appel, *ibid* aux para 39–41, 53.

[13] *Ibid* au para 1.

**iii. Procédures de révision**

AltaLink a ensuite demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Commission, et plus particulièrement de la décision sur le recouvrement des coûts annuels d'audit et de réglementation, devant la Cour d'appel de l'Alberta. L'article 29 de l'*AUC Act* prévoyait un tel appel sur une question de droit ou de compétence avec l'autorisation d'un seul juge de la Cour. Le juge d'appel Strekaf a accordé l'autorisation pour deux des motifs invoqués par AltaLink à trois de ses capacités juridiques, notamment en tant que partenaire des deux Premières Nations dans la propriété des actifs de la ligne de transport. Décrits comme des questions de droit, les deux motifs étaient les suivants :

> [Traduction]
>
> a. L'AUC a-t-elle indûment entravé son pouvoir discrétionnaire lors de l'examen des transferts en appliquant le critère d'« absence de préjudice »?
>
> b. L'AUC a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte de tous les facteurs pertinents?[14]

Un tribunal de la Cour d'appel composé des juges Watson, Wakeling et Feehan a accueilli l'appel et a ordonné que les deux partenariats soient autorisés à inclure les coûts d'audit et du processus réglementaire dans leurs demandes tarifaires et ainsi les recouvrer auprès des contribuables. Le jugement principal a été rendu par les juges Watson et Wakeling, le juge Feehan étant d'accord mais procédant également à un examen des bases constitutionnelles pour contester la décision de la Commission. Ayant accueilli l'appel pour des motifs de droit administratif, les juges Watson et Wakeling n'ont pas jugé nécessaire d'explorer les arguments constitutionnels, bien qu'ils aient été très présents dans les motifs d'appel avancés par les sociétés appelantes, dont AltaLink[15].

En ce qui concerne les motifs de droit administratif, le jugement principal a estimé que la Commission avait « commis une erreur[16] » en adoptant et en appliquant une règle absolue selon laquelle elle ne devait prendre en considération que les avantages prospectifs. Rien dans la loi ne justifiait l'adoption d'une approche aussi étroite et formaliste. La Commission s'est également « trompée[17] » en rejetant la pertinence des étapes précédentes de cette entreprise et, notamment, les économies de coûts occasionnées par le tracé et la construction de la nouvelle ligne de transport. Les économies réalisées lors de cette phase étaient celles qui continueraient à être réalisées au-delà des phases initiales de construction et d'exploitation et dans le futur. Parmi ces « avantages ultérieurs prévisibles[18] », il y avait ceux qui profitaient à l'environnement. Il y avait aussi les avantages qui découleraient de la promotion des relations avec les Premières Nations par la participation à des projets comme celui-ci, y compris la promotion de l'activité économique dans les réserves, tel qu'il avait été envisagé pour ce même projet.

> [Traduction]
>
> En bref, une vision plus large du critère d'absence de préjudice et de l'intérêt public est appropriée. Elle inclut tous les facteurs que la Commission considère comme pertinents pour la demande de transfert et de vente, que ces facteurs surviennent ou non avant ou après la demande[19].

Les juges Watson et Wakeling ont ensuite catalogué un grand nombre d'obstacles historiques auxquels se heurtent les peuples autochtones pour participer pleinement à la richesse et aux opportunités offertes à d'autres au Canada, et en particulier à l'éducation et à un emploi valorisant. Comme antidote, la participation à des projets tels que celui-ci devait être promue et encouragée[20].

---

[14] *Supra* note 2 au para 15.

[15] *Supra* note 4 aux para 13, 79.

[16] *Ibid* au para 54.

[17] *Ibid* au para 55.

[18] *Ibid*.

[19] *Ibid* au para 57.

[20] *Ibid* aux para 58–75.

Le juge Feehan, tout en partageant l'avis des juges Watson et Wakeling[21], est allé encore plus loin et a préconisé un modèle dans lequel l'évaluation de défis juridiques comme celui-ci était ancrée dans les obligations constitutionnelles découlant de l'honneur de la Couronne et de l'impératif de réconciliation.

**iv. Analyse**

Gordon Kaiser (dans ces pages)[22] et Kristen van de Biezenbos (dans le blogue de la faculté de droit de l'Université de Calgary)[23] ont tous deux fourni une évaluation, en grande partie favorable, de ce jugement. En particulier, ils ont souligné et exprimé leur soutien à la reconnaissance par la Cour de l'importance pour la Commission de tenir compte, dans l'exercice de son mandat en matière d'intérêt public sur l'approbation et l'exploitation des lignes de transport, des intérêts des groupes des Premières Nations qui participent à l'industrie en tant que propriétaires, partenaires et exploitants. Pour les juges Watson et Wakeling, ce sens du mandat devrait imprégner l'interprétation et l'application des dispositions législatives pertinentes, un exercice ancré dans un sens large de la portée de l'« intérêt public » dans la disposition et la structure législatives applicables. Pour le juge Feehan, cela va apparemment plus loin, en ce sens que non seulement l'exercice d'interprétation des lois, mais aussi vraisemblablement la validité constitutionnelle des dispositions législatives elles-mêmes, devraient être abordés par renvoi aux impératifs constitutionnels découlant non seulement de l'honneur de la Couronne, mais aussi de la poursuite du principe de réconciliation reconnu dans la Constitution. J'ai peu à redire sur la majorité de ce que ces commentateurs ont avancé. Toutefois, je tiens à injecter dans la discussion de cet arrêt quelques éléments de prudence, notamment du point de vue du droit administratif et des principes du contrôle judiciaire et de ses capacités de réparation.

**a. Portée de l'appel et norme de contrôle**

Les juges Watson et Wakeling n'ont pratiquement pas consacré de temps à la portée de la disposition d'appel de l'article 29(1) de l'*AUC Act*. Comme nous l'avons déjà noté, elle exigeait l'autorisation d'un seul juge de la Cour d'appel et se limitait aux questions de droit et de compétence. Dans une note de bas de page, le jugement conjoint déclarait simplement :

> [Traduction]
>
> Les normes de contrôle en appel s'appliquent. *Canada c. Vavilov*, 2019 CSC 65, par. 37. Une cour d'appel peut substituer son opinion à celle de l'adjudicateur initial sur les questions de droit[24].

Cela reflète bien sûr le changement apporté par l'arrêt *Vavilov*[25] dans lequel, en l'absence de modification législative, les normes de contrôle à appliquer lors d'un appel devant une cour d'un décideur statutaire sont celles qui sont habituellement appliquées aux appels en matière civile : le bien-fondé des questions de droit et « l'erreur manifeste et dominante » pour les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait, à moins qu'il n'y ait une question de droit « facilement isolable », ces normes étant celles établies pour la plupart des appels en matière civile par *Housen c Nikolaisen*[26].

---

[21] *Ibid* au para 81.

[22] Gordon E. Kaiser, « Réconciliation : L'intérêt public et un accord équitable » (2021), 9:4 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 42, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/reconciliation-the-public-interest-and-a-fair-deal#sthash.GylgJlZv.7PCp1QR0.dpbs>.

[23] Kristen van de Biezenbos, « Alberta Court of Appeal Rules on Role of Honour of the Crown and Reconciliation in AUC Rate Applications » (26 octobre 2021), en ligne (pdf) : *Ablawg* <ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/10/Blog_KVDB_AUC_Reconciliation.pdf> (Je tiens cependant à souligner que le titre me semble plutôt trompeur. Une majorité de la Cour d'appel n'a pas rendu de jugement sur le rôle de l'honneur de la Couronne et la réconciliation).

[24] *Supra* note 4 au para 1, n 1.

[25] *Ibid* aux para 36–54.

[26] 2002 CSC 33. Pour une très récent exposé sur la portée d'*Housen* dans le contexte de procédures disciplinaires professionnelles et la prise de décisions discrétionnaires, voir *Dhalla v College of Physicians and Surgeons of Manitoba*, 2022 MBCA 7.

Mis à part le fait que cet élément de l'arrêt majoritaire de la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov* a fait l'objet de nombreuses critiques[27], l'application de cette norme aux déterminations spécifiquement juridiques de la Commission dans cette affaire ne posait aucun problème. Cependant, les motifs d'appel sur lesquels le juge Strekaf a donné son autorisation — entrave au pouvoir discrétionnaire et manquement à l'obligation de prendre en compte tous les facteurs pertinents — soulèvent des questions quant à savoir s'ils sont correctement qualifiés de pures questions de droit ou de questions mixtes de droit et de fait dont il n'y a pas de questions de droit facilement isolables, ces dernières étant apparemment hors du champ d'application de la disposition d'appel comme n'étant pas des questions de droit ou de compétence[28].

Dans ce contexte, il importe de rappeler l'admonestation du juge en chef McLachlin dans l'affaire *Dr. Q c College of Physicians and Surgeons of British Columbia* :

> Si les motifs nommés [tels que l'entrave au pouvoir discrétionnaire et l'absence de prise en compte des facteurs pertinents], le libellé de la disposition habilitante et les interprétations sclérosées des formulations législatives demeurent utiles comme repères familiers, ils ne dictent plus le cheminement[29].

Au moment de l'arrêt *Vavilov*, l'entrave au pouvoir discrétionnaire n'est pas un motif de contrôle, mais un élément de l'un des facteurs contextuels, le « régime légal applicable[30] », que la majorité considère comme pertinent pour le contenu et l'application du contrôle selon la norme de la décision raisonnable :

> Le régime législatif oriente également les approches acceptables en matière de prise de décisions : par exemple, lorsque le décideur dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire, il serait déraisonnable de sa part d'entraver un tel pouvoir discrétionnaire[31].

La question est alors de savoir ce qu'il en est, aux fins de l'article 29, des allégations d'entrave et de manquement à tenir compte des facteurs pertinents, en particulier dans le contexte de l'exercice d'un vaste pouvoir discrétionnaire en matière d'intérêt public dont l'appel est limité à des questions de droit et de compétence. Dans le cas de l'entrave, où se situe la ligne de démarcation, aux fins de l'accès à l'appel, entre la structuration du pouvoir discrétionnaire en fonction des faits et l'entrave qui, en droit, dépend beaucoup plus directement du sens et des objectifs des articles pertinents de la loi et de ceux de la loi dans son ensemble? À quel moment le pouvoir discrétionnaire est-il limité par des impératifs principalement juridiques par opposition à l'évaluation par l'organisme de réglementation des fondements factuels et du contexte de l'affaire dont il est saisi, ce dernier étant le territoire des déterminations mixtes de droit et de fait dont il n'existe pas de question de droit pur facilement isolable? En effet, la même question peut être posée à propos de l'absence de prise en compte de facteurs pertinents (comme il est allégué dans cette affaire) ou, d'ailleurs, de la prise en compte de facteurs non pertinents. Où se situe la frontière entre, d'une part, les déterminations de la pertinence fondées sur les faits et, d'autre part, les évaluations contingentes sur le plan juridique?

En examinant la décision des juges Watson et Wakeling dans cette perspective, trois choses ressortent. Premièrement, il semble qu'ils n'aient aucun problème avec la simple existence des paramètres généraux du critère d'« absence de préjudice » — une évaluation de l'impact du projet sur les contribuables et sur la fiabilité

---

[27] Nigel Bankes a été parmi les premiers à franchir la ligne de départ dans son message de blogue : « Statutory Appeal Rights in Relation to Administrative Decision-Maker Now Attract an Appellate Standard of Review; A Possible Legislative Response » (3 janvier 2020), en ligne (pdf) : *Ablawg* <ablawg.ca/wp-content/uploads/2020/01/Blog_NB_Vavilov.pdf>.

[28] Dans le passé, toutefois, j'ai soutenu que dans certaines demandes d'autorisation de porter en appel, les questions de droit ont été interprétées de façon à inclure les questions inextricablement mixtes et éminemment factuelles de droit et de fait : David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2015 » (2016), 5:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 15 à la p 32.

[29] 2003 CSC 19 au para 24.

[30] *Vavilov*, *supra* note 5 aux para 108–10.

[31] *Ibid* au para 108, renvoyant à *Delta Air Lines Inc. c Lukács*, 2018 CSC 2 au para 18.

du transport d'électricité en vue d'établir si les préjudices l'emporteront sur les avantages. Il s'agit d'un exercice de structuration d'un pouvoir discrétionnaire par un organisme de réglementation en vue d'un examen plus efficace et prévisible des demandes[32]. Deuxièmement, à de nombreux égards et dans de nombreuses situations, il s'agit d'une enquête largement fondée sur les faits. Troisièmement, son exercice, soit de manière générale, soit, comme ici, en référence à la demande particulière, peut cependant générer des questions purement ou principalement juridiques avec l'ouverture de l'accès à la disposition d'appel de l'*AUC Act* qui en résulte comme une pure question de droit.

Il est intéressant de noter que dans le mémoire en réponse du jugement majoritaire, on caractérise l'erreur de la Commission uniquement en termes de « manquement à prendre en compte tous les facteurs pertinents qui déterminent si une vente est dans l'intérêt public[33] » [traduction]. Il n'y a aucune mention d'une entrave illégale à la discrétion. Toutefois, cela mis à part, l'arrêt se concentre sur son rejet de l'interprétation et de l'application par la Commission du critère d'« absence de préjudice » au motif que, correctement appliqué, il ne permet de prendre en compte que les avantages prospectifs dans le calcul et l'exercice de compensation que le critère exige.

Pour la Commission, cela signifiait que les avantages passés résultant des étapes précédentes de l'évolution du projet global ne pouvaient pas être avancés à l'appui de l'affirmation selon laquelle les avantages dépassaient de loin les coûts de l'approbation sous la forme des coûts accessoires et récurrents d'audit et d'approbation réglementaire. La proposition selon laquelle les diverses étapes des processus de développement et d'approbation globaux devaient être évaluées séparément à des fins réglementaires et non cumulées afin d'établir si les avantages l'emportaient sur les coûts pour les contribuables et sur tout impact négatif sur la fiabilité des services fournis faisait partie intégrante de l'analyse de la Commission. La Commission s'était également demandé si l'un des avantages intangibles revendiqués par les requérants était même prospectif et, dans le cas de divers avantages collatéraux pour les deux Premières Nations, suffisamment établi ou trop spéculatif[34].

Dans la mesure où le rejet du raisonnement de la Commission était ancré dans le sentiment de la Cour qu'il y avait une interprétation correcte des dispositions pertinentes et de l'objectif global de cet aspect de la Loi, il est difficile de contester ces éléments de la décision au motif qu'ils ne faisaient pas véritablement l'objet d'un appel en vertu de la Loi parce qu'ils constituaient des déterminations de questions mixtes de droit et de fait, et non des questions isolables de droit pur. Le fait de désagréger les diverses phases dans l'historique du choix de l'emplacement, de l'exploitation et de la propriété de la nouvelle ligne de transport d'électricité, plutôt que de le traiter comme un tout intégré dans les faits, pourrait facilement être réputé produire une artificialité dans la réalité du développement et de l'application à celui-ci du critère d'« absence de préjudice ». En tant que telle, la question critique de savoir s'il était approprié de restreindre l'aspect avantageux de la compensation requise par la règle d'absence de préjudice aux seuls avantages prospectifs peut être classée comme une pure question de droit ou une question de droit facilement isolable d'une question mixte de fait et de droit, et donc à la fois légitimement sujette à un appel sur le droit et/ou la compétence et, après l'arrêt *Vavilov*, à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

Si l'on se réfère aux questions pour lesquelles le juge Strekaf a accordé l'autorisation d'interjeter appel et au motif pour lequel la Cour d'appel a accueilli l'appel, on peut considérer que cette erreur de droit a conduit à l'omission par la Commission de tenir compte de facteurs pertinents (l'exclusion du calcul des avantages qui n'étaient pas « prospectifs »), ou peut-être à une entrave au pouvoir discrétionnaire (l'élaboration et l'application d'une glose sur la règle d'« absence de préjudice » qui a restreint indûment l'enquête requise par la loi et le pouvoir discrétionnaire de la Commission sur l'approbation de la vente de lignes de transport).

---

[32] Pour un exposé faisant autorité de la légitimité de tels exercices de structuration et des limites qui leur sont imposées, voir, bien que dans un contexte très différent, le jugement du juge Evans dans *Thamotharem c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198.

[33] *Supra* note 4 au par 11.

[34] *Ibid* aux para 40, 53, où la Cour a résumé et cité la décision de la Commission.

Néanmoins, cela laisse en suspens au moins quatre questions. La plus facile de ces questions est probablement de savoir si la Cour d'appel était justifiée, comme recours correctif à la constatation d'une erreur juridique, d'accueillir l'appel et d'ordonner à la Commission de permettre aux deux sociétés en commandite de recouvrer les frais accessoires contestés auprès des contribuables. S'ensuit-il nécessairement des erreurs juridiques que l'ordonnance de la Commission voulant que la société en nom collectif assume les frais accessoires doit être considérée comme fatalement viciée? Pourrait-elle encore être justifiée? En d'autres termes, l'affaire aurait-elle dû être renvoyée à la Commission pour réexamen sur la base d'une lecture juridiquement correcte de la règle d'« absence de préjudice »?[35] Bien que les juges Watson et Wakeling ne le disent pas expressément, il semble implicite dans leur analyse qu'une interprétation et une application correctes de la règle d'« absence de préjudice » auraient inévitablement conduit la Commission à la conclusion qu'il n'y avait aucune raison de refuser aux sociétés de personnes le droit de répercuter sur les contribuables les frais accessoires contestés. Cela est souligné par une comparaison entre l'ampleur des avantages que la Commission a exclus de son application de la règle d'« absence de préjudice » et le montant apparemment insignifiant de ces frais accessoires.

Les trois autres questions sont plus problématiques.

Contrairement au juge Feehan, les juges Watson et Wakeling n'étaient pas disposés à prendre en compte les contestations constitutionnelles de la détermination de la Commission fondées sur l'honneur de la Couronne et les principes de réconciliation. Au contraire, ils ont apparemment adopté la position qui respecte l'avertissement selon lequel, sauf dans de rares situations, il n'est pas approprié pour un tribunal d'examiner des arguments constitutionnels lorsqu'un différend peut être déterminé par renvoi aux règles et principes de la common law et/ou aux termes de la loi applicable. On peut toutefois avancer un argument similaire en ce qui concerne la position réelle des juges Watson et Wakeling. Pourquoi, après avoir déterminé que la Commission avait commis une erreur de droit en omettant de tenir compte des avantages prospectifs dans le calcul, ont-ils ensuite longuement discuté en termes généraux des avantages qui pourraient découler de la participation des peuples autochtones à des projets comme celui-ci? Était-ce nécessaire de quelque manière que ce soit pour la détermination de la question relativement étroite qui se posait?

Il peut y avoir deux explications à ce manque de retenue. La première renvoie à la première question. En déterminant et en quantifiant en termes généraux les avantages qui pourraient découler pour les appelants d'un engagement participatif dans des projets tels que celui-ci, la décision d'accueillir l'appel mais de ne pas le renvoyer pour un examen plus approfondi pourrait être justifiée de manière encore plus spectaculaire. Deuxièmement, la majorité a peut-être estimé qu'elle devait au moins aux parties de donner une indication des facteurs qui pourraient être pertinents pour une considération de ce qui compte comme des avantages intangibles dans le calcul requis par la règle d'« absence de préjudice » et qui a préoccupé les parties dans leur approche de l'appel.

Toutefois, van de Biezenbos remet en question l'utilité pratique du mémoire du jugement sur la mesure dans laquelle la participation à des projets énergétiques tels que celui-ci pourrait faire progresser le bien-être de ceux qui vivent dans les réserves des Premières Nations :

> [Traduction]
>
> Mais en énumérant les avantages que procurent les « projets qui augmentent la probabilité d'une activité économique dans les réserves », le tribunal n'indique pas clairement quelles preuves pourraient être utilisées pour prouver qu'un projet particulier aura cet effet… En fait, une grande partie de ce que la cour cite à l'appui des avantages intangibles dans cette affaire est constituée d'informations générales telles que le taux élevé de chômage dans les réserves (bien qu'aucune statistique ne soit donnée pour les [deux réserves],

[35] Voir la discussion sur la question à savoir quand ne pas renvoyer une question mais plutôt se mettre à la place du décideur dans *Vavilov*, *supra* note 5 aux para 139–42.

> et aucune preuve n'est citée que les [deux réserves] fournissent des avantages économiques spécifiques à leurs communautés respectives) et de déclarations générales d'approbation des efforts des Autochtones pour « participer aux activités commerciales courantes[36] ».

De façon plus générale, van de Biezenbos s'inquiète légitimement de la façon dont, dans le cadre des paramètres du critère d'« absence de préjudice », toute considération générale de l'importance d'entreprises conjointes comme celle-ci pour l'avancement du bien-être des peuples autochtones doit être évaluée dans le contexte d'un processus de compensation qui, dans le passé, a habituellement impliqué une

> [Traduction]
>
> … évaluation hautement spécifique et fondée sur des données des coûts en vertu du critère d'« absence de préjudice » et pourrait entrer en conflit avec son mandat statutaire d'assurer des tarifs justes et raisonnables dans la province[37].

En fait, la Cour d'appel le reconnaît. Premièrement, les juges Watson et Wakeling acceptent qu'« une vision plus large du critère d'absence de préjudice et de l'intérêt public est appropriée[38] » [traduction]. On dit qu'elle inclut « tous les facteurs que la Commission considère pertinents pour la demande de transfert et de vente, que ces facteurs surviennent avant ou après la demande[39] » [traduction]. De manière encore plus pointue, l'arrêt reconnaît les conséquences d'une telle approche sur le processus réglementaire et les coûts qu'elle est susceptible d'entraîner en termes de temps, d'étendue des droits de participation et surtout de rassemblement, de présentation et d'examen des preuves pertinentes :

> [Traduction]
>
> [Une] approche prospective permettra de prendre en compte tous les facteurs d'intérêt public pertinents **la plupart du temps**[40] [c'est moi qui souligne].

Au nom d'une politique visant à encourager « la probabilité d'une activité économique sur une réserve[41] » [traduction] et, avec ce cas comme exemple, on pourrait soutenir que la Cour d'appel condamne la Commission à un processus dont le coût, comme dans ce cas, sera probablement bien supérieur aux coûts annuels accessoires d'audit et de réglementation qui sont en cause. Cela soulève également des questions, comme celle de savoir comment le processus de compensation pourrait fonctionner dans une instance où la Commission est confrontée à la nécessité de décider si elle doit approuver l'emplacement d'une ligne de transport qui pourrait coûter plus cher que les autres solutions réalistes, mais où ce choix est justifié par le fait qu'il serait à l'avantage des peuples des Premières Nations vivant sur les terres que la ligne traverserait[42].

---

[36] van de Biezenbos, *supra* note 23.

[37] *Ibid*.

[38] *Supra* note 4 au para 57.

[39] *Ibid*.

[40] *Ibid* au para 58.

[41] *Ibid* au para 59.

[42] Sur la question plus générale de la capacité ou de la légitimité des organismes de réglementation de l'énergie à mettre en œuvre des objectifs sociaux à large assise, voir les jugements contrastés de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans *Advocacy Centre for Tenants-Ontario v Ontario Energy Board* (2008), 293 DLR (4th) 684 (C div Ont), et *Dal Legal Aid Services v Nova Scotia Power*, 2006 NSCA 74, la première confirmant l'établissement de tarifs d'électricité plus bas dans le cadre de la lutte contre la pauvreté et la seconde, certes en vertu d'une loi configurée différemment, niant la capacité de l'organisme de réglementation à agir de cette manière. Plus récemment, dans l'affaire *Manitoba (Hydro-Electric Board) v Manitoba (Public Utilities Board)*, 2020 MBCA 60, la Cour a annulé comme étant inadmissiblement discriminatoire une politique de taux zéro pour les peuples autochtones vivant dans des réserves. Il est intéressant de noter que le jugement ne s'engage pas dans une analyse visant à déterminer si la loi correctement interprétée devrait permettre d'accorder une considération spéciale au fait que la politique visait à améliorer les conditions sur les réserves des Premières Nations, que ce soit dans le cadre de l'interprétation de la loi ou de considérations constitutionnelles globales. Parmi les considérations qui ont animé la Cour dans l'affaire *AltaLink*, dans le jugement de la Cour d'appel du Manitoba, il n'y a qu'une seule référence passagère aux difficultés financières auxquelles sont confrontés les peuples des Premières Nations dans le Nord du Manitoba.

Le jugement concordant du juge Feehan, dans lequel il a exploré une vision du processus en supposant que des droits constitutionnels étaient en jeu, complique encore davantage toute évaluation de la façon dont la Commission devrait s'engager dans des enquêtes de ce genre. Plus particulièrement, quelles devraient être les conséquences de l'intégration au processus décisionnel discrétionnaire de la Commission en vertu de l'article 17 de l'*AUC Act* (approbation des transferts de propriété) et des articles 121 à 125 de l'*Electric Utilities Act* (approbation des tarifs) des droits constitutionnels des peuples autochtones découlant de l'honneur de la Couronne et des principes de réconciliation?

La question initiale est sans aucun doute de savoir si l'honneur de la Couronne et le besoin de réconciliation existent en tant qu'obligations constitutionnelles flottantes ou non liées qui peuvent influer sur la prise de décisions discrétionnaires qui impliquent de quelque façon que ce soit les droits, les revendications et les intérêts des peuples autochtones. Le juge Feehan semble accepter qu'ils existent. Cependant, en ce qui concerne l'honneur de la Couronne, l'autorité de la Cour suprême du Canada soutient toujours la proposition selon laquelle il ne s'agit pas d'une norme constitutionnelle flottante mais plutôt d'une norme qui doit être située dans au moins une des quatre catégories spécifiques actuellement reconnues :

1. L'obligation de consulter.

2. Une obligation fiduciaire découlant de la prise en charge par la Couronne « des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier ».

3. L'élaboration et la mise en œuvre d'un traité donnant lieu à des exigences telles qu' « une négociation honnête et éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes ».

4. Agir de manière à ce que « les traités conclus avec les Autochtones et les concessions prévues par la loi en leur faveur atteignent leur but[43] ».

De ces quatre catégories, mon sentiment est que la seule qui aurait pu être pertinente est celle de l'obligation fiduciaire. Cependant, même dans ce cas, il est difficile, au vu du régime réglementaire en question, de considérer la participation des peuples autochtones en tant que partenaires du secteur privé dans des projets énergétiques comme une situation dans laquelle la Couronne a assumé un contrôle discrétionnaire sur ces choix de participation, même s'ils peuvent impliquer des transactions avec des terres ou des territoires des Premières Nations. Que ce soit sous l'angle des obligations fiduciaires *sui generis* ou *ad hoc*, la Cour suprême a été prudente dans sa reconnaissance de l'existence de telles obligations[44]. La position de la Cour est bien résumée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Fort McKay First Nation v Prosper Petroleum Ltd.* :

> [Traduction]
>
> 1. « Si l'honneur de la Couronne est toujours en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones, il n'est pas engagé par chaque transaction » .
>
> 2. « Plutôt que d'être une cause d'action indépendante, l'honneur de la Couronne parle de la façon dont les obligations qui l'attirent *doivent* être remplies[45] ».

Cela contraste fortement avec le jugement du juge Feehan dans *AltaLink*. Non seulement son élaboration de la pertinence de l'honneur de la Couronne n'est pas ancrée spécifiquement dans l'une des quatre catégories, mais, à première vue, elle semble entrer en conflit avec la première des propositions dans *Fort McKay First Nation*. Peut-être est-il implicite que le juge Feehan considère son élaboration de la portée de l'honneur de la Couronne comme découlant du déclenchement d'une obligation fiduciaire. Néanmoins, la déclaration suivante n'est pas conforme à l'approche plus modérée de l'existence d'une obligation fiduciaire décrite dans la jurisprudence de la Cour suprême, telle

---

[43] *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14 au para 73.

[44] Voir le jugement du juge Wagner (majorité) et du juge Brown (minorité) dans *Williams Lake Indian Band c Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4 (obligation fiduciaire *ad hoc*) au para 163 (juge Brown), et juge Binnie dans *Wewaykum Indian Band c Canada*, 2002 CSC 79 (obligation fiduciaire *sui generis*) aux para 79–85. Voir aussi, pour une discussion sur ce droit jurisprudentiel, *Fort McKay First Nation v Prosper Petroleum Ltd.*, 2020 ABCA 163 aux para 53–58.

[45] *Fort McKay First Nation*, *supra* note 44 au para 54.

qu'il est expliqué dans la décision *Fort McKay First Nation* :

> [Traduction]
>
> J'en conclus que la Commission, dans l'exercice de ses pouvoirs et de ses responsabilités conférés par la loi, doit tenir compte de l'honneur de la Couronne et de la réconciliation, **chaque fois** qu'elle entend des sociétés autochtones ou leurs entités de gouvernance, et inclure dans ses décisions une analyse de l'incidence de ces principes sur les ordonnances rendues, lorsqu'ils sont soulevés par les parties et pertinents pour l'intérêt public [c'est moi qui souligne][46].

Bien sûr, si l'approbation de ces transactions et la fixation des tarifs qui y sont associés engagent les obligations fiduciaires de la Couronne, la Commission (en tant que mandataire de la Couronne pour la réglementation de la participation des peuples autochtones) peut très bien être considérée comme responsable de l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires en vertu de la Constitution, mais sans doute pas d'un exercice qui considère (comme dans le cas des obligations fiduciaires *ad hoc*) que l'organisme de réglementation a « considérer qu'elle a contracté une obligation prédominante envers un groupe particulier au détriment de tous les autres groupes[47] ».

Cela laisse toutefois ouverte la question du statut formel du principe de réconciliation. Même si mon analyse est correcte et qu'il y a des limites à situer l'existence d'une obligation fiduciaire parmi les composantes de l'honneur de la Couronne, le principe de réconciliation peut être d'un autre ordre. Comme l'a souligné le juge Feehan, il pourrait servir à exiger des organismes de réglementation tels que la Commission qu'ils examinent toujours, dans le contexte des procédures réglementaires auxquelles les peuples autochtones participent de quelque façon que ce soit, si ces procédures contiennent des possibilités de faire progresser la réconciliation. Il pourrait s'agir d'un principe flottant ou d'une autre catégorie dans laquelle l'honneur de la Couronne est engagé.

En tout état de cause, si le seuil d'application des droits ou même des valeurs constitutionnels est franchi dans des procédures comme celle-ci, il est clair que cela ajoutera à l'évaluation ou à l'application par la Commission du critère d'« absence de préjudice » et, plus généralement, à l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, une dimension supplémentaire qui ne se prête à aucune quantification précise dans le cadre du calcul des préjudices par rapport aux avantages.

Pour ce qui est du point de départ de cette discussion — la portée et l'application de la disposition d'appel du paragraphe 29(1) de l'*AUC Act* — ce qu'il faut également garder à l'esprit, même lorsque des obligations fiduciaires sont en jeu, c'est la déclaration suivante du juge Wagner (comme il l'était alors) au nom de la majorité dans l'affaire *Williams Lake Indian Band* :

> En définitive, bien qu'une question de droit précise puisse être soulevée, la question ayant trait à l'existence d'une obligation fiduciaire et au manquement à celle-ci — cette obligation commandant la détermination de ce qui est exigé du fiduciaire dans les circonstances — constitue une question mixte de fait et de droit[48].

En d'autres termes, même lorsque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire légal est imprégné d'obligations constitutionnelles, à moins qu'il n'y ait de pures questions de droit clairement isolables, l'exercice de ce pouvoir ne sera pas soumis à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans le cas de l'accès à un tribunal en vertu de l'article 96 par le biais d'un contrôle judiciaire en common law, le contrôle déférent de la norme selon la décision raisonnable sera la norme, bien qu'il soit imprégné des facteurs contextuels du caractère raisonnable de l'arrêt *Vavilov*.

En revanche, lorsque le recours au tribunal se fait par voie d'appel statutaire, la norme de contrôle des questions inextricablement mêlées de fait et de droit sera celle de l'erreur palpable et prépondérante. Toutefois, lorsque l'accès à un appel ou à une demande de contrôle judiciaire

---

[46] *Supra* note 4 au para 84.

[47] Voir *Williams Lake Indian Band*, *supra* note 44 au para 163 (*selon* le juge Brown).

[48] *Supra* note 44 au para 38.

est limité (comme dans l'affaire *AltaLink*) à des questions de droit et de compétence, une lecture littérale de ces principes pourrait signifier qu'il n'y a pas d'accès à un contrôle judiciaire, sauf lorsqu'il est possible d'établir de manière crédible que le territoire contesté implique une question de droit isolable, comme dans le cas de ratés en termes d'application d'une norme par un organisme de réglementation ou d'application d'une série de critères qui sont juridiquement vulnérables sur le plan de l'interprétation statutaire, indépendamment des faits.

Les seuls moyens possibles de contourner ce problème sont les suivants :

> (1) que le droit d'interjeter appel sur des questions de droit, en tant que question d'interprétation, devrait être interprété de manière expansive comme incluant effectivement des questions mixtes de droit et de fait, même lorsqu'il n'y a pas de question de droit pur facilement isolable[49];
>
> (2) que, lorsque les principes constitutionnels sont en jeu, toutes les questions, qu'elles soient de pur droit, de fait ou mixtes de droit et de fait, relèveront d'un recours sur une question de compétence;
>
> (3) que, si le droit d'appel est interprété comme excluant le contrôle, même pour des raisons de compétence (dont il sera question plus loin), sauf pour de pures questions de droit, qu'elles soient constitutionnelles ou autres, il y aura néanmoins (comme l'a prévu Nigel Bankes[50]) une catégorie résiduelle de contrôle judiciaire de common law (au lieu du recours légal) pour les questions constitutionnelles qui impliquent des questions mixtes inextricablement liées de droit et de fait ou de pur fait.

Voilà pour l'arrêt *Vavilov* apportant la clarté tant attendue au droit du contrôle judiciaire et aux normes à appliquer!

## III. DEUX ENCADRÉS *VAVILOVIENS*

### i. Les normes applicables aux appels des tribunaux sur les recours statutaires ou les demandes de contrôle judiciaire

Dans l'article de l'année dernière[51], j'ai préfiguré l'audition par la Cour suprême de l'appel dans l'affaire *Northern Regional Health Authority c Horrocks*[52]. Parmi les questions soulevées dans cette affaire, il y avait celle de savoir si les normes ordinaires de l'arrêt *Housen c Nikolaisen*, applicables aux appels interjetés par des juges devant des juridictions supérieures (et désormais appliquées de manière générale aux appels interjetés par des autorités statutaires), devaient régir les appels interjetés par des juridictions inférieures dans le contexte d'un appel initial interjeté par un organisme constitué par une loi ou d'un contrôle judiciaire de cet organisme — le bien-fondé pour les questions de droit en général, y compris les questions de droit facilement isolables d'une conclusion mixte de fait et de droit, et l'erreur manifeste et prépondérante pour toutes les autres questions mixtes de fait et de droit et les questions de fait.

La décision *Horrocks* a maintenant été rendue et une réponse a été apportée à cette question. Cette réponse était à l'effet qu'il n'y avait pas de besoin pressant de renverser un jugement relativement récent de la Cour suprême sur cette même question : *Agraira c Canada (Sécurité publique et protection civile)*[53]. L'arrêt *Housen* ne s'applique pas. S'appuyant sur le jugement du juge LeBel, le juge Brown (pour la majorité) a déclaré:

> La sélection et l'application d'une norme de contrôle par le juge de révision sont assujetties à la norme de la décision correcte… Cette approche n'accorde aucune déférence à l'application de la norme de contrôle

[49] Voir la note de bas de page 28, *supra*.

[50] *Supra* note 27.

[51] *Supra* note 1.

[52] 2021 CSC 42. Pour une discussion plus ample de cet élément d'*Horrocks*, voir Paul Daly, « Life After *Vavilov*? The Supreme Court of Canada and Administrative Law in 2021 » (18 novembre 2021), en ligne : *SSRN* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3962286>.

[53] 2013 CSC 36.

> par le juge de révision. La cour d'appel procède plutôt à un examen *de novo* de la décision administrative[54].

En l'espèce, étant donné que la norme de contrôle était celle de la décision correcte et que le juge de première instance avait correctement choisi la norme de contrôle, le rôle suivant de la cour d'appel avait été de déterminer si la décision du juge de première instance sur la question litigieuse était correcte[55]. En revanche, si la norme appropriée n'avait pas été celle du bien-fondé mais celle du caractère raisonnable, alors le rôle de la cour d'appel aurait été de se mettre à la place du juge de première instance et d'examiner la décision *de novo* selon la norme de la décision raisonnable.

**ii. Caresser l'idée d'un renouveau de la compétence[56]**

L'affaire *Horrocks* a débuté devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba par le biais d'une demande de révision judiciaire, et non d'un appel statutaire[57]. Cependant, parce qu'il s'agissait d'un cas classique de duel de juridictions, il relevait de la troisième catégorie de situations de l'arrêt *Vavilov* où la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable était réfutée. Il s'agissait de « la délimitation des compétences respectives d'organismes administratifs[58] ». Dans ce cas, les possibilités étaient que les deux tribunaux concurrents (arbitre du travail ou Commission des droits de la personne) soient compétents ou seulement l'un d'entre eux et, dans ce dernier cas, lequel. Sur ce point et sur d'autres questions connexes (comme les priorités possibles si les deux avaient compétence), la norme de contrôle était celle de la décision correcte . Il s'agissait d'une question classique de compétence parallèle à l'arrêt rendu en 2000 par la Cour suprême dans l'affaire *Regina Police Assn. Inc. c Regina (Ville) Board of Police Commissioners*[59], un arrêt qui, en raison de son adhésion au contrôle selon la norme de la décision correcte selon le concept de compétence, avait survécu à la purge apparente du concept de compétence dans l'arrêt *Vavilov*.

> Nous sommes d'avis de mettre fin à la reconnaissance des questions de compétence comme une catégorie distincte devant faire l'objet d'un contrôle selon la norme de décision correcte[60].

Il semble donc que ce n'est que dans les trois catégories exceptionnelles de l'arrêt *Vavilov*, où la présomption d'examen du caractère raisonnable est réfutable, que le concept de compétence aura une quelconque influence.

Cependant, comme je l'ai noté il y a deux ans dans ma revue de 2019 des développements en droit administratif[61], dans l'affaire *Bell Canada c Canada (Procureur général)*[62], publiée le même jour que l'arrêt Vavilov et impliquant la première application de l'examen du bien-fondé pour les questions de droit soumises à la cour par voie d'appel, la cour

> … semblait parfaitement à l'aise pour considérer la question cruciale d'interprétation dans cette affaire comme « concernant directement les limites du pouvoir conféré par la loi au CRTC ». Cela semble être une véritable définition de la question de compétence, et cela est encore souligné plus tard par la référence de la majorité « au principal argument des appelants relativement à la question de la compétence » ainsi qu'à la question de « l'étendue du pouvoir[63] ».

---

[54] *Supra* note 52 au para 10.

[55] Et similairement dans un appel ultérieur à la Cour suprême du Canada.

[56] Pour d'autres commentaires sur cette question, voir Mark Mancini, « Jurisdiction and the Post-Vavilov Supreme Court: Part 1 » (4 novembre 2021), en ligne (blogue) : *Double Aspect* <doubleaspect.blog/2021/11/04/jurisdiction-and-the-post-vavilov-supreme-court-part-i/>.

[57] 2016 MBQB 89, inf par 2017 MBCA 98.

[58] *Vavilov*, *supra* note 5 au para 63.

[59] 2000 CSC 14.

[60] *Vavilov*, *supra* note 5 au para 65. La minorité dans *Vavilov* était d'accord avec cette position : voir para 282.

[61] David J. Mullan, « Évaluation du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie en 2019 » (2020) 8:1, Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 30, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2019-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation#sthash.4xStaGDv.dpbs>.

[62] 2019 CSC 66.

[63] Mullan, *supra* note 61 à la p 33 (citations omises).

Bien que les juges majoritaires dans l'arrêt *Vavilov* aient nié qu'ils réintroduisaient le concept de véritables questions de compétence dans leur formulation des divers facteurs contextuels ayant une incidence sur la conduite de l'examen du caractère raisonnable[64], il est difficile de considérer la déclaration suivante comme autre chose qu'un synonyme d'une forme d'évaluation de la compétence :

> Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne permet pas au décideur administratif de s'arroger des pouvoirs que le législateur n'a jamais voulu lui conférer. De la même manière, un organisme administratif ne saurait exercer un pouvoir qui ne lui a pas été délégué[65].

Cette tension dans les jugements des deux affaires fondatrices mise à part, il reste la question des renvois statutaires à la compétence comme motif d'appel, comme dans *AltaLink* et l'article 29(1) de l'*AUC Act* et de nombreuses autres dispositions d'appel dans la législation réglementaire, sans oublier l'article 18.1(4)(a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui consacre l'erreur de compétence comme l'un de ses motifs de révision légiférés. Doit-on considérer que ces dispositions ont été implicitement abrogées par l'arrêt *Vavilov*, une notion hérétique pour certains? Ou bien, de telles dispositions pourraient-elles être considérées comme une consécration législative indirecte à la fois du concept de compétence et de sa position historique en tant que motif de contrôle selon la norme de la décision correcte, constituant ainsi des « dérogations[66] » à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable?

Bien qu'il traite du concept de juridiction dans le contexte d'une demande initiale de contrôle judiciaire, le cas *Horrocks* n'arrive tout simplement pas à donner une réponse à ces questions. Le scénario du duel des juridictions se déroule dans le contexte d'une exception catégorielle à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable dans laquelle la juridiction est un concept déterminant.

L'affaire *Ward c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*[67] est quelque peu différente en ce sens qu'elle a débuté par un appel[68] du Tribunal des droits de la personne du Québec à la Cour d'appel du Québec[69]. La disposition pertinente ne comportait pas de référence spécifique à la compétence, mais son exercice a néanmoins attiré automatiquement, par renvoi à l'arrêt *Vavilov*, le nouveau monde du contrôle non-déférentiel selon la norme de la décision correcte sur les appels statutaires aux tribunaux de décisions administratives. Cependant, ce qui est intéressant, c'est la mesure dans laquelle la majorité de la Cour suprême a semblé tout à fait à l'aise de décrire l'erreur fatale dans *Ward* en termes de Tribunal s'arrogeant en fait la « compétence[70] » sur ce qui était en fait une action en diffamation et non dans la portée des dispositions anti-discrimination de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*[71].

De même, dans l'affaire *Manitoba (Hydro-Electric Board)*[72], dans le contexte d'un appel de la Commission des services publics du Manitoba dans une affaire de contestation de tarifs préférentiels pour les personnes vivant dans des réserves, où la compétence ainsi que le droit constituaient des motifs d'appel, la Cour d'appel a considéré la question de la discrimination inadmissible en termes de droit et de compétence[73].

Bien que les paramètres soient loin d'être clairs et que l'existence d'un concept de compétence soit loin d'être généralement acceptée, je dirais qu'il existe au moins un certain soutien jurisprudentiel pour sa survie, que ce soit sous son propre nom ou sous la forme de questions d'« autorité ». Il se peut toutefois qu'il faille attendre longtemps

---

[64] *Vavilov*, *supra* note 5 au para 109.

[65] *Ibid*.

[66] *Ibid* aux par. 33–35.

[67] 2021 CSC 43, rendue le 29 octobre 2021, une semaine seulement après *Horrocks*.

[68] 2019 QCCA 2042.

[69] 2016 QCTDP 18.

[70] *Supra* note 67 aux para 1, 4, 22, 27, 28, 52, 113.

[71] CQLR, c C-12.

[72] *Supra* note 42.

[73] *Ibid* aux para 22–27.

avant de voir émerger une explication cohérente et faisant autorité de sa place.

## IV. TRAITEMENT ÉQUITABLE AVEC L'ALBERTA SECURITIES COMMISSION – LA SAGA ATCO[74]

Le 29 novembre 2021, à la suite d'une enquête, la Direction de l'application de la loi de l'AUC a présenté une demande[75] à la Commission pour entamer une procédure en vertu des articles 8 et 63 de l'*AUC Act* afin de déterminer si ATCO avait agi illégalement dans l'établissement des taux et, le cas échéant, si elle devait payer une pénalité administrative. En particulier, il a été allégué qu'ATCO avait agi de manière à transférer aux contribuables la responsabilité d'un contrat qu'elle avait conclu à des taux supérieurs à ceux du marché afin d'en faire bénéficier une société affiliée non réglementée. En particulier, le rapport de la Direction de l'application de la loi affirmait qu'ATCO présentait le stratagème de manière à « dissimuler les faits [pertinents] et d'autres informations importantes à l'AUC afin d'atténuer le risque de désaveu réglementaire[76] » [traduction].

En dehors des allégations de cas spécifiques d'illégalité, le personnel chargé de l'application de la loi a soutenu qu'ATCO avait violé son

> [Traduction]
>
> … devoir fondamental d'honnêteté et de franchise envers son organisme de réglementation — le devoir sur lequel repose le fonctionnement efficace et effectif de l'ensemble du système de réglementation[77].

Dans le corps du rapport de son enquête, la Direction de l'application de la loi s'est appuyée sur des précédents dans le domaine des procédures disciplinaires du barreau, à savoir que :

> [Traduction]
>
> … les organismes de réglementation ne peuvent protéger le public de manière significative s'ils ne disposent pas d'informations précises concernant leurs membres[78].

Le cadre disciplinaire professionnel pourrait, à première vue, ne pas avoir beaucoup à offrir en matière d'établissement d'obligations éthiques et de transparence dans le secteur de l'énergie. Cependant, en termes de principes généraux, il y a de bonnes raisons de lire plusieurs des mêmes obligations dans la conduite participative aux processus réglementaires auxquels ATCO était soumis. Comme le souligne le rapport, surtout compte tenu de la disparité d'accès aux informations et aux ressources pertinentes entre ATCO et la Commission, tout ce qui n'est pas une telle obligation a le potentiel de jeter le discrédit sur le système réglementaire et de compromettre l'intégrité des objectifs réglementaires de la Loi[79].

Le rapport faisait également renvoi[80] au Rapport 2020 du Comité de révision des

---

[74] Pour de plus amples détails, voir Bob Weber, « Alberta Utilities Commission investigators want probe of ATCO dealings on TMC camps », *The Canadian Press* et *Calgary Herald* (30 novembre 2021), en ligne : <calgaryherald.com/pmn/news-pmn/canada-news-pmn/alberta-utilities-commission-investigators-want-probe-of-atco-dealings-on-tmx-camps/wcm/dbc6fbc3-24b9-48af-85f2-938b040865c1>.

[75] Personnel d'application de la loi de l'Alberta Utilities Commission, « Application of AUC Enforcement staff for the commencement of a proceeding pursuant to sections 8 and 63 of the *Alberta Utilities Commission Act* » (29 novembre 2021), 27013-X0034, en ligne (pdf) : *AUC* <www2.auc.ab.ca/Proceeding27013/ProceedingDocuments/27013_X0034_Application%20of%20Enforcement%20Staff%20re%20ATCO%20Electric_Redacted%202021-12-10_000042.pdf> (En date du 12 février 2022, cette question n'avait pas encore été tranchée étant donné que la Commission avait donné plus de temps à ATCO et au personnel d'application de la loi de la Commission, jusqu'au 4 mars, pour en arriver à une entente dans le contexte de la demande dans le rapport d'enquête auprès de la Commission pour qu'il y ait une audition d'exécution. Voir The Canadian Press, « ATCO, investigators get more time » (12 février 2022) A2, en ligne : *The Calgary Herald* <epaper.calgaryherald.com/calgary-herald/20220212/page/2>.)

[76] *Ibid* au para 1(b) (Requête sommaire et demande de dispense).

[77] *Ibid* au para 2(d) (Requête sommaire et demande de dispense).

[78] *Ibid* au para 141, n 125, citant plus particulièrement *Kumar v Law Society of Saskatchewan*, 2015 SKCA 132 au para 7.

[79] *Ibid* au para 141.

[80] *Ibid* au para 142.

procédures et des processus de l'AUC[81], dont toutes les recommandations, sauf une, ont été adoptées par la Commission et appliquées à l'instance examinée. Dans la mesure où ces recommandations visaient à réduire le fardeau réglementaire et à créer un processus réglementaire plus efficace, il est devenu encore plus important que les renseignements fournis par les services publics réglementés soient « complets, justes et exacts[82] ». Dans le nouvel environnement des « processus de découverte limités et de l'élimination des preuves orales[83] » [traduction],

> [Traduction]
>
> [l]es avantages d'une procédure réglementaire plus efficace et à tarifs réduits ne peuvent être obtenus qu'avec une obligation correspondante pour les services publics réglementés d'être transparents, honnêtes et francs[84].

Le rapport a ensuite affirmé que, dans cette instance, ATCO avait bénéficié des changements « sans remplir ses obligations correspondantes[85] ».

En tant que l'un[86] des membres du Comité de révision des procédures et processus, j'approuve avec enthousiasme les principes décrits et épousés par la Direction de l'application de la loi dans son rapport. Plus généralement, il faut espérer que les organismes de réglementation de l'énergie en général et les entités qu'ils réglementent considéreront ces principes comme implicites dans le mandat de réglementation. ■

---

[81] C. Kemm Yates, David J. Mullan et Rowland J. Harrison, « Report of the AUC Procedures and Process Review Committee » (14 août 2020), en ligne (pdf) *AUC* <www.auc.ab.ca/Shared%20 Documents/2020-10-22-AUCReviewCommitteeReport.pdf>.

[82] *Supra* note 77 au para 141.

[83] *Ibid* au para 143.

[84] *Ibid*.

[85] *Ibid*.

[86] Les deux autres membres étaient C. Kemm Yates, c.r. (président) et Rowland J. Harrison, c.r..

# LA RÉGLEMENTATION DES ÉNERGIES RENOUVELABLES EXTRACÔTIÈRES EN VERTU DE LA *LOI SUR LA RÉGIE CANADIENNE DE L'ÉNERGIE* : DÉMARCHE EXHAUSTIVE ET RATIONNELLE POUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ERE DANS LE CANADA ATLANTIQUE

*Daniel Watt et Lucia Westin**

## INTRODUCTION

Les sources d'énergie renouvelable extracôtière (« ERE ») — l'énergie éolienne, l'énergie marémotrice et l'énergie tirée des vagues en mer — ont le potentiel de produire des avantages importants pour les quatre provinces du Canada atlantique[1]. Grâce aux travaux de projets, aux exportations d'énergie propre et au renforcement des chaînes d'approvisionnement extracôtières, l'activité de valorisation de l'ERE peut stimuler une activité économique durable dans une région où la croissance a été historiquement faible. Les avantages de l'ERE ne se limitent pas non plus à l'économie. La transition vers des sources d'ERE peut aider à atteindre les objectifs de carboneutralité et, peut-on espérer, atténuer les effets des changements climatiques qui menacent particulièrement les collectivités côtières : l'élévation du niveau de la mer, l'érosion et les dommages aux écosystèmes océaniques.

Pour reprendre les propos du juge Gerald La Forest, [traduction] « une démarche exhaustive et rationnelle pour le développement[2] » du secteur de l'ERE dans le Canada atlantique exige une intervention législative fédérale efficace,

* M. Watt est associé et chef de l'équipe de l'économie des océans au bureau de McInnes Cooper d'Halifax. Mme Westin est avocate au bureau de McInnes Cooper de Moncton.

[1] À savoir le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador.

[2] Gérard V La Forest, *Water Law in Canada : The Atlantic Provinces* (Ottawa : Ministère de l'Expansion économique régionale, 1973 à la p (« La Forest »).

de préférence en étroite collaboration avec les provinces[3]. Jusqu'à récemment, le Parlement était absent de l'espace législatif de l'ERE, le laissant aux provinces, dont la capacité de réglementer l'ERE est limitée au territoire provincial[4]. Mais une transformation est en cours. En août 2019, la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*[5] (« LRCE »), dont la partie 5 fournit un cadre pour la réglementation des activités de valorisation de l'ERE par le gouvernement fédéral, est entrée en vigueur. Au moment de la rédaction du présent rapport, Ressources naturelles Canada avait déjà entrepris la consultation des intervenants au sujet de l'approche proposée par le Ministère pour l'élaboration du règlement sur l'énergie renouvelable extracôtière (« RERE ») afin de mettre en œuvre la partie 5[6].

Les progrès réalisés par le gouvernement fédéral dans l'espace législatif de l'ERE sont prometteurs pour le secteur de l'ERE du Canada atlantique, mais des enjeux clés demeurent sans réponse. Le présent document examine l'état actuel du régime de réglementation fédéral de l'ERE et certains enjeux qui pourraient avoir une incidence sur l'efficacité ultime du régime. Pour mettre les choses en contexte, nous décrirons d'abord brièvement les principales technologies relatives à l'ERE et l'activité dans le secteur de l'ERE du Canada atlantique. Nous décrirons ensuite le cadre juridique et les approches réglementaires disparates adoptés par les provinces de l'Atlantique à ce jour. C'est dans ce contexte que nous examinons et évaluons le nouveau régime fédéral de réglementation de l'ERE en vertu de la partie 5 de la LRCE et du RERE. Enfin, nous cernons certaines lacunes potentielles de la LRCE et nous proposons des solutions.

## A) TECHNOLOGIES RELATIVES À L'ERE ET ACTIVITÉ DANS LE CANADA ATLANTIQUE

Pour les besoins du présent document, l'ERE fait référence à trois catégories de sources d'énergie renouvelable qui sont dérivées des eaux marines (*c.-à-d.* des océans) ou situées dans ces eaux, soit l'énergie éolienne en mer, l'énergie marémotrice et l'énergie tirée des vagues. La section suivante résume ces catégories et leur occurrence dans le Canada atlantique.

### i. Énergie éolienne en mer

L'énergie éolienne en mer est une technologie commerciale établie, utilisée en Europe depuis trois décennies[7]. À l'instar des parcs éoliens terrestres, les parcs éoliens en mer utilisent les vents pour activer des turbines afin de produire de l'électricité. Les turbines utilisées en mer sont essentiellement les mêmes que les turbines terrestres, mais elles sont adaptées aux environnements marins difficiles. Les éoliennes en mer peuvent être installées sur des infrastructures fixées au fond marin ou sur des infrastructures flottantes ancrées en place. Les infrastructures fixes représentent la majeure partie de la capacité installée à l'échelle mondiale[8]. La technologie de l'infrastructure flottante est en grande partie au stade de développement[9], mais en 2017, le premier parc éolien flottant à grande échelle au monde, Hywind Écosse, est entré en service[10]. Les infrastructures flottantes

[3] Voir Meinhard Doelle et al, « The Regulation of Tidal Energy Development Off Nova Scotia: Navigating Foggy Waters » (2006) 55 UNBLJ 27 aux pp 34–41 (« Tidal Energy »); Voir aussi Sara Mahaney et Daniel Watt, « Canada's New Ocean Economy: Charting a Course for Good Governance of Emerging Ocean Resources », Institut canadien du droit des ressources, cahier hors-série 61 (septembre 2017), aux pp 6–7, en ligne : <cirl.ca/sites/default/files/Occasional%20Papers/Occasional%20Paper%20%2361.pdf> (« Ocean Economy »); Voir aussi Daniel Watt, « 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 » (2018) 6:2 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 43 à la p 50 (« IAA Atlantic Canada »).

[4] Tidal Energy, *supra*, note 3 aux pp 34–41.

[5] *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*, LC 2019, c 28, art 10 (« LRCE »).

[6] Voir Ressources naturelles Canada, « Initiative de règlement sur l'énergie renouvelable extracôtière » (dernière consultation le 10 février 2022), en ligne : <www.rncanengagenrcan.ca/fr/collections/initiative-de-reglement-sur-lenergie-renouvelable-extracotiere> (« site Web du RERE »).

[7] Office national de l'énergie, « Adoption des sources d'énergie renouvelable au Canada – Analyse des marchés de l'énergie » (mai 2017) à la p 25, en ligne (pdf) : *Régie de l'énergie du Canada* <publications.gc.ca/collections/collection_2017/one-neb/NE2-17-2-2017-fra.pdf> (« Analyse des marchés de l'énergie »).

[8] National Renewable Energy Laboratory, « 2014–2015 Offshore Wind Technologies Market Report », rapport technique du NREL/TP-5000-64283 (septembre 2015) à la p 56, en ligne : <nrel.gov/docs/fy15osti/64283.pdf>.

[9] *Ibid* à la p 59.

[10] Voir Equinor AS, « Industrialising floating offshore wind » (dernière consultation le 10 février 2021), en ligne : <equinor.com/en/what-we-do/floating-wind.html>.

devraient représenter une part croissante des infrastructures à l'avenir[11].

Les parcs éoliens en mer présentent des avantages uniques. Ceux-ci comprennent : des vents sont plus forts et plus constants (y compris pendant la journée, lorsque la demande est la plus forte), la proximité spatiale des centres de charge côtiers, l'absence de restrictions en matière de hauteur ou de bruit, la concurrence réduite pour l'espace et l'opposition du public réduite[12]. Ces avantages sont autant de facteurs qui ont incité les fabricants à mettre au point des machines plus grosses, plus efficaces et de plus grande capacité pour les activités extracôtières.

L'implantation de parcs éoliens en mer présente aussi des inconvénients. Les parcs éoliens en mer sont plus coûteux et plus difficiles à construire que les parcs éoliens terrestres. La corrosion et les conditions météorologiques implacables exigent plus d'entretien et écourtent la durée de vie de l'équipement. Les installations sont aussi exposées au risque de collision avec des bâtiments et des icebergs[13].

Au moment d'écrire ces lignes, il n'y a pas de parcs éoliens en mer dans le Canada atlantique, ni même au Canada. Cependant, on a proposé l'implantation de parcs éoliens dans des sites au large de chaque province de l'Atlantique[14].

**ii. Énergie marémotrice**

Les technologies marémotrices visent à produire de l'électricité en exploitant l'énergie hydrocinétique des courants de marée. Il existe quatre technologies principales : les courants de marée; les barrages de marée; les lagunes de marée et l'énergie marémotrice dynamique. Elles en sont actuellement aux étapes de la démonstration, précommerciale et, dans le cas de l'énergie marémotrice dynamique, conceptuelle. Brièvement :

- Les générateurs à ***courant de marée*** utilisent des turbines sous-marines pour capter l'énergie des courants.

- Les ***barrages de marée*** et les ***lagunes de marée*** fonctionnent de la même façon que des barrages hydroélectriques. Les barrages de marée sont des barrages qui enclavent des estuaires soumis à l'influence de la marée et laissent l'eau pénétrer dans l'estuaire à la marée montante. Le barrage est fermé à marée haute pour constituer un réservoir d'eau, qui est ensuite libéré par une turbine à marée basse. Une lagune de marée fonctionne selon des principes semblables à ceux d'un barrage, mais implique la construction d'une lagune artificielle plutôt que l'exploitation d'un estuaire existant.

- ***L'énergie marémotrice dynamique*** consiste à capter l'énergie des courants de marée qui se déplacent parallèlement au rivage. D'un point de vue purement conceptuel à l'heure actuelle, l'énergie marémotrice dynamique comprend un long barrage en forme de T qui s'étend de façon perpendiculaire à la côte et génère de l'électricité lorsque les courants de marée traversent des turbines intégrées à la structure[15].

Contrairement à l'énergie éolienne, l'énergie marémotrice est régulière et largement prévisible. Elle est particulièrement prometteuse pour le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, dont

---

[11] Carbon Trust, « Floating Offshore Wind: Market Technology and Review » (juin 2015), en ligne (pdf) : <prod-drupal-files.storage.googleapis.com/documents/resource/public/Floating%20Offshore%20Wind%20Market%20Technology%20Review%20-%20REPORT.pdf>.

[12] Aldo Chircop et Peter L'Esperance, « Functional Interactions and Maritime Regulation: The Mutual Accommodation of Offshore Wind Farms and International Navigation and Shipping » dans A. Chircop, S. Coffen-Smout & M. L. McConnelll, dir, *Ocean Yearbook 30*, Leiden, Boston, Brill, 2016; Agence internationale de l'énergie, « Renewables: Wind Energy », en ligne : <web.archive.org/web/20170501051252/http://www.iea.org/topics/renewables/subtopics/wind/>.

[13] Analyse des marchés de l'énergie, *supra* note 7 à la p 25.

[14] En 2017, Beothuk Energy Inc. avait proposé l'installation de parcs éoliens en mer d'une puissance totalisant 3 200 MW dans les eaux au large de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse, de Terre-Neuve-et-Labrador et du Nouveau-Brunswick, tandis que NaiKun Wind Development Inc. avait proposé un parc éolien de 400 MW dans le détroit d'Hecate, en Colombie-Britannique : voir Analyse des marchés de l'énergie, *supra* note 7 à la p 25.

[15] Analyse des marchés de l'énergie, *supra* note 7 à la p 24; Marine Renewables Canada, « Clean, Blue Energy: Powering Canada's Economy with Marine Renewable Energy » (juin 2021) aux pp 2, 5, en ligne (pdf) : <marinerenewables.ca/wp-content/uploads/2021/06/MRC-Blue-Economy-Strategy-Submission-FINAL-1.pdf> (« Blue Energy »).

les frontières respectives s'étendent probablement jusqu'à la baie de Fundy. On estime que le potentiel théorique d'énergie marémotrice de la baie de Fundy peut atteindre une puissance de 60 000 MW, dont 2 400 MW peuvent être exploités sans que cela entraîne de répercussions importantes sur le milieu marin[16].

À ce jour, l'activité marémotrice dans le Canada atlantique s'est limitée à la Nouvelle-Écosse. Le barrage en eau vive d'Annapolis Royal a cessé ses activités en 2019 et sera déclassé[17], mais diverses technologies marémotrices ont été mises à l'essai ou sont en cours au site d'essai sur l'énergie marémotrice du Fundy Ocean Research Center for Energy (FORCE) dans le passage Minas[18]. Marine Renewables Canada a récemment décrit l'activité marémotrice en Nouvelle-Écosse comme suit[19] :

> [Traduction]
>
> À l'heure actuelle, environ 30 MW d'électricité renouvelable sont autorisés et en cours de développement. Chez FORCE, DP Energy développera son projet d'énergie marémotrice Uisce Tapa, un projet de 9 MW financé à hauteur de 29,7 millions de dollars par le gouvernement du Canada dans le cadre de son Programme des énergies renouvelables émergentes (PERE). Plus récemment, Sustainable Marine a reçu 28,5 millions de dollars par l'entremise du PERE pour produire jusqu'à 9 MW sur le site de FORCE au moyen de sa technologie d'énergie marémotrice flottante en eau vive PLAT-I, et BigMoon Power a remporté un appel d'offres pour l'occupation du poste vacant de FORCE. En plus de ces projets de plus grande envergure, un certain nombre de petits projets sont en cours dans d'autres régions de la baie de Fundy. En effet, Nova Innovation, Jupiter Hydro et New Energy Corporation se sont tous vu délivrer des permis.

Bien que le secteur n'ait pas connu une croissance aussi rapide que prévu, la technologie demeure prometteuse. Comme le souligne Marine Renewables Canada, [traduction] « la modélisation suggère que les taux de croissance observés dans le secteur de l'énergie éolienne extracôtière ces 20 dernières années seront reproduits dans le secteur de l'énergie tirée des vagues et des marées de 2030 à 2050[20] ».

**iii. Technologie houlomotrice**

Les technologies houlomotrices génèrent de l'électricité à partir du mouvement de surface ou des fluctuations de la pression sous-marine causées par l'action des vagues. Diverses technologies houlomotrices font l'objet d'essais et d'examens aux étapes de la démonstration et de la conception. Le Canada, riche d'un long littoral, pourrait profiter de la commercialisation de la technologie houlomotrice. Certains estiment le potentiel exploitable de l'énergie tirée des vagues au Canada à 16 000 MW[21].

La Colombie-Britannique est actuellement l'épicentre de la recherche et du développement sur l'énergie tirée des vagues au Canada, où plusieurs projets de recherche sont en cours. Le Canada atlantique présente aussi un potentiel important d'énergie tirée des vagues[22], mais aucun projet de ce genre n'est actif sur la côte Est.

---

[16] One Nova Scotia Coalition, « We Choose Now: A Playbook for Nova Scotians » (2015) à la p 72, en ligne (pdf) : <static1.squarespace.com/static/560e8359e4b015462b7d4b37/t/5638d589e4b0ce96e22646ad/1446565257252/15-43356+We+Choose+Now+FOR+WEB+Nov+2.pdf>.

[17] Paul Withers, « Nova Scotia Power to pull plug on tidal station, seeks $25M from ratepayers », *CBC* (23 février 2021), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/nova-Scotia/nova-Scotia-power-Annapolis-generating-station-1.5924509>.

[18] FORCE est une installation de recherche sans but lucratif qui sert d'hôte aux développeurs de turbines, mettant à leur disposition un site autorisé, une infrastructure électrique, une installation d'observation et un raccordement au réseau électrique. Voir FORCE, « About Us », en ligne : <fundyforce.ca/about-us>.

[19] Blue Energy, *supra* note 15 à la p 12.

[20] Blue Energy, *supra* note 15 à la p 5.

[21] Marine Renewables Canada, « Facts: Wave Energy » (dernière consultation le 10 février 2022), en ligne : <marinerenewables.ca/facts/wave-energy/>.

[22] *Ibid*.

## B) QUESTIONS DE COMPÉTENCE ET RÉGLEMENTATION PROVINCIALE DE L'ERE EN VIGUEUR

L'incursion fédérale naissante dans la réglementation de l'ERE ne peut être évaluée de manière efficace sans comprendre les principes constitutionnels qui compliquent cet écheveau législatif, et sans tenir compte de l'état actuel des efforts provinciaux dans ce domaine. Comme le souligne le juge La Forest, [traduction] « la coopération fédérale-provinciale sera requise, à de nombreuses occasions, pour entreprendre une démarche exhaustive et rationnelle pour le développement des ressources hydriques[23] ». L'élaboration d'une réglementation « exhaustive et rationnelle » de l'ERE représente justement l'une de ces occasions.

### i. Cadre constitutionnel – Division des pouvoirs et questions relatives à la frontière

Une exposition complète des enjeux relatifs aux compétences et des questions relatives aux frontières maritimes non réglées dans le Canada atlantique dépasse la portée du présent document[24]. Voici un résumé des questions pertinentes.

#### Compétence législative fédérale et propriété

La majeure partie du pouvoir législatif sur les aspects de l'ERE en mer relève du Parlement. Le pouvoir résiduaire du Parlement « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces », revêt une importance cruciale en ce qui concerne l'ERE[25]. Cette disposition confère au Parlement le pouvoir de réglementer les activités pétrolières et gazières extracôtières au-delà du territoire provincial[26], et elle s'appliquera de la même façon à toute activité de valorisation de l'ERE dans ces régions.

De plus, le Parlement a compétence exclusive sur les catégories de sujets liés aux océans énumérés à l'article 91. L'article 91 confère au Parlement le pouvoir sur les catégories de sujets suivantes : « Les amarques, les bouées, les phares et l'île de Sable »; « La navigation et les bâtiments ou navires »; « Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur »; et « Les passages d'eau (ferries) entre une province et tout pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces[27] ». Parmi celles-ci, les pouvoirs sur la navigation et les pêcheries sont particulièrement importants en ce qui concerne les activités de valorisation de l'ERE.

Le pouvoir fédéral est également pertinent en ce qui concerne la réglementation des lignes de transport transfrontalières et des exportations d'énergie. Le Parlement peut légiférer en ce qui concerne les sujets « expressément exceptés » des pouvoirs conférés exclusivement aux provinces[28], tandis que le pouvoir des provinces de réglementer « les travaux et entreprises d'une nature locale » exclut expressément les travaux et entreprises d'une nature internationale ou interprovinciale[29]. Le Parlement a également le pouvoir, par déclaration, d'exempter de la compétence provinciale des entreprises situées entièrement à l'intérieur d'une province, au motif que cette exemption est « pour l'avantage général du Canada » ou à l'avantage de deux provinces ou plus[30].

Il convient également de souligner que les droits de propriété et les quasi-droits de propriété du Canada en tant qu'état côtier sur l'océan et le fond marin adjacent au-delà de ses eaux intérieures relèvent du droit international[31]. Étant donné que le droit international ne reconnaît

---

[23] La Forest, *supra* note 2 à la p 17.

[24] Nous recommandons au lecteur de se reporter à l'examen approfondi présenté dans Tidal Energy, *supra* note 3.

[25] *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91, reproduit dans LRC 1985, annexe II, nº 5.

[26] *Reference Re: Offshore Mineral Rights (Colombie-Britannique)* [1967] SCR 792, 65 DLR (2d) 353 (« BC Offshore Reference »); *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 RCS 86, 5 DLR (4ᵉ) 385 (« Hibernia Reference »).

[27] *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 25, arts 91(9), (10), (12), (13).

[28] *Ibid* art 91(29).

[29] *Ibid* art 92(10)a).

[30] *Ibid* arts 91(29), 92(10)a).

[31] Voir généralement BC Offshore Reference et Hibernia Reference, *supra* note 26.

généralement pas les sous-unités politiques des états fédéraux[32], les droits sur les ressources océaniques et les fonds marins concédés par le droit international relèvent du gouvernement fédéral[33]. Ainsi, la *Loi sur les océans* prévoit que les droits relatifs au fond marin et au sous-sol des eaux intérieures et de la mer territoriale du Canada sont dévolus à la Couronne fédérale, sauf s'ils sont situés à l'intérieur d'une province[34]. De même, tous les droits sur le fond marin ou le sous-sol de la zone économique exclusive et sur le plateau continental sont dévolus à la Couronne fédérale[35].

Outre la réglementation propre à l'ERE en vertu de la partie 5 de la LRCE, certaines lois fédérales s'appliqueront aux projets d'ERE. Certaines lois fédérales ne s'appliqueront qu'aux projets d'ERE situés à l'extérieur du territoire provincial. Par exemple, le *Règlement sur les activités concrètes*[36] prévoit que les activités liées à certains projets éoliens et hydroélectriques au large des côtes qui se déroulent dans des « zones extracôtières » (définies par renvoi à la LRCE comme étant les zones à l'extérieur d'une province)[37] sont assujetties à la *Loi sur l'évaluation d'impact*[38] (« LEI »).

Dans d'autres cas, les exigences réglementaires en vertu des lois fédérales qui l'emportent s'appliqueront aux projets d'ERE, même s'ils sont situés dans des zones marines provinciales. Par exemple, les exigences en matière de réglementation et de délivrance de permis en vertu des lois fédérales suivantes (entre autres) s'ajouteront aux exigences provinciales applicables aux projets d'ERE situés sur le territoire provincial[39] : *Loi sur les eaux navigables canadiennes*[40]; *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*[41]; *Loi sur les pêches*[42]; *Loi sur les espèces en péril*[43]; *Loi de 1994 sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*[44] et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*[45].

**Compétence législative provinciale et propriété**

Il est clair que les provinces ont des pouvoirs sur les principaux aspects terrestres de l'ERE, y compris la réglementation de l'électricité à l'intérieur des limites de leur territoire. De plus, lorsque les frontières des provinces de l'Atlantique s'étendent aux zones marines, elles contrôlent le fond marin et ont compétence sur les projets d'ERE situés dans ces zones.

L'autorité provinciale sur les sujets législatifs suivants est pertinente pour l'ERE, à savoir la gestion et la vente des terres publiques appartenant à la province, les travaux et entreprises d'une nature locale, la propriété et les droits civils, et toutes les questions de nature purement locale ou privée[46]. Ces pouvoirs sont particulièrement pertinents pour les aspects terrestres de l'ERE, comme la construction et l'exploitation d'une infrastructure à terre, le raccordement de l'ERE aux réseaux électriques provinciaux, la réglementation des accords d'achat d'électricité et des services publics dans la province, la réglementation environnementale et la réglementation du travail et de l'emploi.

---

[32] H Kindred et al, dir, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2006, aux pp 38–43; BC Offshore Reference, *supra* note 26; Hibernia Reference, *supra* note 26.

[33] Hibernia Reference, *supra* note 26; Tidal Energy, *supra* note 3 aux pp 34–45; Ocean Economy, *supra* note 3 aux pp 23–26, 30–31.

[34] *Loi sur les océans*, LC 1996, c 31, art 8(1).

[35] *Ibid*, arts 15(1), 19(1).

[36] DORS/2019-285, Annexe – Activités concrètes, arts 42–45.

[37] LRCE, *supra* note 5, art 2, « *zone extracôtière* ».

[38] SC 2019, c 28, art 1 (« IAA »).

[39] Voir l'analyse dans Tidal Energy, *supra* note 3 aux pp 49–53.

[40] LRC 1985, c N-22.

[41] LC 2001 c 26.

[42] LRC 1985, c F-14.

[43] LC 2002, c 29.

[44] LC 1994, c 22.

[45] LC 1999, c 33.

[46] *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 25, arts 92(5), (10), (13), (16).

L'article 92A est également pertinent puisqu'il confère le pouvoir exclusif d'adopter des lois dans les domaines suivants : « aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique[47] ». Les provinces des titres de propriété à l'égard de terres et de ressources et ne peuvent adopter des lois qu'« à l'intérieur » des limites de leurs territoires respectifs[48]. Le pouvoir conféré par l'article 92A est essentiel à la capacité d'une province de réglementer les projets d'ERE dans les zones marines à l'intérieur du territoire de la province.

Il est donc malheureux que les frontières marines des provinces de l'Atlantique soient, dans certains cas, incertaines[49]. La règle générale est que le « royaume », par conséquent, le territoire d'une province, se termine à la laisse de basse mer, à moins que le Parlement ne l'ait expressément étendu[50]. Il existe toutefois certaines exceptions applicables à cette règle. Premièrement, en common law, les eaux intérieures, comme celles des ports, des baies ou d'autres eaux situées « entre deux bras de terre » (*inter fauces terrae*), font partie du comté adjacent, et donc de la province[51]. Dans la mesure où un projet d'ERE est situé dans ces eaux intérieures, il est relativement clair que la province concernée contrôle le fond marin et peut légiférer à l'égard des projets d'ERE qui y sont situés.

Une deuxième exception se présente lorsque les limites d'une province avant la Confédération ont été définies de manière à englober les zones marines au-delà de la laisse de basse mer et à l'extérieur de la zone *inter fauces terrae*. Ces limites ont été fixées au moment de l'union, et les terres, les mines et les minéraux qui en faisaient partie qui appartenaient à la province au moment de l'union ont continué de lui appartenir[52]. Il s'ensuit dans ces cas que la province est propriétaire du fond marin et, en vertu de l'alinéa 92A(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aura compétence sur les projets d'ERE dans ces zones.

Comme M. Doelle et ses collègues l'ont fait remarquer, les provinces de l'Atlantique n'ont pas encore réglé leurs revendications historiques concernant diverses zones marines, y compris la compétence antérieure à la Confédération sur les mers territoriales de trois milles marins[53]. Il est important de noter que le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse prétendent depuis longtemps que leurs frontières d'avant la Confédération s'étendent jusqu'au milieu de la baie de Fundy, tandis que le Nouveau-Brunswick peut prétendre partager la baie des Chaleurs avec le Québec[54]. Mais le bien-fondé de ces prétentions n'a pas été, à la connaissance des auteurs, clairement reconnues par la Couronne fédérale[55]. Les limites précises du territoire marin des provinces de l'Atlantique et, par conséquent, l'étendue de leur compétence principale sur les projets d'ERE demeurent incertaines.

---

[47] *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 25, art 92A(1)c).

[48] Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2006 Student Ed, Toronto, Thomson Carswell, 2006 à la p 318.

[49] Tidal Energy *supra*, note 3 aux pp 34–45.

[50] Voir *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*, [1984] 1 RCS 388 à la p 400, 8 DLR (4e) 161 ("Straits Reference"), citant *R. v Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63.

[51] Hogg, *supra* note 48 à la p 319; *Straits Reference*, *supra* note 50 à la p 396; La Forest, *supra* note 2 à la p 464.

[52] Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 25, art 7 (en ce qui concerne le N-B et la N-É) et art 109 en ce qui concerne T-N-L, voir la *Loi sur Terre-Neuve (Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949)* 12-13 Geo VI, c 22 (R-U), reproduit dans LRC 1985, annexe II, nº 32, Annexe I Conditions de l'Adhésion, arts 2 et 37 (qui sont analogues aux arts 7, 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). En ce qui concerne l'Î-P-É, voir *Condition de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* (R-U), 1873, reproduit dans LRC 1985, annexe II, nº 12.

[53] Tidal Energy, *supra* note 3 à la p 37.

[54] Tidal Energy, *supra* note 3 aux pp 39–41; La Forest, *supra* note 2 à la p 464.

[55] La zone extracôtière de la Nouvelle-Écosse, telle que définie dans la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers*, LC 1988, c 28, art 2, « *zone extracôtière* » et annexe I, et la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers*, SNS 1987, c 3 (ensemble, les « Lois de mise en œuvre de l'Accord de la Nouvelle-Écosse »), à l'art 2r) et à l'annexe I, englobe la partie revendiquée de la baie de Fundy par la Nouvelle-Écosse. Toutefois, ces lois étaient le résultat d'un compromis politique entre la Nouvelle-Écosse et le Canada, et les deux lois (art 3) prévoient expressément que ces lois ne doivent pas être interprétées comme constituant un fondement pour une réclamation par l'autre gouvernement ou en son nom d'un intérêt ou d'une compétence dans une zone extracôtière ou à l'égard de ressources biologiques ou non qui s'y trouvent.

**ii. Approches provinciales existantes à l'égard de l'ERE**

La LRCE et d'autres lois fédérales s'appliqueront dans les zones marines contiguës aux zones marines provinciales et régiront certains aspects des projets d'ERE situés dans les zones marines provinciales. À ce jour, seule la Nouvelle-Écosse a adopté des lois propres à l'ERE. T.-N.-L., le N.-B. et l'Î.-P.-É. ont des paniers d'énergies et des priorités stratégiques différents, mais pourraient emboîter le pas et se doter d'une réglementation propre à l'ERE à mesure que les technologies progressent. Un examen détaillé de la façon dont la législation sur l'énergie des provinces de l'Atlantique s'applique à l'ERE dépasse la portée du présent document. La section qui suit donne un aperçu des approches provinciales actuelles en matière d'ERE.

**Nouveau-Brunswick**

La production d'énergie du Nouveau-Brunswick provient d'une proportion à peu près égale des énergies renouvelables, du nucléaire et des combustibles fossiles. Entre les énergies renouvelables et l'énergie nucléaire, environ 70 % de l'électricité de la province provient de sources non émettrices. L'hydroélectricité représente la majeure partie de la production d'énergie renouvelable, suivie de l'énergie tirée du vent et de la biomasse. En plus de produire de l'électricité pour la consommation intérieure, le Nouveau-Brunswick produit environ les trois quarts de l'électricité de l'Î.-P.-É[56].

La *Loi sur l'électricité*[57] du N.-B. ne traite pas expressément de l'ERE et la province a généralement adopté une approche prudente à cet égard. En 2007, le ministère des Ressources naturelles a élaboré une politique provisoire sur la répartition des terres de la Couronne à l'appui de la recherche sur l'énergie marémotrice, qui a été remplacée en 2011 par la politique sur l'*Attribution de terres de la Couronne pour des projets de conversion de l'énergie marémotrice d'eau vive*[58]. Comme le suggère le titre, la politique se limite aux exigences relatives au mode de tenue pour les projets d'énergie marémotrice. Elle exclut expressément toute application aux projets d'énergie tirée des vagues ou d'énergie éolienne en mer[59]. La politique du N.-B. sur l'*Allocation de terres de la Couronne à la production d'énergie éolienne* ne s'applique pas aux terres de la Couronne submergées[60]. De même, la politique du N.-B. sur les terres submergées de la Couronne exclut expressément le développement de projets d'énergie tirée des vagues, éolienne et marémotrice[61].

**Terre-Neuve-et-Labrador**

Terre-Neuve-et-Labrador est le troisième producteur d'énergie hydroélectrique en importance au Canada et un important exportateur d'électricité. En 2018, T.-N.-L. a produit environ 96 % de sa production d'énergie totale à partir de sources renouvelables, la grande majorité étant de l'hydroélectricité et une petite partie de l'énergie éolienne[62].

La *Electrical Power Control Act, 1994*[63] de Terre-Neuve-et-Labrador ne traite pas

---

[56] Régie de l'énergie du Canada, « L'électricité renouvelable au Canada – Nouveau-Brunswick » (dernière modification le 16 avril 2021), en ligne (pdf) : <cer-rec.gc.ca/fr/donnees-analyse/produits-base-energetiques/electricite/rapport/electricite-renouvelable-canada/provinces/electricite-renouvelable-canada-nouveau-brunswick.html>.

[57] LN-B 2013, c 7.

[58] Nouveau-Brunswick, ministère des Ressources naturelles, *Attribution de terres de la Couronne pour des projets de conversion de l'énergie marémotrice d'eau vive*, numéro de politique CLM-022-2009 (Fredericton : Ministère des Ressources naturelles, 1er juin 2011), en ligne (pdf) : <www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/nr-rn/pdf/fr/Publications/CLM0222009.pdf>.

[59] *Ibid*, section 1.6.

[60] Nouveau-Brunswick, ministère des Ressources naturelles, *Allocation de terres de la Couronne à la production d'énergie éolienne*, numéro de politique CLM-017-2005, Fredericton, 2005. Ministère des Ressources naturelles, 7 février 2012) à la section 5.2, en ligne (pdf) : <www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/nr-rn/pdf/fr/Publications/CLM0172005.pdf>.

[61] Nouveau-Brunswick, ministère des Ressources naturelles, *Politique sur les terres submergées de la Couronne*, numéro de politique CLM-014-2004 (Fredericton : Ministère des Ressources naturelles, 12 mai 2014) à la section 4.1.2, en ligne (pdf) : <www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/nr-rn/pdf/fr/Publications/CLM0142004.pdf>.

[62] Régie de l'énergie du Canada, « L'électricité renouvelable au Canada – Terre-Neuve-et-Labrador » (dernière modification le 19 mars 2021), en ligne : <www.cer-rec.gc.ca/fr/donnees-analyse/produits-base-energetiques/electricite/rapport/electricite-renouvelable-canada/provinces/electricite-renouvelable-canada-terre-neuve-labrador.html>.

[63] SNL 1994, c E-5.1.

expressément de l'ERE. En décembre 2021, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador a publié un plan, le Renewable Energy Plan[64], qui décrit sa planification, sur un horizon de cinq ans, pour exploiter les possibilités offertes par les énergies renouvelables. Il ne semble pas que l'ERE soit une priorité pour la province. Le plan décrit les ressources renouvelables inexploitées de la province en ces termes[65] :

> [Traduction]
>
> Cependant, les données de la province sur l'énergie éolienne montrent qu'il s'agit d'une ressource riche et constante que peu d'administrations peuvent égaler. [Traduction] Elle offre des possibilités de fournir de l'énergie au réseau, d'alimenter les activités d'exploitation pétrolière et gazière au large des côtes et de produire de l'hydrogène et de l'ammoniac verts pour l'exportation. […] **De plus, comme la province jouit d'un accès vaste aux océans, certains participants ont soulevé le potentiel que présente l'énergie éolienne en mer pour l'avenir, ainsi que la production d'énergie tirée des vagues/marémotrice à mesure que la technologie devient plus disponible sur le marché et plus économique.** [emphase ajoutée]

Le plan exprime l'intention du gouvernement d'examiner et de mettre à jour le cadre réglementaire de la province en vue de faciliter les [traduction] « scénarios prévisibles de développement de l'énergie renouvelable[66] ».

Il est intéressant de noter que les efforts déployés pour amener le secteur pétrolier et gazier actif au large des côtes de T.-N.-L. à atteindre la carboneutralité, par l'électrification, donnent l'élan pour faciliter la production d'ERE et, en particulier, d'énergie éolienne en mer. Le plan de T.-N.-L. pour les énergies renouvelables indique ce qui suit[67] :

> [Traduction]
>
> Les plates-formes de forage en haute mer pour le pétrole et le gaz de Terre-Neuve-et-Labrador sont principalement alimentées par le gaz naturel, un sous-produit du processus d'extraction du pétrole en mer. […] Pour atteindre son objectif de carboneutralité, une approche multidimensionnelle est envisagée, et celle-ci passe notamment par l'électrification des projets d'énergie renouvelable sur terre ou en mer.

À cet égard, l'association sans but lucratif de l'industrie pétrolière et gazière, Energy Research & Innovation NL, a commandé un projet, financé par le Fonds de réduction des émissions de RNCan, afin d'examiner la pertinence des concepts d'énergie éolienne flottante pour alimenter les installations pétrolières et gazières extracôtières[68].

**Île-du-Prince-Édouard**

L'Î.-P.-É. importe environ 75 % de son électricité du N.-B. En ce qui concerne la production sur l'Île, en 2018, les parcs éoliens terrestres ont généré 99,2 % de la production totale, la part restant provenant de la production de pétrole et de diesel pour assurer le service de pointe et d'urgence[69]. La *Electrical Power Act*[70] et la *Renewable Energy Act*[71] de la province ne traitent pas expressément de l'ERE.

---

[64] Terre-Neuve-et-Labrador, ministère de l'Industrie, de l'Énergie et de la Technologie, « Maximizing Our Renewable Future: A Plan for Development of the Renewable Energy Industry in Newfoundland and Labrador » (décembre 2021), en ligne (pdf) : <www.gov.nl.ca/iet/files/Renewable-Energy-Plan-Final.pdf>.

[65] *Ibid* à la p 14.

[66] *Ibid* à la p 25–26.

[67] *Ibid* à la p 19.

[68] Energy Research & Innovation Newfoundland & Labrador, « Projects: Evaluation of Floating Wind Technology », en ligne : <energyresearchinnovation.ca/projects/>.

[69] Régie de l'énergie du Canada, « L'électricité renouvelable au Canada – Île-du-Prince-Édouard » (dernière modification le 19 mars 2021), en ligne : <www.cer-rec.gc.ca/fr/donnees-analyse/produits-base-energetiques/electricite/rapport/electricite-renouvelable-canada/provinces/electricite-renouvelable-canada-ile-prince-edouard.html>.

[70] RSPEI 1988, c E-4.

[71] RSPEI 1988, c R-12.1.

La Provincial Energy Strategy 2016-2017[72] de l'Î.-P.-É. propose une stratégie décennale visant à développer la province de façon plus durable et indépendante sur le plan de l'énergie. La stratégie affiche peu d'optimisme quant au potentiel marémoteur de l'Î.-P.-É.[73] :

> [Traduction]
>
> Comme nous l'avons indiqué, même si l'on prévoit une réduction des coûts de l'énergie marémotrice, celle-ci devrait continuer de coûter beaucoup plus cher que d'autres sources d'énergie renouvelable dans un avenir prévisible. Des recherches antérieures avaient laissé entendre que la région du détroit de Northumberland présentait un certain potentiel de ressources pour l'énergie marémotrice. Une analyse plus poussée du potentiel de cette région indique que les courants de marée maximums sont faibles, soit inférieurs à deux nœuds, et bien en deçà du flux de référence de quatre nœuds pour la technologie actuelle. Par conséquent, le gouvernement provincial continuera de surveiller l'évolution du potentiel de l'énergie marémotrice, notamment sur le plan de réductions importantes des coûts. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne les mesures concrètes, il existe d'autres avenues plus rentables qui pourraient être suivies dans les 10 prochaines années.

La stratégie de l'Î.P.É. est nettement plus favorable à l'énergie éolienne qu'à l'énergie marémotrice, tant pour ce qui est de la production destinée à la consommation sur l'île que des possibilités d'exporter de l'énergie éolienne vers le marché de la Nouvelle-Angleterre[74]. Cependant, la stratégie n'envisage pas de façon distincte l'énergie éolienne en mer comme une source de production potentielle[75].

**Nouvelle-Écosse**

Sur le plan de la réglementation de l'ERE, la Nouvelle-Écosse est la première de provinces de l'Atlantique à agir et considère le développement du secteur de l'énergie marémotrice, en particulier, comme une avenue prioritaire. En 2012, la province a publié une stratégie sur l'énergie marine renouvelable, résumée comme suit[76] :

> [Traduction]
>
> La Stratégie comporte trois plans principaux pour donner suite aux initiatives de recherche, de développement et de réglementation qui ont été élaborées pour réaliser la vision de la Nouvelle-Écosse de devenir un chef de file mondial dans le développement de technologies et de systèmes qui produisent de l'électricité à partir de l'océan à un prix concurrentiel et de façon durable du point de vue de l'environnement. L'énergie des vagues et l'énergie éolienne en mer font partie de la stratégie, mais les marées demeurent le point de mire principal, étant donné l'avantage unique de la Nouvelle-Écosse pour le développement et la croissance d'une nouvelle industrie marémotrice.

Dans la foulée de la stratégie susmentionnée, la province a présenté la *Marine Renewable-energy Act* (« MRA de la N.-É. ») en décembre 2015, laquelle est entrée en vigueur en janvier 2018[77]. Avant l'entrée en vigueur de la MRA de la N.-É., la mise en valeur de l'ERE en N.-É. se

---

[72] Gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard, « Provincial Energy Strategy 2016/2017 » (août 2016), en ligne (pdf) : <princeedwardisland.ca/sites/default/files/publications/pei_energystrategymarch_2017_web.pdf>.

[73] *Ibid* à la p 31.

[74] *Ibid* aux pp 27–30.

[75] La seule référence à l'« énergie éolienne en mer » de la stratégie se trouve dans un exemple où l'on mentionne qu'elle est l'une des [traduction] « ressources d'énergie renouvelable parmi celles de plus en plus coûteuses » sur lesquelles le marché de la Nouvelle-Angleterre pourrait devoir compter pour répondre aux normes visant un portefeuille d'énergies renouvelables pour l'État. Voir *ibid* à la p 29.

[76] Nouvelle-Écosse, ministère de l'Énergie, « Marine Renewable Energy Strategy » (Halifax : Ministère de l'Énergie, mai 2012) à la p 2, en ligne (pdf) : <energy.novascotia.ca/sites/default/files/Nova-Scotia-Marine-Renewable-Energy-Strategy-May-2012.pdf>.

[77] *Marine Renewable-energy Act*, SNS 2015, c 32 (la « MRA de la N-É»).

limitait en fait au déploiement de dispositifs d'énergie marémotrice en mer sur le site de FORCE dans la baie de Fundy. La délivrance de permis a été facilitée par le comité permanent de services à guichet unique (One-Window Standing Committee), qui réunit une diversité d'organismes de réglementation fédéraux et provinciaux[78]. Par son entremise, les promoteurs ont pu avoir accès aux ministères pertinents pour discuter et examiner un projet proposé. Les projets reliés au réseau électrique de la Nova Scotia Power Inc. (« NSPI ») assujettis, entre autres exigences en matière d'interconnexion, au Developmental Tidal Feed-In Tariff (tarifs de rachat garantis pour les projets d'énergie marémotrice) en vertu du *Renewable Electricity Regulations*[79].

En vertu de la MRA de la N.-É., les promoteurs n'ont plus besoin de s'inscrire dans les régimes de FORCE ou de tarifs de rachat garantis. Le régime a été élargi des tarifs d'alimentation pour l'énergie marémotrice pour envisager l'autorisation de projets d'énergie tirée des vagues et des [traduction] « vents soufflant au-dessus des eaux marines[80] ». Les promoteurs doivent détenir une licence ou un permis délivré en vertu de la Loi afin de construire, d'installer ou d'exploiter, dans une zone prioritaire d'énergie marine renouvelable, un générateur, un câble ou tout autre équipement ou structure utilisé ou destiné à être utilisé avec un générateur[81]. La Loi désigne deux « zones prioritaires » d'énergie marine renouvelable, actuellement situées dans la baie de Fundy et les lacs Bras d'Or du Cap-Breton[82]. De plus petites « marine renewable-electricity areas » (MREA) (zones de production d'électricité de sources marines renouvelables) sont désignées dans la grande zone prioritaire de la baie de Fundy; à l'heure actuelle, il s'agit des MREA de FORCE, de Digby Gut, de Grand Passage et de Petit Passage[83]. Les seuls types de « générateurs reliés » (*c.-à-d.* générateurs produisant de l'électricité à partir de solutions d'ERE pour utilisation ou consommation à terre) dont l'exploitation peut actuellement être autorisée dans chacune de ces MREA sont les convertisseurs d'énergie marémotrice[84]. Toutefois, la province peut, par règlement, ajouter des technologies supplémentaires dont l'exploitation peut être autorisée dans les MREA[85]. Les technologies autres que celles de production d'énergie marémotrice peuvent être exploitées en vertu d'un permis, peu importe l'endroit, pourvu qu'elles utilisent des « générateurs non reliés[86] ». Un programme limité de permis de démonstration d'une capacité allant jusqu'à 10 MW est également accessible, ce qui permet l'exploitation de générateurs reliés d'une capacité nominale jusqu'à 5 MW à l'extérieur des MREA[87].

Il convient de souligner que les espaces marins revendiqués en vertu de la MRA de la N.-É. reflètent les revendications historiques de la N.-É. à l'égard de zones marines, en particulier sa revendication d'environ la moitié de la baie de Fundy située dans le Canada. La zone prioritaire de Fundy pour l'énergie marine renouvelable (« zone prioritaire de Fundy ») décrite à l'annexe B de la MRA de la N.-É. comme « Fundy Area of Marine Renewable-energy Priority » englobe quelque 7 260 kilomètres carrés de territoire à l'intérieur et autour de la baie de Fundy, jusqu'à sa

[78] Entre autres, RNCan, Environnement Canada, Pêches et Océans Canada, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (maintenant l'Agence d'évaluation d'impact), Transports Canada, les ministères de l'Environnement, du Travail, de l'Énergie, des Pêches et de l'aquaculture et des Ressources naturelles de la Nouvelle-Écosse. Voir Nouvelle-Écosse, ministère de l'Énergie et ministère des Ressources naturelles, « Guidelines for Permitting of a Pre-Commercial Demonstration Phase for Offshore Renewable Energy Devices (Marine Renewables) in Nova Scotia » (août 2012) à la p 4, en ligne (pdf) : <energy.novascotia.ca/sites/default/files/Final-Guidelines-for-Permitting-Demonstration-Phase.pdf>.

[79] *Renewable Electricity Regulations*, NS Reg 155/2010 pris en vertu de la *Electricity Act*, SNS 2004, c 25, arts 3(1), 22.

[80] MRA de la N-É, *supra* note 77, art 3(1)n)(i) « marine renewable-energy resources ».

[81] *Ibid*, art 12.

[82] *Ibid*, art 10(1).

[83] *Ibid*, arts 13–16.

[84] *Ibid*, arts 13(2), 14(2), 15(2), 16(2).

[85] *Ibid*, arts 13(4)b), 14(4)b), 15(4)b), 16(4)b), 70(1)b).

[86] *Ibid*, arts 36a)–b).

[87] *Ibid*, art 35(7).

frontière commune avec le N.-B[88]. Cependant, l'annexe B exclut expressément de la zone prioritaire de la baie de Fundy [traduction] « tout territoire privé ou domanial ou île provinciale à l'intérieur » des limites décrites à l'annexe B.Étant donné que la revendication historique de la Nouvelle-Écosse n'a pas été réglée par les tribunaux ni entièrement concédée par le Canada[89], l'application de la MRA de la N.-É. au territoire demeure incertaine.

L'aperçu ci-dessus indique que trois des quatre provinces de l'Atlantique n'ont pas encore élaboré de cadres de réglementation pour l'ERE. Cela ne signifie pas pour autant que l'ERE ne peut pas s'inscrire dans le cadre actuel des lois sur l'énergie de ces provinces. Quoi qu'il en soit, cela ouvre la voie à la collaboration avec le gouvernement fédéral et entre chacune des provinces pour élaborer un système de gestion plus complet. La N.-É., étant à première à agir dans le domaine législatif de l'ERE, dispose de lois qui doivent être appliquées en parallèle et en conjonction avec la LRCE. Toutefois, la ligne qui sépare l'application territoriale de la MRA de la N.-É. et de la LRCE restera floue tant que le Canada et la N.-É. ne prendront pas de mesures pour clarifier cette question.

## C) LE RÉGIME FÉDÉRAL EN VERTU DE LA LRCE

En gardant à l'esprit le contexte ci-dessus, la section qui suit porte sur la partie 5 de la LRCE, l'approche de RNCan à l'égard du RERE et l'orientation actuelle du gouvernement fédéral sur le processus d'obtention des droits fonciers pour les sites d'ERE dans les zones marines fédérales.

### i. Partie 5 de LRCE

La partie 5 de la LRCE traite de la délivrance de permis pour les projets d'ERE et les lignes extracôtières et, avec le RERE étant en suspens, sera la principale loi régissant les projets d'ERE situés à l'extérieur du territoire provincial. Une description des principaux éléments de la partie 5 suit.

**Activité réglementée – Projets d'ERE et lignes extracôtières**

Le mécanisme de réglementation fondamental de la partie 5 de la LRCE est l'obligation d'obtenir une autorisation de la Commission de la Régie de l'énergie du Canada (« Régie ») pour les activités liées à des « projets d'énergie renouvelable extracôtière » (« projets d'ERE ») et à des « lignes extracôtières ». Le projet d'ERE englobe non seulement la production à partir de sources d'ERE, mais aussi le stockage, le transport et les travaux de recherche et d'évaluation[90]. La Loi définit le terme comme suit[91] :

> ***Projet d'énergie renouvelable extracôtière*** Toute activité ci-après entreprise dans la zone extracôtière :
>
> a) la recherche ou l'évaluation relative à l'exploitation, réelle ou potentielle, d'une ressource renouvelable à des fins de production d'énergie;
>
> b) l'exploitation d'une ressource renouvelable à des fins de production d'énergie;
>
> c) l'entreposage d'une énergie produite à partir d'une ressource renouvelable;
>
> d) le transport d'une telle énergie, à l'exception du transport de l'électricité vers une province ou à l'étranger

Les lignes extracôtières sont définies comme « Installation construite ou exploitées en vue du transport de l'électricité provenant d'un projet d'énergie renouvelable extracôtière vers une province ou à l'étranger[92] ».

---

[88] *Ibid*, arts 10(1)b), annexe B.

[89] Voir *supra* note 55.

[90] LRCE, *supra* note 5, art 2.

[91] *Ibid*, art 2 « projet d'énergie renouvelable extracôtière »

[92] *Ibid*, art 2 « ligne extracôtière »

**Application territoriale**

Comme il a été mentionné, les projets d'ERE sont ceux qui sont réalisés dans la « zone extracôtière », qui s'entend[93] :

> a) de la partie des eaux intérieures du Canada – ou de la mer territoriale du Canada – qui ne se trouve pas, selon le cas :
>
> > (i) dans une province autre que les Territoires du Nord-Ouest,
> >
> > (ii) dans la région intracôtière, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*;
>
> b) du plateau continental du Canada et des eaux surjacentes au fond de ce plateau.

Deux éléments importants ressortent de ce qui précède. Tout d'abord, la LRCE est censée s'appliquer aux projets d'ERE situés dans toute la zone du plateau continental et des eaux surjacentes du Canada. Le Canada a sans aucun doute des droits souverains, en vertu de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (UNCLOS), d'exploiter « la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents » dans les limites de sa zone économique exclusive de 200 MM[94] (« ZEE »). Toutefois, le Canada a délimité les limites extérieures de son plateau continental dans l'océan Atlantique comme s'étendant au-delà de la limite de 200 MM de la ZEE[95]. Il n'est pas clair que les droits à l'égard du plateau continental du Canada appuient une revendication de compétence sur l'ERE, particulièrement au-delà de 200 MM, où le Canada ne peut pas se fier à ses droits coextensifs et élargis à l'égard de la ZEE. En ce qui concerne le plateau, le Canada « exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de son exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles[96] ». Cependant, l'UNCLOS définit les « ressources naturelles » du plateau comme « les ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires[97] ». Le vent, les vagues et les courants sont des ressources non biologiques de l'espace aérien et de la colonne d'eau, et non des fonds marins ou de leur sous-sol. L'UNCLOS indique clairement que « [l]es droits de l'État côtier sur le plateau continental n'affectent pas le régime juridique des eaux surjacentes ou de l'espace aérien situé au-dessus de ces eaux[98] ».

Il n'y a donc pas de certitude à savoir si l'ERE figure parmi les ressources naturelles du plateau continental à l'égard duquel le Canada a des droits souverains en vertu de l'UNCLOS. Les éoliennes installées pour alimenter les installations pétrolières et gazières sont probablement visées par les droits du Canada sur le plateau continental, mais la question de savoir si les parcs éoliens autonomes en haute mer sont visés par les droits relatifs au plateau continental est une autre question.

Si l'UNCLOS permet effectivement aux États côtiers d'autoriser l'activité de valorisation de l'ERE sur leur plateau continental au-delà de 200 MM, une autre question est de savoir comment le régime international de redevances de l'UNCLOS s'appliquera à toute activité de production d'ERE subséquente. Le paragraphe 82(1) de l'UNCLOS prévoit que « [l]'État côtier acquitte des contributions en espèces ou en nature au titre de l'exploitation des ressources non biologiques du plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base […][99] ». Il semble clair que le régime de redevances envisage la production de

---

[93] *Ibid*, art 2.

[94] *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1833 UNTS 3 (entrée en vigueur le 16 novembre 1994; ratifiée par le Canada le 7 novembre 2003) (« UNCLOS »), art 56(1)a).

[95] Canada, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, *Demande partielle du Canada à la Commission des limites du plateau continental concernant son plateau continental dans l'océan Atlantique : Partie I - résumé*, n° de catalogue FR5-82/1-2013F, Ottawa, Affaires étrangères, 2013, en ligne (pdf) : <www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/can70_13/es_can_fr.pdf>.

[96] UNCLOS, *supra* note 94, art 77(1).

[97] *Ibid*, art 77(4).

[98] *Ibid*, art 78(1).

[99] *Ibid*, art 82(1).

ressources minérales à partir des fonds marins et de leur sous-sol. La production d'ERE ne s'inscrit pas parfaitement dans ce schéma.

Les questions ci-dessus resteront probablement hypothétiques pendant un certain temps encore, mais si les parcs éoliens en haute mer deviennent réalité, il faudra peut-être les résoudre.

Le deuxième élément est plus immédiat. La LRCE ne délimite pas clairement les zones marines que le Canada prétend être à l'extérieur d'une province et qui sont donc assujetties à la LRCE. Comme il a été mentionné, la « zone extracôtière » comprend la partie des eaux intérieures et de la mer territoriale du Canada « qui ne se trouve pas, selon le cas dans une province autre que les Territoires du Nord-Ouest[100] ». Mais la LRCE ne précise pas les parties de ces eaux que le Canada considère comme faisant partie d'une province. Comme il a été mentionné ci-dessus, la MRA de la N.É. exclut également [traduction] « toute terre privée ou fédérale » de ses diverses zones marines définies sans délimiter ces zones exclues. Ensemble, les deux lois ne fournissent pas d'orientation claire aux organismes de réglementation sur la frontière entre les zones où ils peuvent exercer leurs pouvoirs d'application respectifs. C'est l'une des principales lacunes des approches de la Nouvelle-Écosse et du gouvernement fédéral jusqu'ici.

**Autorisations relatives à l'ERE**

Les exigences de la partie 5 en matière de permis ressemblent à celles qui s'appliquent aux activités et aux travaux d'exploitation pétrolière et gazière au large des côtes en vertu de la partie 3 de la législation constitutive de l'Office Canada – Nouvelle-Écosse des hydrocarbures extracôtiers[101] (OCNEHE) et de l'Office Canada – Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers[102] (OCTNLHE). Une autorisation est requise pour permettre à toute personne d'effectuer des travaux ou des activités dans la zone extracôtière liés à des projets d'ERE ou à des lignes extracôtières[103]. Une autorisation est également requise pour l'exécution d'un ouvrage ou d'une activité visant la construction, l'exploitation ou l'abandon d'une partie d'une ligne extracôtière située dans une province[104].

La Commission de la Régie est responsable de la délivrance des autorisations et de la réglementation des projets d'ERE et des lignes extracôtières. Il semble que la LRCE exigera que la Commission délivre une autorisation pour « des activités » projetées relativement à un projet d'énergie renouvelable extracôtière ou à une ligne extracôtière[105]. Les demandes d'autorisation doivent contenir tous les renseignements sur le projet d'ERE ou de ligne extracôtière qui sont exigés par la Régie ou prescrits par la réglementation. Cela peut comprendre des renseignements sur toute installation, tout équipement, tout système ou tout navire lié au projet ou à la ligne extracôtière[106]. Les éléments à considérer pertinents énumérés dans LRCE sont les suivantes[107] :

> a) les effets environnementaux, notamment les effets environnementaux cumulatifs;
>
> b) la sécurité des personnes et la protection des biens et de l'environnement;
>
> c) les effets sur la santé et les effets sociaux et économiques, notamment en ce qui a trait à l'interaction

[100] LRCE, *supra* note 5, art 2 « *zone extracôtière* ».

[101] Lois de mise en œuvre de l'Accord de la Nouvelle-Écosse, *supra* note 55.

[102] *Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada – Terre-Neuve-et-Labrador*, LC 1987, c 3; *Canada-Newfoundland and Labrador Accord Atlantic Accord Implementation Newfoundland and Labrador Act*, RSNL1990, c C-2 (ensemble, les « lois de mise en œuvre de l'Accord de T-N » et, avec les lois de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, les « lois de mise en œuvre des Accords »).

[103] LRCE, *supra* note 5, art 297(a).

[104] *Ibid*, art 297 (b).

[105] *Ibid*, art 298(1).

[106] *Ibid*, art 298(2).

[107] *Ibid*, arts 298(3)a)–g).

> du sexe et du genre avec d'autres facteurs identitaires;
>
> d) les intérêts et préoccupations des peuples autochtones du Canada, notamment en ce qui a trait à l'usage que font ces peuples de terres et de ressources à des fins traditionnelles;
>
> e) les effets sur les droits des peuples autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
>
> f) la mesure dans laquelle les effets du projet ou de la ligne 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;
>
> g) les évaluations pertinentes visées aux articles 92, 93 ou 95 de la *Loi sur l'évaluation d'impact*.

La disposition ci-dessus ne s'applique pas lorsque le projet d'ERE ou la ligne extracôtière se rapporte à un projet désigné faisant l'objet d'une évaluation d'impact en vertu de la LEI. En pareil cas, la Commission doit fonder sa décision uniquement sur le rapport établi en vertu de l'alinéa 51(1)d) de la LEI par la commission d'examen chargée de l'évaluation d'impact[108].

La LRCE impose des délais à l'intérieur desquels la Commission doit délivrer l'autorisation ou rejeter la demande. La limite est précisée par le commissaire en chef, mais ne peut pas dépasser 300 jours après la présentation d'une demande complète. Les délais sont toutefois assujettis à des exceptions et à des prorogations ministérielles, et il n'y a aucune conséquence législative si la Commission ne respecte pas le délai prescrit[109]. De plus, lorsque le projet d'ERE ou de ligne extracôtière en cause est un projet désigné qui fait l'objet d'une évaluation d'impact en vertu de la LEI[110], le délai de 300 jours prévu dans la LRCE est modifié de telle sorte que la Commission doit rendre sa décision dans les sept jours suivant la date à laquelle la décision du ministre concernant l'évaluation d'impact est publiée sur Internet en vertu de l'article 66 de la LEI[111].

Les autorisations peuvent être délivrées sous réserve d'un large éventail de conditions imposées par la Commission ou prescrites par règlement[112]. Il peut s'agir de conditions relatives aux approbations, aux dépôts d'argent, à la responsabilité pour les pertes, les dommages, les coûts ou les dépenses liés aux débris, à la réalisation d'études de sécurité ou de programmes ou d'études environnementaux, ainsi qu'à des certificats d'aptitude et aux entités qui peuvent les délivrer[113]. En l'absence de tout règlement imposant des paramètres à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission, le pouvoir de la Commission d'assortir les autorisations de conditions est très vaste, et il est utilisé à l'occasion par l'OCNEHE et l'OCTNLHE pour combler les lacunes législatives dans la réglementation des activités pétrolières et gazières extracôtières[114].

Comme il est indiqué ci-dessous, les demandeurs d'autorisation sont également tenus de fournir à la Commission certaines garanties financières concernant leur capacité à assumer la responsabilité des pertes, des dommages et des réclamations associés à l'activité autorisée.

La LRCE permet à la Commission de modifier une autorisation, que ce soit de sa propre initiative ou en réponse à une demande. Les autorisations sont également transférables en présentant une demande à cette fin à la Commission. La modification ou le transfert d'une autorisation permet à la Commission d'imposer des conditions supplémentaires ou

---

[108] LRCE, *supra* note 5, arts 299(b)–(c).

[109] *Ibid*, arts 298(4)–(8), (11). Le paragraphe 42(1) confère au commissaire en chef certains pouvoirs sur les commissaires s'il est convaincu que certains délais imposés par la Loi ne seront pas respectés. Toutefois, les délais prévus à la partie 5 ne font pas partie des délais énumérés au paragraphe 42(1).

[110] LEI, *supra* note 38.

[111] LRCE *supra* note 5, art 299(a).

[112] *Ibid*, art 298(9).

[113] *Ibid*, art 298(9).

[114] Shawn Denstedt et R J. Thrasher, « The Accord Acts Twenty Years Later » (2007) 30:2 Dal LJ 287.

des conditions qui remplacent celles auparavant associées à l'autorisation[115].

Les autorisations peuvent également être suspendues ou révoquées par la Commission, mais seulement si le titulaire en fait la demande ou y consent, ou s'il a contrevenu à une condition de l'autorisation. Dans ce dernier cas, la Commission doit aviser le titulaire de la contravention présumée et lui donner l'occasion d'être entendu[116].

**Responsabilité pour les débris et garanties financières**

La LRCE prévoit un régime de responsabilité pour les pertes causées par des « débris » provenant de projets d'ERE et de lignes extracôtières, semblable à celui prévu dans la législation canadienne sur l'exploitation pétrolière et gazière au large des côtes qui s'applique dans les cas de déversements et de production de débris. Débris s'entend [117] :

> de toute installation, matériel ou système mis en place, dans le cours d'activités devant être autorisées sous le régime de la présente partie, et abandonné sans autorisation accordée sous ce même régime ou toute chose arrachée, larguée ou détachée au cours de ces activités.

Le régime couvre trois catégories de pertes : la perte de la valeur de non-usage, qui ne peut être recouvrée que par une action intentée par la Couronne[118]; la perte ou les dommages réels et les coûts ou dépenses de la Couronne raisonnablement engagés pour prendre une mesure relativement aux débris[119]. La LRCE comprend des régimes fondés sur la faute et des régimes de responsabilité absolue. En vertu des dispositions fondées sur la faute, toutes les personnes dont la faute ou négligence desquels la présence de débris est attribuable ou qui sont responsables du fait d'autrui en ce qui a trait à la faute ou à la négligence sont conjointement et solidairement responsables des catégories de pertes[120]. La LRCE rend également les titulaires d'autorisations conjointement et solidairement responsables des pertes causées par des débris en raison de la faute ou de la négligence des entrepreneurs qu'ils ont retenus[121].

En vertu des dispositions relatives à la responsabilité absolue, les titulaires d'autorisations pour les travaux ou les activités dont proviennent les débris sont responsables sans preuve de faute ou de négligence, jusqu'à concurrence de la limite de responsabilité applicable[122]. Les limites de responsabilité sont d'un (1) milliard de dollars pour l'ensemble des travaux ou des activités, sauf dans le cas des travaux ou des activités dans une zone visée à l'alinéa 6(1)a) de la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*[123], auquel cas la limite est le montant par lequel la somme d'un (1) milliard de dollars dépasse le montant prescrit par l'article 9 de cette loi[124]. Ces limites peuvent être augmentées par règlement à la recommandation du ministre[125]. Le ministre peut, par arrêté, à la recommandation de la Commission, approuver des montants moins élevés pour une autorisation particulière[126].

Dans le cadre du régime de responsabilité, les demandeurs doivent fournir certaines garanties financières à la Commission afin d'obtenir une autorisation. Premièrement, le demandeur doit fournir la preuve qu'il dispose de ressources financières suffisantes pour payer un montant déterminé par la Commission. La preuve doit être présentée sous la forme prescrite par règlement ou précisée par la Commission en

---

[115] LRCE, *supra* note 5, art 300.

[116] *Ibid*, art 301.

[117] *Ibid*, art 296(1) « *débris* ».

[118] *Ibid*, arts 302(1), (8).

[119] *Ibid*, art 302(1).

[120] *Ibid*, art 302(1)a).

[121] *Ibid*, art 302(2).

[122] *Ibid*, art 302(1)b).

[123] LRC 1985, c A-12.

[124] LRCE, *supra* note 5, art 302(3).

[125] *Ibid*, art 302(5).

[126] *Ibid*, art 302(4).

l'absence de règlement. Au moment d'établir le montant, la Commission n'est pas tenue de tenir compte d'une perte potentielle de valeur de non-usage[127].

Deuxièmement, les demandeurs doivent fournir une preuve de responsabilité financière d'un montant déterminé par la Commission. La preuve doit être une lettre de crédit, une garantie, un cautionnement ou un autre formulaire jugé satisfaisant par la Régie. L'intention est de donner à la Régie un accès sans restriction à une réserve de fonds à partir de laquelle elle peut ordonner le paiement des réclamations pour pertes attribuables à des débris[128].

Les deux formes de garanties financières doivent demeurer en place pendant la durée des travaux ou de l'activité à l'égard desquels l'autorisation est délivrée[129].

**Restrictions sur le transfert des projets d'ERE et des lignes extracôtières**

En plus du pouvoir de contrôler le transfert des autorisations, la Commission a son mot à dire sur la question de savoir si un titulaire d'autorisation peut disposer de ses droits à l'égard de projets d'ERE et de lignes extracôtières ou en acquérir. Le titulaire de l'autorisation ne peut, sans avoir reçu, par ordonnance, l'approbation de la Commission[130] :

> a) transférer, notamment par vente, tout ou partie de son projet d'énergie renouvelable extracôtière ou de sa ligne extracôtière;
>
> b) acquérir, notamment par achat, tout ou partie d'un projet d'énergie renouvelable extracôtière ou une ligne extracôtière;
>
> c) louer à une tierce partie : (i) tout ou partie de sa ligne extracôtière, (ii) en ce qui a trait à son projet d'énergie renouvelable extracôtière, tout ou partie d'une installation, du matériel ou d'un système;
>
> d) louer d'une tierce partie : (i) tout ou partie d'une ligne extracôtière qui n'est pas visée par son autorisation, (ii) tout ou partie d'une installation, du matériel ou d'un système relatif à un projet d'énergie renouvelable extracôtière qui n'est pas visé par son autorisation;
>
> e) s'il est une compagnie, fusionner avec une autre compagnie.

Les pouvoirs de surveillance susmentionnés sont semblables à ceux accordés à la Commission à l'égard des pipelines en vertu de la partie 3[131].

**Lignes extracôtières – Application des parties 4 et 6**

La partie 5 rend applicables aux lignes extracôtières certaines dispositions régissant les lignes interprovinciales et internationales de transport d'électricité en vertu de la partie 4, comme si chaque renvoi aux lignes internationales ou interprovinciales de transport d'électricité dans ces dispositions faisait référence aux lignes extracôtières et aux permis ou certificats faisaient référence aux autorisations[132]. Il s'agit notamment :

- de l'interdiction prévue à l'art. 272. de construire une ligne extracôtière qui passe sur ou sous une installation ou au-dessus ou le long de celle-ci, sauf en conformité avec un permis visé à l'article 248 ou un certificat délivré en vertu de l'art. 262;
- de l'interdiction prévue à l'art. 273 de construire une installation au-dessus, au-dessous ou le long d'une ligne internationale ou interprovinciale ou d'exercer une activité qui occasionne le remuement du sol dans la zone visée par règlement, sauf si la construction ou l'activité est autorisée par les ordonnances

[127] *Ibid*, art 303.

[128] *Ibid*, art 304.

[129] *Ibid*, arts 303(3), 304(2).

[130] *Ibid*, art 308.

[131] *Ibid*, art 181.

[132] *Ibid*, art 305.

ou règlements pris en vertu de l'article 275 et est effectuée en conformité avec ceux-ci.;

- du pouvoir de la Commission en vertu de l'art. 274, par ordonnance, aux conditions qu'elle juge indiquées, donner instruction au titulaire d'un permis ou d'un certificat délivré à l'égard de la ligne d'en changer le tracé si elle est d'avis que cette mesure s'impose pour faciliter la construction, la reconstruction ou le déplacement d'une installation;

- du vaste pouvoir de la Commission en vertu de l'art. 275 de donner des instructions, par ordonnance, concernant des lignes extracôtières, y compris le pouvoir conféré par l'art. 276 de prévoir, dans de telles ordonnances, de procéder à des remuements du sol;

- d'appliquer l'art. 292 traitant des infractions et peines.

De même, la LRCE rend applicable à toute partie d'une ligne extracôtière située dans une province certaines dispositions de la partie 6 qui permettent à une entreprise exploitant (ou ayant l'intention d'exploiter) une ligne extracôtière qui se trouve dans une province d'obtenir l'accès à des terres, ainsi que les exigences d'indemnisation qui en découlent[133]. Comme nous l'expliquons plus loin, la LRCE ne traite pas, cependant, de la façon dont les promoteurs de projets d'ERE peuvent obtenir des droits sur le fond marin dans la zone extracôtière aux fins de l'implantation des projets d'ERE.

**Interaction avec la *Loi sur l'évaluation d'impact***

Le processus d'autorisation de la LRCE concernant les projets d'ERE et les lignes extracôtières est intégré aux processus d'évaluation d'impact en vertu de la LEI[134]. Comme il est indiqué ci-dessus, si le projet d'ERE ou de lignes extracôtières est un « projet désigné » assujetti à une évaluation d'impact en vertu de la LEI, certaines règles de la LRCE relatives aux autorisations et aux délais sont modifiées. Conformément au *Règlement sur les activités concrètes* pris en vertu de la LEI, les « projets désignés » suivants aux fins des évaluations de la LEI[135] :

> 42 La construction, l'exploitation, la désaffectation et la fermeture, selon le cas :
>
> […]
>
> b) d'une nouvelle installation de production d'énergie hydrolienne d'une capacité de production de 15 MW ou plus;
>
> c) d'une nouvelle installation de production d'énergie marémotrice autre qu'une installation de production d'énergie hydrolienne.
>
> 43 L'agrandissement d'une installation ci-après qui, selon le cas :
>
> […]
>
> b) s'agissant d'une installation existante de production d'énergie hydrolienne, entraînerait une augmentation de la capacité de production de 50 % ou plus et porterait sa capacité de production totale à 15 MW ou plus;
>
> c) s'agissant d'une installation existante de production d'énergie marémotrice autre qu'une installation de production d'énergie hydrolienne entraînerait une augmentation de la capacité de production de 50 % ou plus.
>
> 44 La construction, l'exploitation, la désaffectation et la fermeture, dans

[133] *Ibid*, art 306(1) et partie 6.

[134] *Ibid*, art 299.

[135] *Supra* note 36.

> une zone extracôtière ou dans des eaux limitrophes, d'une nouvelle installation de production d'énergie éolienne qui comprend dix éoliennes ou plus.
>
> 45 L'agrandissement, dans une zone extracôtière ou dans des eaux limitrophes, d'une installation existante de production d'énergie éolienne qui entraînerait une augmentation de la capacité de production de 50 % ou plus et qui porterait le nombre d'éoliennes comprises dans l'installation à dix ou plus.

En vertu de la LEI, tous les projets réglementés en vertu de la LRCE sont assujettis à une évaluation obligatoire par une commission d'examen plutôt que par l'Agence d'évaluation d'impact[136]. Lorsqu'une demande présentée en vertu de la partie 5 porte sur un projet d'ERE ou sur une ligne extracôtière visés par les dispositions ci-dessus, la Commission est tenue d'approuver ou de rejeter la demande connexe en se fondant uniquement sur le rapport de la commission d'examen publié en vertu de la LEI et les délais de la LRCE sont modifiés[137]. Pour les demandes relatives à des projets qui ne sont pas énumérés ci-dessus, la Commission doit tenir compte des facteurs précis énumérés à l'art. 298(3) de la LRCE, reproduit ci-dessus, avant d'approuver ou de refuser une autorisation[138].

**Participation et consultation des Autochtones**

La LRCE reconnaît les droits des peuples autochtones du Canada en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[139] et incorpore ces droits dans la loi[140]. Le présent document ne présente pas d'examen détaillé de la façon dont les droits ancestraux et issus de traités et les intérêts des collectivités autochtones en général sont pris en compte dans le régime d'ERE au Canada atlantique. Pourtant, il ne fait aucun doute que les collectivités autochtones du Canada atlantique doivent jouer un rôle actif dans le développement de l'ERE dans la région. Non seulement il existe une réelle possibilité qu'en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* que les collectivités autochtones doivent être consultées et bénéficier de mesures d'accommodement si ces droits risquent d'être touchés négativement par un projet d'ERE[141], mais la LRCE elle-même exige la participation des Autochtones au développement de l'ERE. Par exemple, un membre du conseil d'administration de la Régie et un commissaire à temps plein doivent être des Autochtones[142]; un comité consultatif de la Régie est établi dans le but d'accroître la participation des peuples autochtones du Canada et des organisations autochtones à l'égard de diverses questions; y compris les projets d'ERE[143]. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de délivrer une autorisation pour des projets d'ERE, la Commission doit tenir compte du savoir autochtone qui lui a été communiqué et tenir compte des intérêts et des préoccupations des peuples autochtones et de leurs droits en vertu de l'article 35[144].

En plus de la mobilisation prévue dans la LRCE ou les processus de réglementation provinciaux, il est également essentiel que les collectivités autochtones dont les droits ou les intérêts peuvent être touchés par les activités de valorisation de l'ERE participent aux processus plus vastes de planification et de gestion de l'utilisation des océans. Comme nous le verrons plus loin, ceux-ci comprendraient des évaluations régionales et stratégiques en vertu de la LEI ou des lois provinciales sur l'évaluation environnementale, ou de plans de gestion intégrée en vertu de la *Loi sur les océans*.

La participation des peuples autochtones au développement de l'ERE n'est pas

---

[136] LEI, *supra* note 38, art 43 b).

[137] *Ibid*, art 299; LRCE, *supra* note 5, art 299(b).

[138] LRCE, *supra* note 5, art 298(3).

[139] *Ibid*, art 3.

[140] *Ibid*, arts 56(1)–(2).

[141] *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 35.

[142] LRCE, *supra* note 5, art 14(2).

[143] *Ibid*, art 57(1).

[144] *Ibid*, art 298(3).

nécessairement limitée aux collectivités autochtones au Canada. La définition des « peuples autochtones du Canada[145] » de la LRCE est liée au sens donné par la définition de « peuples autochtones du Canada » au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[146]. Dans *R c Desautel*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les groupes se trouvant à l'extérieur du Canada peuvent être des peuples autochtones du Canada aux fins de l'art. 35[147]. Il est concevable que les peuples autochtones de l'extérieur du Canada puissent également avoir des droits en ce qui concerne la consultation et l'accommodement relativement à des projets d'ERE dans le Canada atlantique. Cette question peut s'avérer particulièrement pertinente pour les projets d'ERE près des frontières américaines, comme la baie Passamaquoddy dans la baie de Fundy.

**Règlement sur l'ERE**

La partie 5 présente le cadre du processus d'autorisation et les exigences connexes. L'essentiel de ce qui sera exigé des promoteurs de projets d'ERE et de lignes extracôtières autorisés en ce qui concerne les questions techniques, de sécurité, environnementales et opérationnelles sera éventuellement établi dans les règlements. À cet égard, le gouverneur en conseil peut prendre des règlements[148] :

> a) concernant, à des fins de sécurité, de sûreté et de protection de l'environnement, les activités liées aux projets d'énergie renouvelable extracôtière ou aux lignes extracôtières;
>
> b) concernant les conditions [des autorisations] prévues au paragraphe 298(9);
>
> c) interdisant, dans des circonstances données, l'introduction de toute substance, catégorie de substance ou forme d'énergie dans l'environnement;
>
> d) régissant la création, la tenue, la conservation et la communication de dossiers;
>
> e) régissant un arbitrage visé au paragraphe 309(2), y compris les frais connexes ou liés à celui-ci;
>
> f) concernant toute autre question visée par la présente partie, à l'exception des circonstances visées au paragraphe 298(6).

Comme il est indiqué ci-dessous, RNCan, au moment de la rédaction du présent rapport, travaille à l'élaboration du RERE qui étoffera le cadre de réglementation. Jusqu'à l'entrée en vigueur du RERE, beaucoup de détails seront laissés à la discrétion de la Régie ou de la Commission. Voici certains des principaux domaines laissés à la discrétion de la CER ou de la Commission en l'absence de règlements : la Régie peut déterminer le contenu d'une demande d'autorisation de projet d'ERE[149]; la Régie peut assortir l'autorisation de conditions, y compris prescrire des approbations, des dépôts de garantie et de responsabilité pour dommages causés par des débris, des études ou des programmes de sécurité et de protection de l'environnement, et des certificats d'aptitude[150]; elle peut fixer le montant payable aux demandeurs, ainsi que les modalités de paiement, à partir des fonds disponibles en vertu de la lettre de crédit ou de toute autre garantie déposée par le titulaire de l'autorisation[151].

Il reste à voir si le pouvoir discrétionnaire de la Régie et de la Commission dans les domaines susmentionnés sera assujetti à la réglementation.

**ii. Initiative du *Règlement sur les énergies renouvelables extracôtières* (RERE)**

RNCan, avec le soutien de la Régie, dirige actuellement une initiative visant à élaborer un règlement sur la protection de l'environnement et la sécurité, le RERE, qui sera appliqué à

[145] *Ibid*, art 2.

[146] *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (RU), 1982, c 11.

[147] *R. c Desautels*, 2021 CSC 17 au para 22.

[148] LRCE, *supra* note 5, art 312.

[149] *Ibid*, art 298(2).

[150] *Ibid*, art 298(9).

[151] *Ibid*, arts 304(3)–(4).

l'exploration, à la construction, à l'exploitation et au déclassement des projets d'ERE et aux lignes extracôtières et pris en vertu de la LRCE[152]. Dans le cadre de la phase 1 de l'initiative, RNCan a publié un document de travail énonçant son approche proposée à l'égard du RERE[153]. Un autre document résumant les commentaires des intervenants découlant de la mobilisation de la phase 1 a également été publié[154]. La phase 2, qui est en cours au moment de la rédaction, aboutira à la publication d'un autre rapport de mobilisation, traitant plus en détail des exigences techniques proposées par RNCan[155]. RNCan a indiqué qu'il accepterait les commentaires sur les exigences proposées jusqu'au 21 février 2022. RNCan a l'intention de publier au préalable le RERE proposé dans la Partie 1 de la *Gazette du Canada* en 2023[156].

La vision actuelle de RNCan pour le RERE suivra généralement les phases du cycle de vie d'un projet d'ERE[157], réparties en cinq parties résumées ci-dessous[158].

**Exigences générales** – La première partie portera sur les tâches et les responsabilités générales des exploitants de projets d'ERE qui s'appliqueront tout au long du cycle de vie du projet. Dans cette section, RNCan envisage d'inclure des exigences relatives à ce qui suit : l'élaboration et la mise en œuvre de systèmes de gestion pour traiter des questions de sûreté, de sécurité, de fiabilité et d'environnement; les fonctions générales de l'exploitant; la conformité aux plans de gestion et leur mise à jour régulière; la conformité aux conditions des certificats d'aptitude; la surveillance de la conformité par le personnel; les opérations de soutien; les zones de sécurité; les systèmes d'évacuation; les obligations générales en matière de rapports d'incident; la tenue de dossiers et l'accessibilité des documents[159].

**Travaux ou activités d'évaluation du site** – Cette section porterait sur les travaux d'évaluation du site comme les levés, l'échantillonnage et l'essai géotechniques, l'installation, l'exploitation et le déclassement de l'équipement de mesure comme les mâts et les bouées. RNCan envisage de préciser dans cette section les renseignements sur l'évaluation du site qui doivent être inclus dans les demandes d'autorisation aux fins des travaux d'évaluation du site. Les demandeurs devront faire approuver par la Régie un plan de sécurité, un plan de protection de l'environnement et un plan de gestion des urgences avant d'entreprendre tout travail ou toute activité d'évaluation du site. Cette section comprend également les exigences proposées pour la certification des navires, des installations d'atterrissage d'aéronefs et de l'équipement utilisé dans le cadre de ces activités[160].

**Transport, construction, installation et mise en service** – Cette section énoncera les exigences relatives aux activités après l'évaluation du site et menant à l'exploitation du projet. Elle se veut applicable à tous les volets du projet prévu, y compris aux dispositifs de production d'électricité, aux sous-structures et aux fondations, aux plates-formes de service électrique, aux sous-stations, aux câbles interréseaux et d'exportation, et à toute autre structure auxiliaire installée en permanence. Cette section portera sur ce qui suit :

- les exigences de conception des installations, équipements et systèmes

[152] Site Web du RERE, *supra* note 6.

[153] Ressources naturelles Canada, *Document de travail : L'approche du Canada en matière de réglementation sur l'énergie extracôtière renouvelable*, nº de catalogue M134-64/2020F-PDF, Ottawa, Ressources naturelles, 2020, en ligne : <www.rncanengagenrcan.ca/sites/default/files/pictures/participate/orer-paper-accessible-pdf-fip-wm-fr.pdf> (« Document de travail »).

[154] Ressources naturelles Canada, « Résumé des consultations – Phase 1 : Initiative de règlement de ressources naturelles canada sur l'énergie extracôtière renouvelable » (2021), en ligne (pdf) : <www.rncanengagenrcan.ca/sites/default/files/pictures/home/orer_-_summary_paper_-_fr_-_eer-acc_0.pdf> (« Résumé des consultations »).

[155] Ressources naturelles Canada, « Règlement sur l'énergie renouvelable extracôtière : Exigences techniques proposées » (2021), en ligne (pdf) : <www.rncanengagenrcan.ca/sites/default/files/pictures/home/orer_technical_requirements_papers_-_formatted_fr.pdf> (« Document sur les exigences techniques »).

[156] Site Web du RERE, *supra* note 6.

[157] *Ibid*.

[158] Document sur les exigences techniques, *supra* note 155 à la p 6.

[159] *Ibid* aux pp 10–17.

[160] *Ibid* aux pp 17–23.

du projet (en ce qui concerne l'intégrité structurelle, la sécurité du personnel, la sûreté, la fiabilité et la protection de l'environnement);

- les renseignements et les plans à fournir pour appuyer une demande d'autorisation de transport, de construction, d'installation ou de mise en service d'une installation d'ERE, y compris toute approbation ultérieure requise;
- les exigences spécifiques relatives aux travaux ou activités de fabrication, de transport, d'installation et de mise en service;
- le processus d'obtention d'un certificat de conformité pour les installations ERE et les équipements et systèmes associés pertinents.

Certaines des exigences spécifiques envisagées comprennent : la sécurité, la protection de l'environnement et les plans de gestion des urgences; les programmes d'assurance de la qualité; les exigences de conception; les approbations pour les rapports de conception des installations, les rapports de fiabilité des installations, les rapports de fabrication et de construction; les procédures et les dispositions concernant les certificats d'aptitude et les autorités de certification[161].

**Exploitation et entretien** – Cette section porte sur les travaux ou activités d'exploitation et d'entretien, y compris la surveillance, l'inspection et la réparation et le maintien du certificat de conformité. Cette section exigera une auto-inspection, une surveillance continue, des réparations conformément à un programme approuvé et un entretien périodique. Elle établit le contenu requis pour les demandes d'autorisation et les approbations de suivi. Parmi les exigences spécifiques, notons les suivants : les plans de sécurité, de protection de l'environnement, de gestion des urgences et de gestion de l'intégrité, ainsi que les obligations de l'autorité de certification à l'égard de la validité continue du certificat d'aptitude de l'installation[162].

**Déclassement, remise en service et prolongation de la durée de vie** – la dernière section traitera des travaux ou des activités de déclassement, de remise en service et de prolongation de la durée de vie. Comme pour les sections précédentes portant sur les autres étapes du cycle de vie, cette section comprendra les exigences relatives au contenu des demandes d'autorisation et d'approbation de suivi. Des plans de protection de l'environnement et de gestion des urgences de sécurité seront également requis. Un plan de déclassement et d'abandon définitif sera également requis[163].

Il y a certains domaines dont le RERE proposé ne traite pas. Tout d'abord, il ne semble pas que le RERE contienne des détails sur la forme de preuve des ressources financières que les demandeurs doivent fournir. Comme il a été mentionné précédemment, en ce qui concerne le régime de responsabilité pour les dommages causés par les débris, la LRCE exige que les demandeurs fournissent la preuve qu'ils disposent des ressources financières nécessaires pour payer un montant déterminé par la Commission[164]. Cette section envisage que la forme de la preuve soit « prévue par règlement » ou, « en l'absence de règlement », précisée par la Régie[165]. Un règlement semblable est envisagé pour préciser les montants, les catégories de demandeurs, ainsi que la forme et les modalités de paiement des fonds affectés par les promoteurs pour permettre à la Régie de répondre aux demandes d'indemnité relatives à des débris[166]. Si ces questions ne sont pas abordées dans le RERE ou, plus probablement, dans des règlements distincts, elles seront laissées à la discrétion de la Régie.

Deuxièmement, et plus important encore, il y a l'approche proposée par le gouvernement fédéral pour le régime foncier dans le cadre duquel les promoteurs obtiendront les autorisations d'utiliser les fonds marins fédéraux

[161] *Ibid* aux pp 24–37.

[162] *Ibid* aux pp 38–44.

[163] *Ibid* aux pp 45–51.

[164] LRCE, *supra* note 5, art 303(1).

[165] *Ibid*, art 303(1).

[166] *Ibid*, arts 304(3)–(4).

pour des projets d'ERE. RNCan a indiqué que le régime foncier relèvera de la compétence de Services publics et Approvisionnement Canada (« SPAC ») en vertu de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*[167] (« Loi sur les IFBRF »). Cette question est examinée plus en détail ci-dessous.

Bien entendu, le contenu et la structure définitifs du RERE proposé peuvent être modifiés à la suite de la rétroaction du public et de la publication dans la *Gazette du Canada*. La réglementation des questions décrites ci-dessus sera donc largement soumise à la discrétion de la Commission et de la Régie jusqu'en 2024, au plus tôt[168]. Sur le plan pratique, il semble peu probable qu'un projet d'ERE dans une zone de responsabilité fédérale progresse dans le processus d'autorisation avant que le RERE qui encadre ce processus n'entre en vigueur.

**iii. Régime foncier**

La Régie et le RERE proposé, comme il a été mentionné ci-dessus, n'incluent aucun processus relatif à la tenue par lequel les promoteurs peuvent obtenir des autorisations pour utiliser les fonds marins fédéraux. RNCan explique ce qui suit [169] :

> Pour les promoteurs d'énergies renouvelables souhaitant demander une autorisation d'utilisation des fonds marins fédéraux, une demande doit être soumise à SPAC, qui exigera au minimum que les promoteurs présentent : une analyse de rentabilisation et le profil de l'entreprise; une description détaillée du projet; des croquis d'avant-projet; et un calendrier provisoire du projet. Ils peuvent également devoir fournir :
>
> 1. des détails sur tout registre de consultations et/ou d'accommodements convenus avec les communautés des Premières Nations, entrepris conformément aux droits potentiels ou établis des Autochtones ou aux droits issus de traités reconnus et confirmés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
>
> 2. un registre des consultations avec tous les intervenants potentiellement concernés, y compris les provinces, les territoires et les municipalités adjacents, les autres utilisateurs des fonds marins visés et ceux qui peuvent avoir un intérêt dans ces fonds marins;
>
> 3. un registre des consultations avec les provinces adjacentes qui pourraient avoir une revendication sur les mêmes fonds marins en vue d'obtenir leur collaboration.
>
> Une négociation directe avec SPAC pour l'autorisation liée aux fonds marins peut être possible. Toutefois, dans le cas où SPAC détermine que la négociation directe n'est pas appropriée, afin de garantir l'équité et la transparence, un processus d'appel d'offres ou de demande de propositions sera lancé.

Les promoteurs de projets d'ERE qui désirent exploiter des projets dans des zones de responsabilité fédérale devront donc communiquer avec SPAC en vertu de la Loi sur les IFBRF. Un examen de la Loi sur les IFBRF dépasse la portée du présent document. Pour les besoins du présent document, quelques éléments méritent tout de même d'être soulignés. Tout d'abord, il n'est pas clair que la Loi sur les IFBRF s'applique aux terres situées au Canada, mais à l'extérieur d'une province. « Bien réel fédéral » Bien réel appartenant

[167] *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, LC 1991, c 50, art 4 (« Loi sur les IFBRF »).

[168] Résumé des consultations, *supra* note 154 à la p 4.

[169] Document de travail, *supra* note 153 à la p 3.

à Sa Majesté ou dont elle a le pouvoir de disposer[170]. » Toutefois, le terme « biens réels » s'entend des biens « [d]ans une province autre que le Québec et à l'étranger[171] ». Selon ses termes, la définition de « bien réel fédéral » semble donc inclure les terres situées dans une province et les terres situées à l'extérieur du Canada, mais pas les terres situées à l'intérieur du Canada, mais à l'extérieur d'une province. Il est important de signaler que ce dernier cas de figure inclurait toutes les terres de la mer territoriale qui se trouvent à l'extérieur d'une province, car ces terres font partie, au sens de la *Loi sur les océans*, du Canada[172]. Il est probable que la Loi sur les IFBRF devait s'appliquer à toutes les terres fédérales situées à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada, mais la question demeure.

Deuxièmement, et dans tous les cas, la Loi sur les IFBRF et son règlement[173] traitent des règles et des processus d'acquisition, d'administration et d'aliénation des biens réels et des immeubles par le gouvernement fédéral. La législation ne contient aucune disposition portant spécifiquement sur l'ERE ou les fonds marins fédéraux. La Loi sur les IFBRF et ses règlements fournissent peu de conseils aux promoteurs de projets d'ERE.

Troisièmement, le processus d'autorisation relatif aux fonds marins décrit ci-dessus est particulièrement détaillé. SPAC n'a pas encore publié d'orientation à l'intention des promoteurs de projets d'ERE au sujet du processus, des formulaires de demande, des attentes à l'égard des demandeurs en matière d'information et de consultation, ou des délais probables d'obtention des autorisations.

Quatrièmement, le processus décrit ci-dessus ne permet pas de déterminer clairement si SPAC lancera un appel d'offres ou une demande de propositions relativement à des zones marines particulières, s'il laissera la désignation des zones marines aux promoteurs de projets d'ERE, ou s'il optera pour un mélange des deux. Comme le développement du secteur de l'ERE dans le Canada atlantique en est aux premières étapes, il semble probable que SPAC négociera directement avec les promoteurs de projets d'ERE à court terme. Toutefois, à mesure que l'industrie prendra de l'expansion, l'accès aux fonds marins pourrait devenir plus concurrentiel, ce qui justifierait le lancement d'un processus d'appel d'offres ou de demande de propositions.

Enfin, la question la plus fondamentale est l'intention apparente de séparer le processus d'obtention des droits fonciers sur les fonds marins des autres exigences réglementaires du projet d'ERE qui sont enchâssées centralement dans la LRCE.

## D) DÉMARCHE EXHAUSTIVE ET RATIONNELLE POUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ERE : QUESTIONS EN SUSPENS

Le régime foncier pour l'ERE de la LRCE est un développement bienvenu pour le secteur de l'ERE dans le Canada atlantique, et il facilitera éventuellement le progrès des activités liées à l'ERE dans les zones marines à l'extérieur du territoire provincial. Cependant, la discussion ci-dessus indique qu'il reste plusieurs questions à régler qui entravent l'établissement d'un régime de réglementation qui facilitera une démarche intégrale et rationnelle pour le développement du secteur de l'ERE dans le Canada atlantique. La discussion suivante met en évidence certains de ces obstacles potentiels.

### i. Questions relatives au régime foncier et aux frontières marines

La capacité d'acquérir des droits sur des fonds marins adéquats est une exigence clé du développement de l'industrie de l'ERE. La LRCE ne traite pas du régime foncier et la Régie n'est pas responsable de cet élément crucial de la réglementation. Du point de vue du promoteur, le transfert du régime foncier à un ministère distinct, comme SPAC, de la réglementation des travaux et des activités de valorisation de l'ERE relevant de la compétence de la Régie,

[170] Loi sur les IFBRF, *supra* note 166, art 2 « bien réel fédéral ».

[171] *Ibid*, art 2 « biens réels ».

[172] *Loi sur les océans*, *supra* note 34, art 7.

[173] *Règlement sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, DORS/92-502.

comme le suggère le plan de RNCan[174], n'est pas une approche idéale.

Une approche à deux volets accroît la complexité de la réglementation et le nombre de ministères et d'organismes de réglementation avec lesquels les promoteurs de projets d'ERE devront interagir. L'ERE, comme une grande partie des ressources extracôtières, est déjà assujettie à un fardeau réglementaire complexe et multidimensionnel[175]. La création d'une approche à deux volets lors de l'élaboration d'un nouveau régime de réglementation semble manquer de vision, à moins que le gouvernement fédéral ne prévoie qu'un cadre de réglementation fédéral-provincial global sera négocié à l'avenir.

Le régime applicable aux hydrocarbures extracôtiers en vertu des lois de mise en œuvre des accords de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve-et-Labrador offre un précédent en ce qui concerne l'attribution du régime foncier et de la responsabilité réglementaire du cycle de vie à un seul organisme de réglementation principal. L'OCNEHE et l'OCTNLHE ont le pouvoir d'octroyer des titres à l'égard de toute partie des zones extracôtières qu'ils réglementent[176]. Il serait probablement préférable d'adopter une approche semblable dans le cadre de la LRCE.

Toutefois, si la modification de la LRCE pour donner à la Régie le pouvoir d'autoriser l'utilisation des fonds marins fédéraux n'est pas considérée comme une option pour le gouvernement fédéral, le fardeau réglementaire peut être atténué par des mesures appropriées. En supposant que SPAC demeure le ministère responsable du processus d'autorisation relatif aux fonds marins, il devrait élaborer et rendre publiques des lignes directrices détaillées ou d'autres directives au sujet du processus d'autorisation pour les promoteurs de projets d'ERE. Cela devrait comprendre des renseignements sur les formulaires requis, une description claire des attentes de SPAC en matière d'information et de consultation, ainsi que des délais raisonnables pour la prise de décisions. Dans la mesure où les exigences peuvent chevaucher celles d'autres ministères et organismes fédéraux, comme la Régie ou l'Agence d'évaluation d'impact, SPAC devrait conclure des protocoles d'entente avec ces entités pour définir les rôles et les responsabilités en matière de partage de l'information et réduire le chevauchement dans la mesure du possible.

Aux premières étapes de l'activité de valorisation de l'ERE dans les zones marines fédérales, il semble logique de permettre aux promoteurs de négocier directement avec SPAC l'utilisation des zones marines convoitées. À mesure que s'accroît la concurrence, il conviendrait de mettre en place un processus d'appel d'offres ou de demande de propositions assorti de règles claires. Dans les deux cas, une orientation claire sur le processus devrait être mise à la disposition des promoteurs, et de préférence, du public.

Enfin, l'une des questions importantes pour le régime de tenure foncière est l'incertitude continue entourant les revendications potentiellement concurrentes des gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard des zones marines, notamment dans la baie de Fundy, mais aussi dans d'autres régions. Le document de travail de RNCan fait allusion à cette question en indiquant que SPAC exigera des promoteurs qu'ils fournissent « un registre des consultations avec les provinces adjacentes qui pourraient avoir une revendication sur les mêmes fonds marins en vue d'obtenir leur collaboration ». Les promoteurs de projets d'ERE — et leurs investisseurs ou bailleurs de fonds — exigeront un certain degré de certitude quant à la protection des droits sur les fonds marins. La possibilité que des revendications concurrentes surgissent à un moment donné pendant le processus d'autorisation relatif aux fonds marins crée beaucoup d'incertitude, car de telles revendications entraîneraient probablement des retards ou, en fin de compte, empêcheraient d'obtenir des droits sur la zone contestée. Il est peu probable que les

---

[174] Document de travail, *supra* note 153 à la p 3.

[175] Voir Robert O. Fournier, « Marine Renewable Energy Legislation: A Consultative Process » (18 juillet 2011) aux pp 50–52, en ligne (pdf) : <oera.ca/sites/default/files/2019-05/Marine%20Renewable%20Energy%20Legislation%20%E2%80%93%20Report.pdf> (« Rapport Fournier »).

[176] Lois de l'Accord, *supra* notes 55, 102, à la partie II, section II. La délivrance d'intérêts par les offices respectifs est une « décision fondamentale » et est donc assujettie à l'intervention ministérielle : voir lois de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, arts 32–35, 60(2); lois de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* note 102, arts 31–40, 57(2).

promoteurs accueilleront favorablement le fait d'être relégués à un rôle d'intermédiaire initial entre les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard de telles revendications.

Comme M. Doelle et ses collègues l'ont fait remarquer, la délimitation des frontières fédérales-provinciales dans les zones marines de l'Atlantique, que ce soit par la confrontation, par règlement ou une approche coopérative, serait particulièrement utile pour la réglementation de l'industrie de l'ERE[177]. Il serait idéal de parvenir à un règlement sur la question des frontières marines entre le gouvernement fédéral et les quatre provinces de l'Atlantique. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de régler complètement et définitivement les revendications gouvernementales concurrentes concernant les zones marines du Canada atlantique pour éliminer l'incertitude qu'elles créent sur le plan de la réglementation des projets d'ERE. La gestion conjointe « sous toutes réserves » des ressources pétrolières et gazières extracôtières par les gouvernements fédéral et provinciaux en vertu des lois de mise en œuvre[178] est un exemple d'approche législative qui permet de résoudre efficacement les différends relatifs aux limites de la compétence et de créer une certitude pour les entités réglementées sans pour autant régler les revendications entre les gouvernements.

**ii. Réduction de la complexité grâce à la gestion conjointe**

Les projets d'ERE seront inévitablement assujettis à un éventail d'exigences réglementaires de divers organismes de réglementation, y compris la Régie, Transports Canada, Pêches et Océans Canada et l'Agence d'évaluation d'impact. Les projets dans les régions réglementées par le gouvernement fédéral comportant des lignes de transport ou des installations dans les territoires provinciaux seront également soumis à l'examen des organismes de réglementation provinciaux. L'incertitude entourant les limites marines accroît la complexité, tandis que les promoteurs de projets d'ERE devront également composer avec un système de réglementation différent pour les projets situés dans des zones assujetties à la MRA de la N.-É. Les autres provinces de l'Atlantique pourraient, en fin de compte, créer chacune des régimes de réglementation des projets d'ERE, qui pourraient être incompatibles. Pareil résultat ne faciliterait en rien le développement du secteur de l'ERE dans la région[179].

Comme nous l'avons fait valoir ailleurs, il y a de solides arguments selon lesquels la gestion conjointe fédérale-provinciale de l'ERE, réalisée par voie de négociation politique plutôt que par l'application stricte de principes constitutionnels, représente le mode de gestion de l'ERE le plus efficace, le mieux avisé, le plus juste et le plus adapté[180]. Un effort conjoint fédéral-provincial semblable à celui déployer pour le régime applicable aux hydrocarbures extracôtiers constituerait une solution optimale pour régler les questions et les problèmes frontaliers découlant de régimes fédéraux et provinciaux concurrents et qui se chevauchent.

D'autres avantages pourraient être obtenus en misant sur une approche de gestion conjointe, y compris l'uniformité de la réglementation. Si l'ensemble ou une partie des provinces de l'Atlantique et le gouvernement fédéral pouvaient s'entendre, la gestion conjointe pourrait assurer l'uniformité de la réglementation dans l'ensemble des eaux du Canada atlantique et d'éviter des règlements concurrents et possiblement incohérents. Comme nous l'avons dit ailleurs[181] :

> [Traduction]
>
> Un fondement législatif fédéral pour la réglementation limite la capacité des provinces côtières et leur habitude occasionnelle d'adopter des régimes de réglementation qui diffèrent des régimes provinciaux voisins et qui peuvent être incompatibles avec eux. La primauté du gouvernement fédéral

[177] Tidal Energy, *supra* note 3 aux pp 68–69.

[178] Voir *supra* note 55.

[179] Ocean Economy, *supra* note 3 aux pp 34–37, 45; IAA Atlantic Canada, *supra* note 3 à la p 47. Pour une description de la perception du point de vue du promoteur à l'égard de « l'écheveau » réglementaire de l'ERE, voir le rapport Fournier, *supra* note 175 aux pp 50–52.

[180] *Ocean Economy*, *supra* note 3 à la p 34.

[181] *Ibid* aux pp 35–36.

> peut imposer une certaine uniformité réglementaire dans l'ensemble des eaux du Canada atlantique. La stabilité réglementaire est attrayante pour l'industrie et peut accroître la confiance du public, puisque les règles de l'industrie ne changent pas constamment. Une contrainte imposée par le gouvernement fédéral pourrait aider à éviter un nivellement par le bas entre les provinces côtières qui se disputent les investissements dans les ressources océaniques. Le régime d'exploitation du pétrole et du gaz extracôtiers de Terre-Neuve-et-Labrador et de la Nouvelle-Écosse en est un bon exemple, car il est fondé sur le même système d'octroi de droits et le même droit opérationnel régissant toutes les activités pétrolières et gazières dans les terres et les eaux domaniales réglementées par le gouvernement fédéral.

Du point de vue fédéral, il semble que la partie 5 de la LRCE et les travaux de RNCan sur le RERE n'excluent pas une approche éventuelle de gestion conjointe. RNCan a confirmé l'ouverture du gouvernement fédéral à la gestion conjointe[182] :

> Les règlements pris en vertu de la Loi sur la Régie s'appliqueront aux projets d'EER dans les zones extracôtières du Canada. Toutefois, compte tenu de l'historique de collaboration fédérale-provinciale dans la gestion conjointe des ressources énergétiques en mer (par exemple, les lois établissant les offices des hydrocarbures extracôtiers Canada – Nouvelle-Écosse et Canada – Terre-Neuve-et-Labrador), ce travail n'empêche pas le Canada et les provinces intéressées d'explorer des approches de gestion conjointe pour les projets d'EER à l'avenir. Tout éventuel régime fédéral-provincial de gestion conjointe des énergies extracôtières renouvelables devra également être assorti de règlements en matière de sécurité et de protection de l'environnement. Par conséquent, ces règlements élaborés dans le cadre de la Loi sur la Régie pourraient servir de base à des règlements similaires dans le cadre de futurs régimes potentiels de gestion conjointe de l'énergie extracôtière.

Les positions respectives des provinces de l'Atlantique sont moins claires. Au moment d'écrire ces lignes, rien n'indique que ces gouvernements cherchent une solution de gestion de type « conjointe ».

**iii. Retombées provinciales de l'ERE dans le domaine fédéral**

L'une des lacunes de l'approche fédérale à l'égard de l'ERE dans le cadre de la LRCE, du moins d'un point de vue provincial, est l'absence de dispositions exigeant que les retombées de l'activité de valorisation de l'ERE profitent aux provinces adjacentes. Cela contraste avec le régime applicable aux hydrocarbures extracôtiers. Dans ce contexte, le gouvernement fédéral a concédé que la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve-et-Labrador devraient recevoir des recettes fiscales provenant de la production extracôtière et être les principaux bénéficiaires de l'emploi et de l'activité industrielle extracôtière.

En vertu des lois de mise en œuvre des accords, les avantages découlant de l'exploitation des ressources extracôtières et des activités connexes reviennent aux provinces respectives de deux façons. Premièrement, les lois fiscales provinciales sur le pétrole et le gaz, qui fixent les redevances, les intérêts et les pénalités, s'appliquent effectivement aux zones extracôtières comme si le pétrole était produit à partir de régions situées dans les provinces[183]. Il se peut que les régimes de type « redevance » ne soient pas facilement applicables au contexte de l'ERE, mais on peut soutenir que les provinces devraient néanmoins avoir la responsabilité et le contrôle des recettes tirées des activités de valorisation de l'ERE par l'entremise des instruments fiscaux provinciaux.

---

[182] Document de travail, *supra* note 153 à la p 4.

[183] Loi de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* note 102, arts 97–100; Loi de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, arts 99–100.

Un mécanisme plus approprié pour transférer les retombées de l'activité de valorisation de l'ERE aux provinces est l'exigence, en vertu des lois de mise en œuvre des accords, que les promoteurs soumettent de « plans de retombées », et obtiennent leur approbation, comme condition d'exploitation en zone extracôtière[184]. Un plan de retombées est[185] :

> le plan comportant comme objectif le recours à la main-d'œuvre canadienne, et plus particulièrement, terre-neuvienne, et, sous réserve de l'alinéa (3)d), la juste possibilité pour les industriels, les conseillers, les entrepreneurs et les sociétés de services établis dans la province et ailleurs au Canada de participer, dans des conditions de libre concurrence, à la fourniture des biens et services nécessités par les activités en cause.

En vertu des lois de mise en œuvre des accords, les offices des hydrocarbures extracôtiers doivent approuver les plans de retombées économiques comme condition préalable à la délivrance des autorisations de travail et à l'approbation des plans de développement[186]. Le plan de retombées contient des dispositions visant à garantir[187] :

> a) que son auteur — personne morale ou autre organisme — établisse dans la province une instance décisionnelle avant le début des activités extracôtières;
>
> b) que, en harmonie avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, la main-d'œuvre locale ait priorité de formation et d'embauche dans le programme de travail visé et que toute convention collective conclue entre l'auteur et un syndicat sur les conditions de travail dans la zone extracôtière comporte des dispositions compatibles avec le présent alinéa;
>
> c) que des crédits soient affectés dans la province à la recherche-développement, à l'enseignement et à la formation;
>
> d) que priorité soit donnée aux biens et services provinciaux s'ils se comparent, en situation de libre concurrence, à ceux des autres marchés notamment quant au prix, à la qualité et aux conditions de fourniture.

Il n'y a aucune raison évidente pour laquelle l'entente fédérale voulant que les provinces soient les bénéficiaires des activités industrielles extracôtières, et des emplois qu'elles créent, ne devrait pas également s'appliquer au régime relatif à l'ERE[188].

Bien entendu, tout régime visant à garantir que les provinces adjacentes bénéficient des emplois créés et des retombées industrielles de l'activité de valorisation de l'ERE devrait être conçu avec soin, de manière à ce que les obligations imposées aux promoteurs n'étouffent pas l'activité dans l'industrie naissante. Cela s'appliquerait particulièrement aux technologies nouvelles et émergentes, comme l'énergie marémotrice et l'énergie des vagues.

Si une ou plusieurs provinces de l'Atlantique cherchent à élaborer un régime de gestion conjointe de l'ERE avec le gouvernement fédéral, les lois de mise en œuvre constitueraient probablement un précédent pour la négociation, et les plans de retombées pourraient donc figurer à l'ordre du jour. En l'absence d'un régime conjoint ou de pressions importantes de la part des gouvernements provinciaux, il est difficile d'imaginer que le gouvernement fédéral modifie à titre gratuit la LRCE pour y inclure un régime de retombées en faveur des provinces.

---

[184] Loi de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* note 102, art 45; Loi de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, art 45.

[185] Loi de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* note 102, art 45(1); Loi de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, art 45(1).

[186] Loi de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* 102, arts 45(2), 138.3; Loi de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, arts 45(2), 142.3.

[187] Loi de mise en œuvre de l'Accord de T-N, *supra* note 102, art 45(3); Loi de mise en œuvre de l'Accord de la N-É, *supra* note 55, art 45(3).

[188] *Ocean Economy*, *supra* note 3 à la p 41.

**iv. Outils généraux de planification et de gestion – Concilier des intérêts divergents**

L'un des défis d'une réglementation efficace des ressources océaniques est de veiller à ce que des activités humaines différentes et parfois conflictuelles soient planifiées et équilibrées de manière efficace, tout en protégeant le milieu marin. Ce n'est pas une tâche facile. Une pléthore d'intervenants feront valoir des intérêts à l'égard des zones marines où des installations d'ERE peuvent être construites et exploitées. Il faut tenir compte de l'interaction entre les activités de valorisation de l'ERE et d'autres utilisations océaniques concurrentes valables, y compris la pêche, l'aquaculture, l'exploitation extracôtière du pétrole et du gaz, le transport maritime et les activités récréatives. Toutefois, la multitude d'utilisations potentiellement concurrentes des océans devrait non seulement être perçue comme un obstacle que l'industrie de l'ERE et ses organismes de réglementation doivent surmonter, mais aussi comme une occasion à saisir. Comme l'a fait remarquer Marine Renewables Canada, des études ont révélé que l'ERE peut [traduction] « fournir une solution concurrentielle sur le plan des coûts pour les industries océaniques qui ont besoin d'un accès constant et fiable à une énergie propre sans lien avec les réseaux électriques terrestres […]. Cela comprend les secteurs océaniques traditionnels comme le transport maritime, l'exploitation extracôtière du pétrole et du gaz, les pêches et les ports[189]. » Une planification minutieuse de la co-localisation des projets d'ERE et d'autres activités industrielles océaniques pourrait apporter des avantages réels sur le plan de l'optimisation de l'utilisation de l'espace océanique.

Outre les activités humaines, il faut aussi tenir compte des impératifs de conservation concurrents. Ces dernières années, le gouvernement fédéral a désigné un certain nombre de zones de protection marine (ZPM) en vertu de la *Loi sur les océans*, y compris le chenal Laurentien[190], le Banc-des-Américains[191], Tuvaijuittuq[192] et les ZPM du banc de Sainte-Anne.[193] Ces efforts et d'autres efforts de conservation marine doivent également être soigneusement planifiés et équilibrés avec les activités d'exploitation durable des ressources océaniques. Bien que l'exploitation extracôtière puisse constituer une menace pour la biodiversité océanique, la production d'ERE peut également atténuer les effets des changements climatiques et, par conséquent, réduire les effets néfastes des changements climatiques sur les écosystèmes océaniques[194]. Les risques propres à chaque projet doivent donc être évalués dans un contexte élargi.

Un système de réglementation véritablement efficace permettra d'équilibrer de façon juste et efficiente les impératifs parfois conflictuels d'une activité économique durable (impliquant une variété d'industries parfois en concurrence) et d'autres impératifs liés à l'utilisation et à la conservation des océans. De plus, il doit être en mesure de le faire dans le cadre juridictionnel complexe et incertain de la zone extracôtière. Il semble improbable que les organismes de réglementation chargés de prendre les décisions d'approbation des projets d'ERE — que ce soit la Régie ou la province — puissent le faire sans s'appuyer sur des outils de planification et de gestion des océans plus vastes. Comme d'autres l'ont suggéré dans le contexte de l'énergie marémotrice en Nouvelle-Écosse, il faut [traduction] « un horizon politique large et un processus de planification intégré, ainsi qu'un processus de réglementation juste et efficace pour mettre en œuvre les résultats qu'ils produisent[195] ». D'un point de vue régional plus large, les processus de politique et de planification supposeraient idéalement une collaboration entre les provinces de l'Atlantique et le gouvernement fédéral.

Compte tenu des complexités au niveau des différents secteurs de compétence, l'élaboration de processus intégrés de planification et de gestion sur une base intergouvernementale semble un défi de taille. N'empêche,

[189] Blue Energy, *supra* note 15 à la p 8.

[190] *Règlement sur la zone de protection marine du chenal Laurentien*, DORS/2019-105.

[191] *Règlement sur la zone de protection marine du Banc-des-Américains*, DORS/2019-50.

[192] *Arrêté sur la zone de protection marine de Tuvaijuittuq*, DORS/2019-282.

[193] *Règlement sur la zone de protection marine du banc de Sainte-Anne*, DORS/2017-106.

[194] Blue Energy, *supra* note 15 à la p 20.

[195] Tidal Energy, *supra* note 3 à la p 70.

certains outils peuvent faciliter la démarche. Par exemple, les évaluations stratégiques ou les évaluations régionales des activités de valorisation de l'ERE dans le Canada atlantique[196] pourraient être utiles à des fins de planification et faciliter la réalisation d'éventuelles évaluations et approbations de projets. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Doelle et Sinclair[197] :

> [Traduction]
>
> Parmi les principaux avantages, mentionnons la capacité d'aborder des enjeux stratégiques plus vastes, de tenir compte de l'interaction entre un éventail d'activités passées, actuelles et futures, d'améliorer la prise en compte des solutions de rechange et des effets cumulatifs, de simplifier les évaluations au niveau du projet et d'attirer de meilleurs projets grâce à une plus grande clarté sur les types de projets souhaités.

Un autre outil est l'élaboration de plans de gestion intégrés pour les régions océaniques en vertu de la *Loi sur les océans*. La *Loi sur les océans* enjoint au ministre des Pêches et des Océans de diriger l'élaboration de plans de gestion intégrée des océans du Canada. Selon l'article 31[198] :

> 31 Le ministre, en collaboration avec d'autres ministres et organismes fédéraux, les gouvernements provinciaux et territoriaux et les organisations autochtones, les collectivités côtières et les autres personnes de droit public et de droit privé intéressées, y compris celles constituées dans le cadre d'accords sur des revendications territoriales, dirige et favorise l'élaboration et la mise en œuvre de plans pour la gestion intégrée de toutes les activités ou mesures qui s'exercent ou qui ont un effet dans les estuaires et les eaux côtières et marines faisant partie du Canada ou sur lesquelles le droit international reconnaît à celui-ci des droits souverains.

Pêches et Océans Canada (« MPO ») explique sa vision de la gestion intégrée comme suit[199] :

> La notion de gestion intégrée implique la planification et la gestion globales des activités humaines afin de minimiser les conflits entre les utilisateurs, une approche coopérative qui ne peut être imposée à qui que ce soit et un processus de planification souple et transparent qui respecte les divisions existantes au sein de l'autorité constitutionnelle et ministérielle et qui n'abroge ni ne déroge aux droits Autochtones existants ou issus de traités.

L'approche de gestion intégrée du MPO reconnaît la nécessité d'inclure les autorités provinciales et autochtones, les industries océaniques touchées et les collectivités côtières dans le processus de gestion[200]. S'ils sont bien conçus et mis en œuvre, les plans de gestion intégrée peuvent constituer une tribune précieuse pour la planification, la gestion et la résolution possible des conflits de priorités et des utilisations des océans.

À cet égard, l'élaboration continue du Plan régional pour les océans – Plate-forme néo-écossaise, côte atlantique, baie de Fundy, qui a commencé après l'achèvement en 2012 de l'Initiative de gestion intégrée de l'est de la plate-forme néo-écossaise (GIEPNE),

---

[196] Voir par exemple la LEI, *supra* note 38, arts 92 (Évaluations régionales – territoire domanial), 93 (Évaluations régionales – autres régions) et 95 (Évaluations stratégiques).

[197] Meinhard Doelle, « Regional & Strategic Assessments in the Proposed Federal Impact Assessment Act (IAA) » (25 février 2018) dans *Environmental Law News : Climate Change, EA, Regulation, Governance*, online (blog): <blogs.dal.ca/melaw/2018/02/25/regional-strategic-assessments-in-the-proposed-canadian-impact-assessment-act-ciaa/>.

[198] *Loi sur les océans*, *supra* note 34, art 31.

[199] Canada, ministère des Pêches et des Océans, *La Stratégie sur les océans du Canada : Cadre stratégique et opérationnel pour la gestion intégrée des environnements estuariens, côtiers et marins au Canada*, nº de catalogue Fs77-2/2002F, Ottawa, Pêches et Océans Canada, 2002 à la p ii, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/Collection/Fs77-2-2002F.pdf>.

[200] *Ibid* à la p 8.

pourrait se révéler utile pour la réglementation de l'ERE[201]. Ce Plan régional pour les océans englobe l'ensemble de la baie de Fundy, la côte atlantique au large de la Nouvelle-Écosse jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale, et la plate-forme néo-écossaise au large jusqu'à la limite extérieure de la ZEE[202]. Il envisage expressément les activités de valorisation de l'ERE, en indiquant ce qui suit[203] :

> La zone de planification de la baie de Fundy a concentré les tentatives d'exploitation de l'énergie marémotrice renouvelable. Il y a actuellement une centrale marémotrice dans la baie. Du côté de la baie appartenant à la Nouvelle-Écosse, sept sites ont été jugés intéressants pour une éventuelle installation de turbines marémotrices dans les cours d'eau, et huit autres ont été repérés du côté appartenant au Nouveau-Brunswick. Les turbines dans les cours d'eau sont encore en phase de test. Il a été déterminé que d'autres parties de la biorégion présentaient un fort potentiel pour l'énergie éolienne et l'énergie des vagues. À mesure que l'intérêt pour ce secteur croîtra, il sera essentiel d'assurer la coordination entre ce secteur et les autres, ainsi que de prendre en compte les impacts environnementaux de tout projet de développement des énergies renouvelables.

Ce plan, qui comprend la gestion des océans (y compris la planification spatiale marine), l'élaboration et la gestion des ZPM, ainsi que la collaboration et la mobilisation, pourrait faire partie d'un système de gestion plus vaste pour la planification de l'utilisation des océans dans la région concernée. Des plans semblables, comme le Plan de gestion intégrée du golfe du Saint-Laurent[204] et le plan de gestion de la zone étendue de gestion de l'océan de la baie Placentia et des Grands Bancs[205], pourraient aussi être utilisés.

Le résultat est que la LRCE, ou tout éventuel programme fédéral-provincial de gestion de l'ERE, sera plus efficace dans la mesure où des outils plus vastes de planification et de gestion des océans seront mis à profit. De tels outils devraient mobiliser les organismes de réglementation fédéraux et provinciaux pertinents, les industries de la mise en valeur de l'ERE et des océans, ainsi que les collectivités côtières autochtones et non autochtones. Des évaluations stratégiques et régionales réfléchies et des plans de gestion intégrés peuvent offrir ce genre d'outils.

## CONCLUSION

Le développement continu du secteur de l'ERE au Canada atlantique ne dépend pas uniquement d'un régime de réglementation efficace. Des facteurs économiques, comme le prix et l'accès aux marchés, seront notamment des facteurs déterminants. Néanmoins, un régime de réglementation complet et efficace est une condition nécessaire, sinon suffisante, au succès de la mise en valeur de l'ERE dans cette région. À cet égard, les progrès réalisés dans le cadre du régime de réglementation fédéral de l'ERE en vertu de la partie 5 de la LRCE sont prometteurs. Le peaufinent éventuel du RERE devrait contribuer à faciliter l'activité de valorisation de l'ERE, et de l'énergie éolienne en mer en particulier, dans l'ensemble de la région. Toutefois, comme le présent document l'a montré, il reste plusieurs occasions importantes d'améliorer le cadre réglementaire de l'ERE. L'incertitude qui persiste au sujet des frontières marines des provinces de l'Atlantique, et donc des limites de compétence, constitue un obstacle permanent que les deux ordres de gouvernement devront

---

[201] Canada, ministère des Pêches et des Océans, région des Maritimes, *Plan régional pour les océans – Plate-forme néo-écossaise, côte atlantique, baie de Fundy : Contexte et description du programme*, nº de catalogue Fs104-32-1-2014-fra.pdf, Dartmouth, Pêches et Océans Canada, 2014, à la p 5, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/collection_2016/mpo-dfo/Fs104-32-1-2014-fra.pdf>.

[202] *Ibid* aux pp 14–17.

[203] *Ibid* à la p 20.

[204] Canada, ministère des Pêches et des Océans, Région du Golfe, *Plan de gestion intégrée du golfe du Saint-Laurent*, nº de catalogue Fs149-7/2013F-PDF (Moncton : Pêches et Océans Canada, 2013), en ligne : <waves-vagues.dfo-mpo.gc.ca/Library/356409.pdf>.

[205] Pêches et Océans Canada, « Placentia Bay/Grand Banks Large Ocean Management Area Integrated Management Plan (2012-2017) » (février 2012), en ligne (pdf) : <waves-vagues.dfo-mpo.gc.ca/Library/347923.pdf>.

surmonter. Cette question pourrait être réglée au moyen d'un ou de plusieurs régimes de gestion conjointe fédérale-provinciale. Un tel régime contribuerait également à réduire au minimum la complexité et l'incohérence de la réglementation dans cette région. Des mécanismes officiels de réglementation visant à garantir que les emplois créés les activités de valorisation de l'ERE et les retombées industrielles connexes profitent à la province adjacente seraient également bienvenus. Le fait de confier la responsabilité du régime foncier fédéral à un ministère distinct, plutôt qu'à la Régie en vertu de la LRCE, risque de créer des complications inutiles. Enfin, tout régime — qu'il soit uniquement de ressort fédéral en vertu de la LRCE ou fondé sur une gestion conjointe — bénéficierait de l'utilisation d'outils de gouvernance plus vastes, comme les évaluations régionales ou stratégiques et l'élaboration continue de plans de gestion intégrée en vertu de la *Loi sur les océans*. Une collaboration en vue de régler ces questions e contribuerait grandement à une démarche exhaustive et rationnelle pour la mise en valeur de l'ERE dans le Canada atlantique. ■

# LA GOUVERNANCE DES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION – UNE ÉTUDE DE CAS COMPLÉMENTAIRE DE LA COMMISSION DE L'ÉNERGIE DE L'ONTARIO

*Robert B. Warren**

## INTRODUCTION ET APERÇU

La Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) a été dotée d'une nouvelle structure de gouvernance, laquelle est tributaire des travaux du « Comité consultatif d'experts pour la modernisation de la Commission de l'énergie de l'Ontario » (le « Comité Dicerni ») et des recommandations de son rapport (le « Rapport Dicerni[1] ») promulguées par la *Loi de 2019 pour réparer le gâchis dans le secteur de l'électricité* (projet de loi 87)[2]. La nouvelle structure de gouvernance diffère à bien des égards de celle qu'elle remplace, principalement en ce qui a trait à l'utilisation de ce qu'on appellera ici le modèle corporatif[3].

La façon dont la nouvelle structure organisationnelle a été élaborée et la forme qu'elle prend soulèvent un certain nombre de questions. Le présent document est axé sur trois de ces questions :

1. La nouvelle structure de gouvernance est-elle nécessaire?

* Robert B. Warren est un avocat spécialisé dans le domaine de la réglementation du secteur de l'énergie. Ses écrits et discussions sur les questions de gouvernance dans ce secteur sont nombreux et il a prêté conseils à plusieurs clients des secteurs public et privé dans ce domaine. Veuillez adresser vos commentaires à rbw.regulatorygovernance@gmail.com.

[1] Richard Dicemi, Cara Clairman et Bruce Campbell, « Comité consultatif d'experts pour la modernisation de la Commission de l'énergie de l'Ontario – Rapport final » (octobre 2018), en ligne (pdf) : *Gouvernement de l'Ontario* <files.ontario.ca/endm-oeb-report-fr-2018-10-31.pdf> (« Rapport Dicemi »).

[2] *Loi de 2019 pour réparer le gâchis dans le secteur de l'électricité*, LO 2019, c 6.

[3] La nouvelle structure de gouvernance offre l'occasion de revoir une analyse de la gouvernance de la CEO que j'ai entreprise en 2014. Dans cette analyse, j'ai relevé un certain nombre de lacunes évidentes dans la gouvernance de la CEO. Entre autres choses, une étude de la nouvelle structure de gouvernance, et du processus par lequel elle a été élaborée, permet d'évaluer si les lacunes que j'ai relevées dans l'analyse précédente ont été corrigées, et si oui, comment. Le présent document est en fait la suite de cette analyse antérieure, d'où l'utilisation du terme « complémentaire » dans son titre. Robert B. Warren, « The Governance of Regulatory Agencies: A Case Study of the Ontario Energy Board » (janvier 2015) en ligne (pdf) : *Council for Clean & Reliable Electricity* <thinkingenergy.ca/wp-content/uploads/2021/03/CCRE-The-Governance-of-Regulatory-Agencies-A-Case-Study-of-the-Ontario-Energy-Board-by-Robert-B.-Warren-January-2015.pdf> (« le Rapport de 2015 »).

2. La nouvelle structure de gouvernance convient-elle à un organisme de réglementation?

3. La façon dont la nouvelle structure de gouvernance a été élaborée et mise en œuvre reflétait-elle une bonne politique publique?

Avant de répondre à ces questions, je me dois de faire ce qui suit :

1. décrire ce qu'est la gouvernance et les principes qui devraient l'éclairer;

2. décrire ce que j'entends par politique publique ou peut-être plus précisément par une bonne politique publique;

3. énoncer les principales fonctions de la CEO et décrire comment l'exécution de ces fonctions se rapporte à la gouvernance;

4. décrire la structure de gouvernance remplacée par la nouvelle structure;

5. décrire la nouvelle structure de gouvernance.

## GOUVERNANCE ET POLITIQUE PUBLIQUE

La gouvernance est un terme utilisé pour décrire les rôles, les mécanismes et les processus par lesquels une organisation est régie. En quoi consisteront ces rôles, mécanismes et processus, comment ils fonctionneront et à quelles fins, sont autant de facteurs qui dépendront, entre autres, de la nature de l'organisation, de ses objectifs et de ses obligations. Pour un organisme de réglementation, la gouvernance peut être définie, de façon générale, comme le mécanisme ou les instruments, les processus et les relations par lesquels l'organisme de réglementation est contrôlé et dirigé, et par lesquels ses décisions et ses actions sont mesurées et responsabilisées. Les mécanismes et les processus comprendraient la structure, les règles et les pratiques propres à l'organisme de réglementation[4].

La CEO a été créée en vertu d'une loi (la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* [*LCEO*]) afin de servir l'intérêt public tel que défini dans cette loi et d'autres lois[5]. La *LCEO* prévoit que la CEO réponse de ses actes devant le gouvernement et l'Assemblée législative. La CEO doit exercer les pouvoirs qui lui sont conférés conformément à la common law et aux lois provinciales pertinentes. L'exercice de ses pouvoirs est assujetti à la surveillance des tribunaux. La structure de gouvernance de la CEO est déterminée en partie par les dispositions de la *LCEO* et en partie par la façon dont ces dispositions sont interprétées et appliquées par le ministre responsable et par la CEO elle-même.

En revanche, les sociétés par actions, même si elles doivent se conformer aux exigences de la loi en ce qui concerne leur constitution et leurs activités, ne sont pas créées par la loi et servent un objectif fondamentalement différent, principalement celui d'accroître la valeur pour les actionnaires[6]. Par conséquent, les exigences en matière de gouvernance pour les sociétés par actions diffèrent fondamentalement de celles applicables à un organisme de réglementation comme la CEO.

Bien que les besoins des sociétés par actions en matière de gouvernance puissent ressembler superficiellement à ceux d'un organisme de réglementation comme la CEO, comme l'atteinte des objectifs fixés et, bien que le vocabulaire utilisé pour décrire les principes de leurs structures de gouvernance puisse être le même, il se dégage des différences fondamentales entre les deux. En effet, l'utilisation d'une structure de gouvernance applicable à une société par actions peut être inappropriée dans le cas d'un organisme de réglementation comme la CEO et peut même poser un risque que la CEO ne soit pas en mesure de remplir les fonctions qui lui sont attribuées par la loi.

---

[4] Organisation de coopération et de développement économiques, « La gouvernance des régulateurs » (2014), en ligne : <read.oecd-ilibrary.org/governance/principes-de-bonnes-pratiques-de-l-ocde-pour-la-politique-de-la-reglementation_9789264222649-fr#page1>.

[5] *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, LO 1998, c 15, annexe B [*LCEO*].

[6] La définition officielle de la gouvernance d'entreprise de l'OCDE est la suivante : « Les Principes [de gouvernance d'entreprise] ont pour objet d'aider les responsables de l'action publique à évaluer et améliorer le cadre juridique, réglementaire et institutionnel, organisant la gouvernance d'entreprise afin de favoriser l'efficience économique, une croissance durable et la stabilité financière.» (2015) à la p 11, en ligne (pdf) : <www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-FRA.pdf >.

Il existe un certain nombre de principes généralement reconnus de bonne gouvernance pour les sociétés par actions et les organismes de réglementation. Dans le présent document, comme dans le document de 2015, j'utilise les principes élaborés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)[7]. Ces principes comprennent la transparence et la responsabilité. Le contenu de ces principes diffère entre les sociétés par actions et les organismes de réglementation. De plus, certains principes, par exemple la clarté et l'indépendance des rôles, s'appliquent aux organismes de réglementation en raison d'exigences législatives particulières et de la common law, des exigences qui ne s'appliquent pas aux sociétés par actions. Tout au long du présent document, je fais référence aux principes de l'OCDE pour la gouvernance réglementaire comme étant les principes d'une bonne gouvernance réglementaire.

J'utilise aussi les termes « politique publique » et « bonne politique publique » de façon interchangeable. Ce n'est évidemment pas la même chose. La politique publique peut être comprise, dans sa forme la plus fondamentale, comme la façon dont les gouvernements élaborent et appliquent leurs politiques. En ce sens, c'est un terme neutre. Une bonne politique publique, par contre, est une politique publique fondée sur certaines valeurs. Les valeurs qui devraient orienter les politiques publiques comprennent le respect de la primauté du droit, l'intégrité, la transparence et la responsabilité. Pour les besoins du présent document, je m'attacherai à examiner les deux derniers principes, soit la transparence et la responsabilité. À mon avis, ces deux principes, lorsqu'ils ont été appliqués à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une nouvelle structure de gouvernance pour la CEO, exigeaient ce qui suit :

1. une description des lacunes de la structure de gouvernance existante, afin que le public comprenne pourquoi elle doit être remplacée;

2. une description de la façon dont la nouvelle structure de gouvernance corrigerait ces lacunes;

3. une description, en d'autres termes, des raisons du remplacement d'une structure de gouvernance par une autre;

4. une description des avantages de la nouvelle structure de gouvernance pour le public;

5. une description du fonctionnement de la nouvelle structure de gouvernance.

Le respect de ces principes exige que le gouvernement utilise un langage clair et compréhensible, c'est-à-dire qu'il évite d'utiliser un langage dénué de sens dans la réalité et qui peut être trompeur.

## LES FONCTIONS DE LA CEO

La CEO est créée par une loi et n'a que les pouvoirs et les obligations qui sont énoncés dans les lois et les règlements, ou les pouvoirs par voie de conséquence nécessaire pour remplir ses obligations législatives. Dans l'exercice de ces pouvoirs et le respect de ces obligations, la CEO est assujettie aux dispositions des lois et des règlements, ainsi qu'aux exigences, prévues dans la loi ou en common law, encadrant l'exercice de ces pouvoirs. Les décisions découlant de l'exercice de certains de ses pouvoirs peuvent être examinées par les cours supérieures, mais cet examen porte sur la façon dont les pouvoirs ont été exercés plutôt que sur le fondement des décisions.

La CEO est tenue par la loi de rendre certaines décisions par voie d'ordonnance à la suite d'une audience. Ce faisant, la CEO agit à titre de décideur quasi judiciaire. Lorsqu'elle agit à ce titre, elle doit se conformer aux règles de justice naturelle telles qu'elles sont codifiées dans la *Loi sur l'exercice des compétences légales*[8]. Le fait que la CEO doive agir à titre de décideur quasi judiciaire, sous réserve de ces contraintes juridiques, est l'une des principales différences entre elle et une société par actions. Cela a d'importantes répercussions sur la structure de gouvernance de la CEO, qui seront abordées un peu plus loin.

On dit souvent, à tort, que la CEO réglemente le secteur de l'énergie en Ontario. Ce n'est

[7] OCDE, « La gouvernance des régulateurs » (dernière consultation le 18 février 2022) en ligne : <www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/gouvernance-des-regulateurs.htm>.

[8] *Loi sur l'exercice des compétences légales*, LRO 1990, c S.22.

pas le cas. Les décisions de la CEO touchent moins de 20 % du coût de l'énergie. Les objectifs qu'elle vise sont énoncés dans ses lois habilitantes, principalement la *LCEO* et la *Loi de 1998 sur l'électricité*[9]. Ces objectifs ont principalement trait à la détermination des prix à payer pour le transport et la distribution du gaz et de l'électricité. Les lois habilitantes prescrivent également le processus que la CEO doit utiliser pour atteindre ces objectifs.

Pour atteindre ses objectifs, la CEO doit concilier des intérêts souvent concurrents. Elle ne peut servir les intérêts que d'un seul groupe. C'est pourquoi il est inexact de dire que la CEO, comme le gouvernement et la CEO elle-même le font souvent et de façon trompeuse, sert les intérêts des consommateurs. Certains des pouvoirs conférés à la CEO l'autorisent à protéger les consommateurs contre des pratiques frauduleuses dans le domaine de la vente au détail de gaz naturel et d'électricité. Cela ne veut pas dire pour autant que la CEO, en s'acquittant de ses obligations fondamentales d'approuver des tarifs justes et raisonnables pour le transport et la distribution de gaz et d'électricité, agit en qualité d'organisme de protection des consommateurs. Les effets de cette mauvaise compréhension du rôle de la CEO dans l'élaboration de la nouvelle structure de gouvernance sont examinés plus loin dans le présent document.

Les fonctions de la CEO peuvent être réparties en trois catégories.

**Fonctions quasi judiciaires**

La première comprend les fonctions quasi judiciaires, dans lesquelles la CEO exerce un vaste pouvoir discrétionnaire pour appliquer son expertise à l'interprétation et à l'application des normes législatives. Dans l'exercice de ses fonctions quasi judiciaires, la CEO est tenue de tenir une audience et de respecter les règles de justice naturelle. Elle est aussi autorisée à utiliser son expertise pour interpréter les normes généralement formulées et appliquer cette interprétation aux faits dans les cas dont elle est saisie. Dans certains cas, aucun critère décisionnel ne peut être précisé, de sorte que la CEO doit s'en remettre à son expertise pour élaborer des critères et les appliquer, y compris en se fondant sur une politique réglementaire déjà formulée ou une politique réglementaire éclairée par le contexte du processus décisionnel, qui sont conformes aux objectifs des lois pertinentes. Cependant, chaque cas doit être tranché son bien-fondé et les faits s'y rapportant.

Les fonctions quasi judiciaires de la CEO comprennent les suivantes :

1. Approuver les tarifs facturés par les transporteurs de gaz, les distributeurs de gaz et les compagnies de stockage. Le critère à utiliser pour décider d'approuver les tarifs est de savoir s'ils sont « justes et raisonnables »[10];

2. Approuver un changement de propriétaire chez un transporteur de gaz, un distributeur de gaz ou une compagnie de stockage. Aucun critère d'approbation n'est précisé[11];

3. Approuver les tarifs de transport et de distribution d'électricité. Le critère est de savoir si les tarifs proposés sont « justes et raisonnables »[12];

4. Approuver un changement de contrôle d'un transporteur ou d'un distributeur d'électricité[13];

5. Approuver la construction d'une ligne de transport d'électricité ou d'hydrocarbures[14].

La justice naturelle comporte deux éléments principaux : le droit d'être entendu et le droit à un décideur impartial. Ce dernier élément soulève la question de l'indépendance des décideurs. L'impératif de l'indépendance dans le contexte d'un organisme de réglementation comme la CEO, et l'influence de la nouvelle

[9] *Loi de 1998 sur l'électricité*, LO 1998, c 15, annexe A.

[10] *LCEO*, *supra* note 5, art 36.

[11] *Ibid*, art 43.

[12] *Ibid*, art 78.

[13] *Ibid*, art 86.

[14] *Ibid*, arts 90, 92.

structure de gouvernance sur l'indépendance du processus décisionnel de la CEO, sont des questions examinées plus loin dans le présent document.

Dans l'exercice de ces fonctions quasi judiciaires, la CEO doit tenir compte de toutes les politiques gouvernementales pertinentes et de toutes les directives qu'elle reçoit du gouvernement en vertu du pouvoir qui lui a été conféré par la *LCEO* ou la *Loi de 1998 sur l'électricité*. Toutefois, la CEO ne peut pas grever son pouvoir discrétionnaire en appliquant simplement ces politiques ou directives, peu importe les faits et le bien-fondé de la question dont elle traite, à moins que la loi ou le règlement ne l'exige. La CEO elle-même ne peut pas non plus élaborer des politiques ou des lignes directrices qui, directement ou par voie de conséquence nécessaire, limitent ou entravent l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'expertise de la CEO en matière d'interprétation et d'application des critères législatifs doit demeurer alignée sur les objectifs de la *LCEO* et de la *Loi de 1998 sur l'électricité*.

**Fonctions qui n'attirent pas l'application complète des règles de justice naturelle**

Le deuxième type de fonction est le pouvoir de prendre une décision, et ce pouvoir doit être exercé en donnant un avis aux parties touchées et en recevant et en examinant les observations de ces parties avant de prendre une décision. Aucune exigence ne prévoit qu'elle tienne une audience. L'exercice de ces fonctions ne requiert pas l'application de toutes les règles de justice naturelle. L'élaboration de règles[15] et l'élaboration de codes sont des exemples de ces fonctions[16].

**Fonctions administratives**

La troisième catégorie est surtout de nature administrative, c'est-à-dire qu'elle exige un recours limité au pouvoir discrétionnaire. Dans l'exercice de ces fonctions, la CEO n'agit pas à titre de décideur quasi judiciaire. Cette fonction administrative est illustrée par exemple par la délivrance d'une licence à un distributeur d'électricité. Pour autant que le distributeur satisfait aux exigences prescrites, une licence est délivrée. La délivrance de la licence n'implique pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il n'est pas toujours possible de tracer une ligne claire entre les fonctions administratives et les fonctions quasi judiciaires. Par exemple, l'élaboration de règles régissant la conduite des détaillants de gaz et d'électricité peut être de nature administrative. Mais l'application de ces règles, entraînant éventuellement une forme de sanction, peut obliger la CEO à agir dans une fonction quasi judiciaire.

La CEO n'est pas un organisme gouvernemental qui élabore des politiques. Les lois qui l'habilitent ne lui confère pas le pouvoir, directement ou par voie de conséquence nécessaire, d'élaborer des politiques pour le secteur de l'énergie.

Les tribunaux ont reconnu que les organismes de réglementation comme la CEO ont le pouvoir de produire des instruments législatifs « qui ne sont pas obligatoires en droit », par exemple des politiques ou des lignes directrices encadrant la façon dont ils exerceront leurs pouvoirs[17]. Toutefois, bien que de telles politiques ou lignes directrices puissent orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire, elles ne peuvent l'entraver. De plus, le pouvoir de recourir à de tels instruments qui ne sont pas obligatoires en droit ne s'étend pas à l'élaboration de politiques de fond en dehors de l'expertise de l'organisme de réglementation, et ne peut encore moins limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire des organismes de réglementation sur la base de tels instruments.

Les limites du pouvoir de la CEO d'élaborer des politiques et les répercussions de ces limites sur sa nouvelle structure de gouvernance sont des questions abordées plus loin dans le présent document.

## STRUCTURE DE GOUVERNANCE PRÉCÉDENTE

Dans cette section, j'exposerai les principales composantes de la structure de gouvernance qui existaient avant leur remplacement par celles de la nouvelle structure de gouvernance.

La *LCEO*, en son état à l'époque, prévoyait la nomination, par le gouvernement, du président et des deux vice-présidents ainsi que des

[15] *Ibid*, art 44.

[16] *Ibid*, art 70.1.

[17] Voir par ex *Thamotharem c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198 aux para 55 et s.

membres de la CEO. Le président et les deux vice-présidents devaient constituer un comité de gestion chargé de la gestion de la CEO. Tous les trois ans, le président et le ministre responsable devaient conclure un protocole d'entente (PE) définissant la relation entre le ministre et la CEO. La CEO était autorisée à adopter des règlements administratifs précisant son mode de fonctionnement. Le président de la CEO devait préparer un rapport annuel à l'intention du ministre qui devait alors le déposer devant l'Assemblée législative.

Le protocole d'entente prévoyait également la nomination d'un directeur de l'exploitation. Le règlement nº 1 énonce les obligations du directeur de l'exploitation.

La durée du mandat du président, des vice-présidents et des membres était prescrite par la loi et, par la coutume, presque tous étaient des membres à temps plein. Les membres à temps partiel étaient l'exception.

Vers 2012, la structure interne et les méthodes de fonctionnement de la CEO ont commencé à changer. Les membres à temps plein ont été remplacés par des membres à temps partiel. Les postes des membres à temps partiel sont moins sûrs que ceux des membres à temps plein. Lorsqu'un deuxième vice-président a quitté ses fonctions, il n'a pas été remplacé, même si la *LCEO* exigeait qu'il y ait un deuxième vice-président. Le poste de directeur de l'exploitation a été laissé vacant.

Comme je l'ai mentionné dans le document de 2015, la *LCEO* et le protocole d'entente ont attribué des responsabilités de gestion au Comité de gestion de la CEO. En s'acquittant de leurs responsabilités, les vice-présidents mettaient à contribution une expertise dans certains domaines, par exemple en droit administratif, de la gestion de la CEO. Le fait que la *LCEO* ait confié la responsabilité de gestion de la CEO à trois personnes prête à penser que l'Assemblée législative avait l'intention que les membres du Comité de gestion fonctionnent, sinon comme une « équipe de rivaux », au moins pour faire contrepoids au pouvoir du président en fournissant des opinions et de l'expertise diversifiées à la direction de la CEO. Cette structure de gouvernance était importante parce qu'elle contribuait à garantir ce que l'OCDE appelle la « culture d'indépendance ».

Le fait que la CEO n'ait pas respecté les exigences de la loi concernant sa structure de gouvernance était bien connu de tous, y compris, présumément, du ministre. Pourtant, le ministre n'a rien fait pour corriger cette lacune. Bien qu'on ait soulevé dans un rapport à l'intention de la CEO de procéder à l'examen de sa structure organisationnelle, lequel a mené à la mise en œuvre d'une restructuration de l'équipe de direction, les rapports annuels que le président de la CEO a présentés au ministre et que le ministre a ensuite déposés devant l'Assemblée législative n'ont fait aucune référence à ces lacunes et n'ont fourni aucune explication[18]. Cette lacune ouverte et notoire de la fonction de gouvernance a pu se poursuivre pendant plusieurs années.

Les échecs évidents de la gouvernance ont soulevé des préoccupations au sujet de l'indépendance du processus décisionnel de la CEO et, en particulier, de la question de savoir si les décisions prises par elle étaient indépendantes de l'influence du président ou du ministre. Ces préoccupations se sont accentuées au cours d'une période où le gouvernement utilisait la CEO pour mettre en œuvre un certain nombre de ses politiques sur la conservation, dont la mise en œuvre (dans les contrats d'achat d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables) a fait l'objet de vives critiques dans deux rapports de la vérificatrice générale. Il n'a pas été possible de déterminer si la décision de la CEO était en fait dictée ou influencée par le ministre en l'absence d'une enquête sur les activités de la CEO. L'élément important ici est que les lacunes évidentes en matière de gouvernance, et la tolérance du gouvernement à l'égard de ces lacunes, ont miné la confiance à l'égard de la CEO.

La gouvernance de la CEO pendant cette période a manifestement violé les principes de bonne gouvernance établis par l'OCDE. Elle n'a pas respecté les exigences de la loi. Elle n'était pas transparente. Il n'y avait pas de véritable responsabilité. Il en est résulté un déclin de la volonté des intervenants de faire confiance à l'intégrité du processus décisionnel de la CEO.

[18] Commission de l'énergie de l'Ontario, « Plan d'activités 2014-2017 » (21 août 2014), en ligne (pdf) : <www.oeb.ca/oeb/_Documents/Corporate/OEB_Business_Plan_2014-2017_fr.pdf>.

Ni le gouvernement ni la CEO n'ont reconnu ces lacunes de gouvernance et ils n'ont pris aucune mesure pour les corriger. En mars 2015, la CEO a créé ce qu'elle a décrit comme deux comités permanents, un pour s'occuper des affaires réglementaires et un autre pour s'occuper des affaires de l'industrie, dans ce qu'elle a décrit comme une mesure [traduction] « faisant partie de notre nouveau cadre de mobilisation des intervenants ». La CEO a participé à un certain nombre d'initiatives d'élaboration de politiques, par exemple en publiant son « Plan stratégique : Soutenir le rythme d'évolution du secteur de l'énergie », un exercice que la CEO a décrit comme un effort visant à « soutenir l'innovation rentable dans les services énergétiques destinés aux consommateurs ».

C'est dans ce contexte que le gouvernement a confié au Comité Dicerni le mandat de moderniser la CEO. Il est frappant de constater qu'en lui attribuant ce mandat, le gouvernement n'a fait aucune mention des lacunes existantes en matière de gouvernance. Le public a dû supposer qu'il y avait un problème à régler. Il convient également de mentionner que la CEO a participé à un certain nombre d'initiatives d'élaboration de politiques avant que le Comité Dicerni ne reçoive son mandat, ce qui soulève la question de savoir pourquoi le gouvernement a enjoint au Comité Dicerni d'examiner la fonction d'élaboration de politiques de la CEO comme s'il s'agissait d'une nouvelle activité. Je reviendrai à la question de savoir pourquoi la nouvelle structure de gouvernance recommandée dans le rapport Dicerni était nécessaire pour que la CEO puisse s'acquitter des mêmes fonctions d'élaboration des politiques qu'auparavant.

Il n'y avait rien dans l'ancienne structure de gouvernance qui a inévitablement entraîné son échec. On peut certainement soutenir qu'il fallait que la structure de gouvernance soit gérée sur la base du respect des exigences en matière de gouvernance de la *LCEO* et de la bonne foi et du respect des principes de bonne gouvernance réglementaire par les parties principalement responsables de la gouvernance, à savoir le président de la CEO, le ministre responsable et, ultimement, les membres de l'Assemblée législative. Si tel était le cas, pourquoi a-t-on eu besoin d'une nouvelle structure de gouvernance et que fait-elle qui n'aurait pas pu être fait dans le cadre de la structure qu'elle a remplacée?

## LE RAPPORT DICERNI

Le ministre de l'Énergie, du Développement du Nord et des Mines a demandé au Comité Dicerni (tout au long du présent document, je désignerai le membre du Cabinet responsable de la CEO et du secteur de l'énergie par le terme générique « ministre ») de fournir des « conseils et des recommandations » dans trois domaines :

1. structure de gouvernance interne de la CEO, y compris les possibilités d'améliorer la surveillance, la transparence et la responsabilisation;

2. options pour utiliser l'expertise de la CEO en matière de politiques tout en protégeant l'indépendance des processus décisionnels;

3. activités internes de la CEO, y compris les possibilités de mieux harmoniser les activités avec les résultats qui produisent une valeur accrue pour le secteur[19].

Il est important de souligner ce que le ministre a omis de mentionner dans ce mandat. Il n'a mentionné aucune lacune dans « la surveillance, la transparence et la responsabilisation ». Bien qu'il ait implicitement cerné la tension entre l'expertise en matière de politiques et l'indépendance des processus décisionnels, il n'a pas précisé en quoi consistait l'« expertise de la CEO en matière de politiques ». Et il n'a pas précisé ce qu'était « une valeur accrue pour le secteur ».

Comme il est indiqué dans la section précédente, les lacunes évidentes dans la gouvernance de la CEO n'étaient pas seulement celles liées à la gouvernance interne de l'organisme de réglementation. Parmi les lacunes, il y avait l'incapacité évidente du ministre et de l'Assemblée législative de s'acquitter de leurs obligations en matière de surveillance et de responsabilisation. Quoi qu'il en soit, on n'a pas demandé au Comité Dicerni de se pencher sur ces lacunes et sur la façon dont elles pourraient être corrigées, ce qui laisse un vide important dans toute analyse

[19] Rapport Dicerni, *supra* note 1, annexe A à la p 27.

des lacunes en matière de gouvernance et de la façon dont ces lacunes pourraient être corrigées.

En lui confiant son mandat, le ministre a demandé au Comité Dicerni de formuler des recommandations sur la façon dont la gouvernance et les activités de la CEO peuvent produire « de meilleurs résultats aux consommateurs[20] ». Le ministre n'a pas précisé en quoi ces « meilleurs résultats » pourraient consister ou en quoi les résultats antérieurs étaient déficients. Le choix de ce libellé vague aide à créer l'attente que les résultats du travail du Comité Dicerni soient meilleurs pour la population. Plus important encore, en mettant l'accent sur les « consommateurs », le ministre répétait implicitement la fausseté que la CEO est une agence de protection des consommateurs. Ce n'est pas le cas, surtout en ce qui concerne ses obligations fondamentales d'approuver des tarifs justes et raisonnables.

Compte tenu de ce que l'on savait au sujet des lacunes dans la gouvernance de la CEO, le Comité Dicerni aurait dû faire ce qui suit :

1. Entreprendre un examen de la structure de gouvernance actuelle de la CEO, de son fonctionnement et, au cours du processus, cerner les lacunes de cette structure et de son fonctionnement;

2. Étant donné que la gouvernance de la CEO ne se limite pas aux activités internes de la CEO, inclure dans cet examen les raisons pour lesquelles le ministre et l'Assemblée législative ne s'acquittent pas de leurs obligations en matière de gouvernance;

3. Indiquer pourquoi des changements à cette structure de gouvernance étaient nécessaires et pourquoi, en particulier, pourquoi l'adoption d'un modèle corporatif était nécessaire et appropriée;

4. Décrire comment un conseil d'administration de la CEO devait fonctionner, les analyses qu'il devait effectuer, les décisions qu'il devait prendre et les critères qu'il devait utiliser pour prendre ces décisions.

5. Plus particulièrement, décrire la relation entre le conseil d'administration et l'organe décisionnel de la CEO;

6. Déterminer l'expertise en matière de politiques de la CEO et la nature et l'étendue des fonctions d'élaboration de politiques de la CEO;

7. Déterminer les rôles respectifs de la CEO et du gouvernement dans l'élaboration des politiques;

8. Entreprendre cet examen et rendre compte de ses conclusions entièrement et en toute transparence.

En fin de compte, le Comité Dicerni n'a rien fait de tout cela, et son échec à le faire a miné la valeur de ses recommandations et de la restructuration de la CEO qui a été adoptée sur la base de ces recommandations. La façon dont le Comité Dicerni a reçu son mandat, ses analyses et son rapport ne reflètent pas une bonne politique publique.

Le rapport Dicerni contenait un certain nombre de recommandations. Aux fins de la présente analyse, la recommandation la plus importante était « la mise en œuvre d'un nouveau cadre de gouvernance qui comprendrait un Conseil d'administration dont le président ne ferait pas partie de la direction (le Conseil), un président et un commissaire en chef responsable de l'arbitrage[21] ». Le rapport n'indiquait pas pourquoi ce nouveau cadre de gouvernance était nécessaire ou approprié.

Le rapport indique que le Conseil se concentrera sur ce qu'il appelle « trois rôles essentiels dans le leadership de l'organisation », comme suit :

1. s'acquitter des responsabilités habituelles d'un Conseil en matière de gouvernance, dont la supervision de l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie de [la CEO];

2. servir d'interface principale avec le ministre et le gouvernement;

3. asurer [sic] l'indépendance et l'efficacité du processus d'arbitrage.

[20] *Ibid*, annexe A à la p 26.

[21] *Ibid* à la p 13.

Le rapport n'indiquait pas quelles seraient les « responsabilités habituelles d'un conseil en matière de gouvernance » (ce qui signifie probablement le conseil d'administration d'une société par actions) dans le contexte d'un organisme de réglementation exerçant des pouvoirs législatifs et, ce faisant, devant agir en qualité de décideur quasi judiciaire[22]. Le rapport n'indiquait pas comment le conseil devait protéger « l'indépendance et l'efficacité du processus d'arbitrage » sans, par exemple, participer à ce processus. Le rapport n'a pas non plus indiqué la nature ou les sources de toute menace à l'indépendance.

Deux autres éléments du rapport Dicerni méritent d'être mentionnés.

Le rapport cite un certain nombre de publications savantes sur la gouvernance réglementaire et fait référence aux mécanismes de gouvernance d'autres administrations. Mais au-delà des références aux principes de bonne gouvernance, déjà largement connus, il n'indique pas quels modèles de gouvernance dans ces publications savantes ou dans d'autres compétences il préfère et, plus important encore, pourquoi l'un ou l'autre des modèles serait nécessaire ou approprié en vue d'une utilisation par la CEO[23].

Le rapport fait également référence aux mémoires reçus de particuliers et de groupes d'intérêts. Il n'indique pas lesquelles de ces mémoires étaient bien fondés et lesquels ont été acceptés. Cette pratique donne l'apparence, mais non la réalité, d'une « participation » authentique et significative

Il est possible d'essayer de déterminer, à partir des recommandations du rapport, lesquels des modèles d'autres administrations et lesquels des mémoires des intervenants ont été adoptés. Autrement dit, il pourrait être possible d'entreprendre une forme de rétro-ingénierie. Quant à savoir si cela représente une bonne politique publique, c'est une autre question.

## MISE EN ŒUVRE DES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT DICERNI – PROJET DE LOI 87, PROTOCOLE D'ENTENTE ET RÈGLEMENT Nº 1 DE LA CEO

Les recommandations du rapport Dicerni concernant la structure de gouvernance ont été intégrées au projet de loi 87 sous la forme de modifications à la *LCEO*. Les principales caractéristiques de la législation et des modifications apportées à la *LCEO* sont les suivantes :

1. La CEO doit être composée d'un conseil d'administration, d'un chef de la direction et de commissaires, y compris un commissaire en chef[24].

2. Le conseil d'administration gère les activités et les affaires de la Commission et en supervise la gestion; [25].

3. Le gouvernement doit nommer un président du conseil d'administration dont les fonctions consistent notamment à rendre compte au ministre de l'indépendance des personnes et des entités qui entendent et décident des questions qui relèvent de la compétence de la Commission[26].

4. Aucun pouvoir conféré au conseil d'administration ou à un administrateur par la LCEO ou toute autre loi ne permet à l'un ou à l'autre de s'ingérer dans l'audition ou la prise de décision concernant une question qui relève de la compétence de la Commission ou d'exercer une influence sur une telle audition ou prise de décision[27];

---

[22] *Ibid* à la p 17.

[23] Le rapport Dicerni fait référence à la structure de gouvernance de l'Alberta Energy Regulator (AER), qui comprend le recours à un conseil d'administration. La question de savoir si la structure de gouvernance de l'AER est un modèle approprié pour la gouvernance de la CEO dépasse la portée du présent document.

[24] *LCEO*, *supra* note 5, art 4(5).

[25] *Ibid*, art 4.1(1).

[26] *Ibid*, arts 4.1(8), (9).

[27] *Ibid*, art 4.1(18).

5. Le conseil d'administration doit nommer un chef de la direction qui sera chargé de la gestion « efficace et efficiente » des opérations de la CEO[28];

6. Le conseil d'administration doit nommer des commissaires pour l'audition et la prise de décision concernant des questions qui relèvent de la compétence de la Commission[29].

7. Tous les trois ans, le président du conseil d'administration et le ministre doivent conclure un protocole d'entente qui, entre autres choses, énonce les rôles et les responsabilités respectifs du ministre, du président du conseil d'administration, ainsi que les rapports de responsabilisation entre le président, le conseil d'administration et le ministre[30].

Le projet de loi 87 décrit les fonctions des membres du conseil comme suit :

a. chaque administrateur agit avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la Commission;

b. chaque administrateur agit avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, dans des circonstances analogues, une personne raisonnablement prudente[31].

Cette description des fonctions du conseil est identique à celle de l'article 134 de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario*[32] (*LSAO*). La façon dont ces fonctions doivent s'agencer dans le contexte de la CEO est une question qui sera abordée plus loin dans le présent document.

Conformément à l'article 4.6 de la *LCEO*, le président du conseil d'administration et le ministre ont conclu un protocole d'entente, daté du 11 février 2021[33]. L'article 1.1 du protocole d'entente prévoit qu'il a pour objet d'établir les rapports de responsabilisation entre le ministre et le président du conseil d'administration et de clarifier les rôles et les responsabilités du ministre, du conseil d'administration et du directeur général de la CEO.

L'article 6.3 du protocole d'entente prévoit que le conseil d'administration doit rendre compte au ministre, entre autres, de la « gouvernance de la Commission » et de « la surveillance du rendement de la Commission dans l'exécution de son mandat ». Ce sont là des termes si vagues qu'ils ont une valeur limitée pour ce qui est de comprendre exactement ce que le conseil doit faire et comment il doit le faire. On peut supposer que c'est au conseil d'administration lui-même qu'il revient de déterminer le contenu de ces questions, qui sont cruciales pour que la CEO puisse s'acquitter de son mandant dans le respect des principes d'une bonne gouvernance réglementaire.

L'article 7 du protocole d'entente énonce les responsabilités du ministre, ce qui comprend de « rencontrer le président à intervalles réguliers et selon les besoins pour discuter des questions liées à l'exécution efficace du mandat de la Commission » et « le cas échéant, [de] consulter le président au sujet des nouvelles orientations ou initiatives importantes qui touchent à l'industrie de l'énergie et (ou) à la Commission ».

L'article 7.2 du protocole d'entente énonce les responsabilités du président du conseil d'administration, notamment de « consulter le ministre au sujet des rôles et des responsabilités de la Commission en matière d'atteinte des objectifs d'intérêt public et des priorités et initiatives actuelles du gouvernement ».

Il n'y a rien d'inhabituel ou d'insidieux dans la description que fait le protocole d'entente des rôles et des responsabilités respectifs du ministre et du président. La CEO, comme tous les organismes de réglementation, doit connaître les politiques et les initiatives du gouvernement et, dans la mesure du possible et en conformité avec ses obligations en tant

[28] *Ibid*, art 4.2(1), (2).

[29] *Ibid*, art 4.3(1).

[30] *Ibid*, art 4.6(1).

[31] *Ibid*, art 4.1(7).

[32] *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario*, LRO 1990, c B.16.

[33] « Protocole d'entente entre le ministre de l'Énergie, du Développement du Nord et des Mines et le président de la Commission de l'énergie de l'Ontario » (11 février 2021), en ligne (pdf) : <www.oeb.ca/sites/default/files/Memorandum-of-Understanding-OEB-Ministry-2021-fr.pdf>.

que décideur quasi judiciaire, donner effet à ces initiatives et politiques gouvernementales. Ce qu'il faut retenir, c'est que la description des rôles et des responsabilités respectifs du ministre et de l'ancien président de la CEO était essentiellement la même dans les versions précédentes du protocole d'entente. Pourtant, les mécanismes de gouvernance précédents ne fonctionnaient pas. En quoi cela constitue-t-il une amélioration? Et comment l'exercice des rôles et responsabilités sera-t-il surveillé? Est-ce le conseil d'administration exercera cette surveillance et, si oui, comment?

L'article 7.3 du PE énonce les responsabilités du conseil d'administration. La description de ces responsabilités ne répond pas à la question posée à la fin du paragraphe précédent. En effet, l'article 7.3 ne donne aucune orientation utile quant aux responsabilités du conseil d'administration. Il doit « établir les buts, les objectifs et les orientations stratégiques de la Commission ». Je ne sais pas ce que cela signifie, surtout lorsque les buts et les objectifs de la CEO sont prescrits par la loi.

Il convient de noter deux autres dispositions du protocole d'entente. L'article 5, sous l'en-tête « Principes directeurs », prévoit que « [l]es parties reconnaissent que la Commission joue un rôle important dans l'élaboration des politiques et des programmes du gouvernement, ainsi que dans la mise en œuvre de ces politiques et dans la prestation des programmes ». La deuxième partie de cette déclaration est peut-être exacte; c'est un rôle qui incombe à chaque organisme de réglementation. Mais la première partie ne l'est pas. Le rôle de la CEO dans l'élaboration des politiques est limité par la loi.

L'article 11.1 du protocole d'entente prévoit que « [l]es communications entre le ministère et la directrice générale se font de manière appropriée en tenant compte de la nature d'organisme de réglementation quasi judiciaire indépendant de la Commission ». L'article prévoit en outre que les communications entre le ministère et la CEO « ne comprennent pas de discussions ou d'échanges d'informations entre le personnel de la Commission et le personnel du ministère au sujet des demandes en cours présentées à la Commission ».

Les dispositions de l'article 11.1 sont, à un égard, salutaires. Elles sont fondées sur la reconnaissance d'un des principes d'une bonne gouvernance réglementaire, à savoir que les décisions d'un décideur quasi judiciaire doivent être prises de façon indépendante. En effet, les dispositions reflètent l'une des règles de justice naturelle. Ce qui est troublant au sujet de cet article, c'est qu'il laisse fortement entendre que le processus décisionnel de la CEO n'a pas été indépendant. Si tel était bien le cas, il aurait fallu examiner la situation et la divulguer dans le rapport Dicerni, afin, entre autres, que le public sache quelles décisions ont fait l'objet d'influences et quel en a été l'effet. Un tel examen et une telle divulgation auraient été par ailleurs conformes aux principes de bonne gouvernance, et en particulier aux principes de transparence et de responsabilité.

La CEO nouvellement reconstituée a adopté le Règlement nº 1 qui, selon l'article 2.2, concerne les « affaires internes » de la CEO[34]. L'article 3.1 décrit les pouvoirs et fonctions du conseil d'administration. Le conseil d'administration est responsable de la gouvernance de la CEO, « en s'assurant notamment que des pratiques de gouvernance et de gestion saines sont en place pour promouvoir l'obtention des résultats et des effets souhaités et en atténuer les risques ». Les « résultats et les effets souhaités », compte tenu du mandat législatif restreint de la CEO, ne sont pas précisés, pas plus que la nature du « risque ».

Le rapport Dicerni a recommandé un changement structurel majeur dans la gouvernance de la CEO, sous la forme de l'adoption d'un modèle corporatif. Il l'a fait sans expliquer pourquoi ce modèle était nécessaire pour corriger toute lacune perçue dans le modèle de gouvernance qui existait auparavant ou qui convenait à un organisme de réglementation quasi judiciaire. Le gouvernement a adopté la recommandation du rapport Dicerni en y ajoutant une description des fonctions du conseil d'administration tirées directement de la *LSAO*. Les instruments donnant effet à la nouvelle structure de gouvernance, au protocole d'entente et au règlement nº 1 décrivent le fonctionnement de la nouvelle structure de gouvernance, mais le font en termes si vagues qu'ils n'ont que peu de valeur.

[34] Commission de l'énergie de l'Ontario, « Règlement nº 1 » (en vigueur le 2 octobre 2020), en ligne (pdf) : <www.oeb.ca/sites/default/files/OEB-bylaw-1-20201002-fr.pdf>.

Les lacunes dans les ententes relatives à la gouvernance antérieures n'ont été relevées à aucun moment au cours de ce processus, sauf peut-être implicitement, et les effets de ces lacunes n'ont jamais non plus été indiqués. En fait, l'une des lacunes, à savoir l'incapacité du président de la CEO, du ministre et de l'Assemblée législative d'insister sur le respect des exigences législatives en matière de gouvernance, n'a même pas été corrigée. La nécessité et la pertinence de la nouvelle structure de gouvernance n'ont jamais été expliquées ou justifiées.

## LA NOUVELLE STRUCTURE DE GOUVERNANCE

Dans la section précédente, j'ai traité de la question de savoir si le rapport Dicerni et le projet de loi 87 mettant en œuvre les recommandations du Rapport justifiaient le besoin de doter la CEO d'une nouvelle structure de gouvernance. J'ai laissé entendre que tel n'était pas le cas, car aucune preuve n'abondait en ce sens. Dans la section qui suit, j'examine la démarche afin de déterminer si elle était appropriée. Ce faisant, je m'intéresserai plus particulièrement à deux éléments. Le premier est l'utilisation du modèle corporatif, y compris le rôle d'un conseil d'administration. Le deuxième est le rôle de la CEO en tant qu'organisation chargée de l'élaboration de politiques et les répercussions de ce rôle sur la nouvelle structure de gouvernance.

J'entends commencer par une analyse de l'utilisation du modèle corporatif. J'utilise le terme « modèle corporatif » parce que la nouvelle structure de gouvernance est identique à celle envisagée par la *LSAO*.

Le projet de loi 87 a créé une structure de gouvernance fondée sur le modèle corporatif. Pour décrire les obligations des administrateurs, il a utilisé des concepts et un langage qui sont identiques au langage et aux concepts utilisés à l'article 134 de la *LSAO*. Il est évident que la CEO n'est pas une société par actions et qu'elle n'a pas d'actionnaires. Je reconnais que la création d'un conseil d'administration et le fait de lui imposer des obligations identiques à celles des administrateurs d'une société régie par la *LSAO* ou par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[35] (*LCSA*) ne font pas de la CEO une société par actions ordinaire assujettie à la *LSAO*. Cela dit, je dois néanmoins tenir pour acquis que le modèle corporatif a été choisi pour une raison, même s'il n'apparaît aucune raison évidente pour laquelle la structure de gouvernance devrait être fondée sur un modèle qui s'applique dans des circonstances fondamentalement différentes. Je dois donc supposer que le modèle choisi l'a été pour faire en sorte qu'un conseil d'administration protège des intérêts. La question à laquelle il faut alors répondre est quels sont ces intérêts et pourquoi la protection de ceux-ci passe par l'établissement d'un conseil d'administration.

Afin de bien comprendre ce que peut sous-tend ce modèle corporatif, j'y vais d'une ventilation simpliste des deux principales fonctions qu'assume le conseil d'administration d'une société par actions, soit l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence.

La première obligation des administrateurs est l'obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société.

Je ne sais pas ce que peut signifier d'agir au mieux des intérêts dans le cas de la CEO. L'utilisation de ce libellé prête à penser que la CEO a ses intérêts propres en tant qu'organisation, des intérêts qui différeraient à certains égards de l'obligation de remplir ses obligations d'origine législative. La différence ne tient pas qu'à un concept théorique. Par exemple, je soutiens plus loin dans le présent document qu'il y a un risque que l'élaboration de politiques puisse nuire à l'indépendance des fonctions décisionnelles de la CEO. En pareil cas, les intérêts de la CEO, en tant qu'organisme d'élaboration de politiques, peuvent être en conflit avec ses intérêts en tant qu'organisme d'arbitrage. Comment ces intérêts divergents sont-ils conciliés? Est-ce la fonction du conseil d'administration de régler ces visées conflictuelles et, le cas échéant, sur la base de quels critères? Le moins qu'on puisse dire, c'est que l'utilisation de concepts et de termes applicables à une société par actions crée une confusion inutile.

Le risque de confusion découlant de l'utilisation du concept d'agir « au mieux des intérêts de la société » ressort également lorsqu'on examine la question de la participation des intervenants. Le

[35] LRC 1985, c C-44.

rapport Dicerni met l'accent sur l'importance de la participation des intervenants. Et la CEO, dans la plupart de ses exercices d'élaboration de politiques, a créé des organismes d'intervenants à consulter. Afin de mener ces consultations, dans bien des cas, la CEO a fourni des fonds à des groupes d'intervenants pour leur permettre de participer. Il n'y a rien de foncièrement répréhensible à la participation d'intervenants. En fait, l'OCDE considère la participation des intervenants comme l'un des principes de la bonne gouvernance. Cependant, la question de savoir si la CEO devrait financer la participation des intervenants demeure ouverte. Tout d'abord, la CEO ne fournit pas et ne peut pas fournir un financement suffisant pour permettre à des groupes d'intervenants de participer sur un pied d'égalité avec les groupes de l'industrie. De plus, les groupes d'intervenants financés dépendent du financement de la CEO. Ils font partie d'un écosystème centré sur la CEO qui peut miner l'apparence, et peut-être la réalité, de l'indépendance.

S'il est dans l'intérêt de la CEO de créer et de maintenir cet écosystème de participation, est-ce qu'un conseil d'administration s'acquitterait de son obligation s'il concluait qu'un système de participation différent, par exemple un système financé par l'État qui défend les intérêts des consommateurs d'énergie, était dans l'intérêt public? Est-ce qu'un conseil d'administration se poserait cette question? Autrement dit, l'idée d'agir au mieux des intérêts de la CEO ne crée-t-elle pas un conflit d'intérêts qui va à l'encontre des principes d'une bonne gouvernance réglementaire?

Il est généralement entendu que l'obligation fiduciaire des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société comporte trois volets.

Le premier consiste à protéger les actionnaires contre une direction qui prendrait des mesures pour s'enrichir ou qui servent ses intérêts propres plutôt que ceux des actionnaires. C'est l'une des raisons pour lesquelles le droit des sociétés insiste actuellement sur l'importance que le conseil d'administration soit composé d'administrateurs indépendants. Il est difficile d'imaginer comment la direction de la CEO pourrait prendre des mesures qui servent ses intérêts au détriment de ceux d'autres ou pourquoi un conseil d'administration est requis pour empêcher que pareille situation se présente. Quels sont les risques contre lesquels la Commission est censée se protéger?

Le deuxième élément est l'obligation fiduciaire d'un conseil d'administration est de protéger les intérêts des actionnaires. Pendant longtemps, la protection des intérêts des actionnaires a été considérée comme la seule composante de l'obligation fiduciaire, et les intérêts des actionnaires ont été considérés en grande partie, sinon entièrement, en termes monétaires. C'est toujours le cas, bien que la jurisprudence récente laisse entendre que le conseil d'administration a l'obligation de tenir compte au moins des intérêts d'un plus grand nombre d'intervenants. La CEO n'a pas d'actionnaires. Elle doit s'acquitter d'obligations définies par des lois pour protéger l'intérêt public, de façon précise, dans un secteur de l'économie ontarienne. Cela n'ajoute rien à la compréhension des obligations statutaires de la CEO, et ajoute plutôt une couche confusion, en considérant les membres du public dans le secteur de l'énergie comme des actionnaires de la CEO ou même en considérant la CEO elle-même comme un organisme qui a besoin d'une certaine protection.

Le troisième élément de l'obligation fiduciaire d'un conseil d'administration est de veiller aux intérêts des intervenants de la société. Dans l'arrêt *BCE Inc. c Détenteurs de débentures de 1976*, la Cour suprême du Canada a traité de l'obligation fiduciaire des administrateurs envers la société comme suit :

> En déterminant ce qui sert au mieux les intérêts de la société, les administrateurs peuvent examiner notamment les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement[36].

Il est difficile d'imaginer comment cette norme pourrait être appliquée par le conseil d'administration de la CEO. La CEO est tenue par la loi de prendre des types de décisions précis. Ces décisions peuvent, dans chaque cas, toucher un éventail identifiable d'intervenants. Le nouveau conseil d'administration est-il maintenant chargé d'évaluer chaque décision de la CEO pour déterminer si les intérêts des

[36] *BCE Inc. c Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69 au para 40.

intervenants concernés ont été dûment pris en compte et, dans la négative, pour les remplacer par ses propres décisions?

La confusion au sujet du rôle du conseil d'administration s'épaissit lorsqu'on examine la question d'une éventuelle demande de dispense d'une décision de la CEO. Les décisions de la CEO seraient-elles maintenant assujetties à des recours analogues à ceux dont disposent les actionnaires des sociétés par actions, par exemple le recours en cas d'abus? En droit, les décisions de la CEO sont sujettes à révision par les cours supérieures. Les cours examineraient-elles les décisions du comité d'arbitrage ou du conseil d'administration, ou les deux?

Le deuxième devoir des administrateurs d'une société par actions est le devoir de diligence. Celui-ci exige que l'administrateur agisse avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Que signifierait de s'acquitter de ce devoir dans le contexte de la CEO? Faudrait-il que les commissaires possèdent et exercent les mêmes compétences que les commissaires? Encore une fois, l'exercice des obligations fiduciaires crée un risque de confusion et de conflit.

Si l'objectif de la nouvelle structure de gouvernance est de veiller à ce que les fonctions décisionnelles de la CEO, qui sont ses obligations fondamentales, soient exécutées conformément aux règles de justice naturelle, il existe des moyens plus efficaces de le faire tout en assurant la transparence et la responsabilisation. Une culture de respect de la loi et des principes de bonne gouvernance réglementaire par la CEO et le ministre devrait suffire. L'introduction d'un modèle corporatif n'est pas nécessaire. De plus, ce modèle n'est pas approprié compte tenu de la nature de la CEO et de ses obligations, car il risque de faire en sorte que le conseil d'administration s'ingère dans les processus décisionnels pour s'acquitter de sa responsabilité de surveillance vaguement formulée.

Comme je l'ai mentionné dans la section précédente, aucun des documents qui ont donné lieu à la nouvelle structure de gouvernance ne décrivait le rôle d'un conseil d'administration pour un organisme de réglementation exerçant des pouvoirs quasi judiciaires. L'absence de cette description et, de fait, de justification de la nouvelle structure, crée des risques.

À défaut d'une justification claire de son existence, la nouvelle structure est une solution en quête d'un problème. Un conseil d'administration devra inévitablement trouver quelque chose à faire. Il s'agit d'un risque dans des circonstances où l'obligation fondamentale de la CEO est de prendre des décisions en conformité avec les règles de justice naturelle. Il y a un risque que le conseil d'administration compromette ou soit perçu comme compromettant par ingérence l'indépendance des membres de la CEO exerçant des fonctions décisionnelles. Comment le conseil d'administration peut-il s'assurer que la fonction décisionnelle est exercée correctement, à moins qu'il ne participe d'une façon ou d'une autre à cette fonction? Le fait que le projet de loi 87, le protocole d'entente et le règlement nº 1 fassent tous référence à l'importance de l'indépendance et de veiller à ce que ni les administrateurs ni le ministère ne s'ingèrent dans la prise de décisions quasi judiciaires, sauf à un niveau superficiel approprié, n'est pas suffisant pour assurer l'indépendance de la fonction dans la pratique. Incombe-t-il au conseil d'administration de garantir l'indépendance et, le cas échéant, comment?

Le respect des principes de bonne gouvernance réglementaire et, en fait, des règles de justice naturelle n'est pas une fonction exclusive ni même principale des structures de gouvernance. Il s'agit principalement d'une fonction tributaire de la volonté des membres de la CEO et du gouvernement de comprendre et de respecter les règles de bonne gouvernance réglementaire. C'est là ce qui manquait dans les ententes de gouvernance antérieures. Pour corriger cette lacune, il n'était pas nécessaire de mettre en place une nouvelle structure de gouvernance, d'autant plus une qui comporte un nouvel ensemble de risques pour une bonne gouvernance réglementaire.

On affirme que la nouvelle structure a été créée pour refléter une fonction améliorée d'élaboration de politiques pour la CEO. Le mandat du Comité Dicerni l'enjoignait à définir des « options pour utiliser l'expertise de la CEO en matière de politiques ». L'article 5.5 du protocole d'entente stipule que la CEO « joue un rôle important dans l'élaboration des politiques et des programmes du gouvernement ».

Il convient de réitérer le fait que les lois habilitantes ne confèrent à la CEO aucun pouvoir d'élaboration de politiques. Les tribunaux ont accordé aux organismes de réglementation une fonction d'élaboration de politiques étroite, une fonction qui, selon les tribunaux, ne doit pas être

utilisée pour entraver le pouvoir discrétionnaire des organismes de réglementation dans l'exercice de fonctions quasi judiciaires. Compte tenu de ces limites, la nature de l'expertise de la CEO en matière d'élaboration de politiques et la façon dont elle devait être utilisée auraient dû être expliquées clairement. Le défaut de l'avoir fait risque de faire en sorte que la CEO joue un rôle inapproprié dans l'élaboration des politiques et, ce faisant, limite sa propre capacité de s'acquitter de ses obligations quasi judiciaires.

L'OCDE, dans son examen des principes d'une bonne gouvernance réglementaire, a souligné la nécessité de ce qu'elle appelle la « clarté du rôle des régulateurs ». L'OCDE a formulé l'observation suivante :

> Quand un régulateur a diverses fonctions, il importe que celles-ci soient complémentaires et non en conflit potentiel. Cela implique que l'accomplissement d'une fonction ne doit pas limiter ou sembler compromettre la capacité du régulateur de remplir ses autres fonctions (notamment sa fonction centrale de réglementation)[37].

Les fonctions de la CEO ne comprennent pas l'élaboration de politiques, sauf au sens strict défini par les tribunaux. Par ailleurs, l'exécution d'une fonction d'élaboration de politiques qui serait définie largement risquerait fort de nuire à la capacité de la CEO de s'acquitter de ses obligations en tant que décideur quasi judiciaire.

Cette préoccupation peut être illustrée par un exemple. La CEO a lancé ce qu'elle appelle le « cadre pour l'innovation énergétique » (CIE). Il vise à aborder l'utilisation des ressources énergétiques distribuées (RED) et leur intégration dans le réseau de distribution d'électricité. La CEO n'a aucune expertise sur les questions techniques liées à l'utilisation des RED. Son expertise consiste à évaluer le caractère prudent des coûts des services publics et à répartir ceux-ci entre les catégories de contribuables. Une discussion sur l'utilisation et l'intégration des RED impliquera inévitablement la prise en compte des coûts et la répartition de ces coûts. Dans la mesure où la CEO, dans le cadre du processus du CIE, tient compte de ces questions, elle risque de grever son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle examine les demandes d'approbation des coûts des RED présentées par des services publics individuels et la répartition de ces coûts entre les services publics.

Trois questions connexes se posent. La première est la raison pour laquelle la CEO doit participer à ce genre de processus d'élaboration de politiques. Le ministère n'a-t-il pas l'expertise requise ou ne sait-il pas où l'obtenir s'il ne l'a pas? Et pourquoi la CEO doit-elle participer à ce genre de processus d'élaboration de politiques si cela risque d'entraver ou de paraître entraver ses fonctions de décideur quasi judiciaire?

La deuxième question porte sur le rôle du conseil d'administration. La commission doit-elle surveiller les fonctions d'élaboration des politiques de la CEO afin de s'assurer que les fonctions quasi judiciaires sont bien remplies? La *LCEO* exige que les administrateurs agissent au mieux des intérêts de la CEO. Ces intérêts sont-ils ceux de la CEO en tant que décideur quasi judiciaire ou décideur politique? Et quels critères le conseil d'administration utiliserait-il pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts? Et qui surveillerait ces décisions du conseil?

La troisième question est de savoir pourquoi la nouvelle structure doit être assortie d'un rôle d'élaboration de politiques. J'ai mentionné plus haut que dans les années précédant l'octroi du mandat au Comité Dicerni, la CEO avait participé à l'élaboration des politiques. En effet, les objectifs du CIE dont il est question ci-dessus semblent impossibles à distinguer du processus du « plan stratégique » créé en vertu de l'ancienne dispense. Hormis la question de savoir si la CEO devrait participer à l'élaboration de politiques de ce genre, en quoi la nouvelle structure est-elle mieux à ce chapitre que l'ancienne?

Ce ne sont pas des questions futiles ou théoriques. Elles ont des ramifications jusqu'au cœur de la nouvelle structure de gouvernance et révèlent des lacunes fondamentales dans la façon dont elle a été créée et dont elle est censée fonctionner. Le rôle décisionnel de la CEO aurait dû être défini et expliqué, et le

[37] OCDE, *supra* note 4 à la p 33.

lien entre cette fonction et la fonction quasi judiciaire aurait dû être expliqué. Il aurait fallu expliquer le rôle du conseil d'administration dans la surveillance de la relation. Rien de tout cela n'a été fait.

## CONCLUSION

La première question que j'ai posée était de savoir si la nouvelle structure réglementaire était nécessaire. Ni le rapport Dicerni ni la mise en œuvre des recommandations de ce rapport par le gouvernement n'en ont prouvé la nécessité.

La deuxième question était de savoir si la nouvelle structure se prêtait à un organisme de réglementation. À mon avis, ce n'est pas le cas. L'utilisation du modèle corporatif, avec un conseil d'administration s'acquittant de devoirs qui n'ont aucun lien avec les obligations légales d'un organisme de réglementation, crée, au mieux, de la confusion et, au pire, des conflits d'intérêts qui minent le principe d'une bonne gouvernance réglementaire.

La troisième question était de savoir si la façon dont les changements ont été apportés à la structure de gouvernance de la CEO, et les changements eux-mêmes, reflétaient une bonne politique publique. À mon avis, il n'en est rien.

La CEO n'est pas le seul organisme de réglementation en Ontario, ni sans doute le plus important. Mais c'est certainement le plus médiatisé, en partie à cause de sa participation, si limitée soit-elle, à la détermination du prix payé pour un service essentiel et en partie parce qu'il peut servir de bouclier commode au gouvernement contre les critiques à l'égard de sa politique énergétique. Compte tenu de ce profil, les changements importants apportés à la structure de gouvernance de la CEO auraient dû être fondés sur un examen complet et ouvert des lacunes de la structure de gouvernance actuelle, et des effets de ces lacunes, et il aurait fallu expliquer comment ces lacunes devaient être corrigées. Cet examen aurait dû inclure les rôles du ministre et de l'Assemblée législative dans tout échec de la gouvernance.

À mon humble avis, tout cela constituerait une bonne politique publique. Autrement dit, cela aurait reflété une bonne gouvernance. Le processus aurait été transparent, et le gouvernement aurait rendu compte non seulement de la substance du processus, mais aussi des résultats qu'il a obtenus, ou non. Cela aurait permis au public, à ceux qui sont ultimement touchés par les décisions de la CEO, de comprendre pourquoi les changements avaient été apportés et d'évaluer s'ils étaient nécessaires et appropriés. Le public aurait pu demander, par exemple, pourquoi on n'avait pas demandé au Comité Dicerni d'examiner l'échec évident du ministre et de l'Assemblée législative à remplir leurs obligations en matière de gouvernance. Tout cela aurait renforcé la confiance, l'un des principes de bonne gouvernance réglementaire de l'OCDE.

Le processus qui a mené à la création et à la mise en œuvre d'une nouvelle structure de gouvernance pour la CEO était fondamentalement vicié. Il n'a pas relevé les lacunes de la structure de gouvernance qu'il a remplacée et n'a pas expliqué en quoi la nouvelle structure les corrigerait. Il a adopté un modèle corporatif sans expliquer le caractère approprié de ce modèle, le cas échéant. Il a omis d'expliquer comment ce modèle devait fonctionner, et en particulier comment le conseil d'administration, qui est à la base du modèle, devait s'acquitter de ses attributions d'une manière conforme aux obligations d'un organisme de réglementation quasi judiciaire.

Le processus qui a mené à la création et à la mise en œuvre de la nouvelle structure de gouvernance représente un échec d'application d'une bonne politique publique. Les responsables du processus estimaient peut-être qu'ils ne pouvaient pas divulguer les effets de l'échec de la bonne gouvernance sous le régime précédent. Le public mérite de savoir quelles étaient les lacunes, quels en étaient les effets et comment les corriger. Il mérite mieux que de se faire berner par l'assurance que tout cela était nécessaire dans l'intérêt de la « modernisation », un terme qui combine les mauvaises qualités d'être vague, dénué de sens et trompeur.

« Et pourquoi tout cela est-il important? », pourrait-on demander. Les changements apportés à la structure de gouvernance de la CEO peuvent sembler un sujet hermétique, surtout en l'absence de preuve que ces changements auront une incidence sur les prix que les consommateurs paient pour l'énergie. J'estime qu'il existe au moins deux réponses possibles à la question.

La première concerne la perception que le public pourrait avoir de l'exercice de restructuration. Il est de notoriété publique que la hausse des prix de l'électricité a été et continue d'être une source de mécontentement. Les prix élevés sont en grande partie attribuables aux décisions mal

réfléchies et mal exécutées du gouvernement précédent d'acquérir de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Ces décisions ont fait l'objet de vives critiques de la part de la vérificatrice générale dans une série de rapports qui ont commencé en 2011[38]. Les gouvernements ont tenté à plusieurs reprises d'atténuer les effets de ces décisions, par exemple en déplaçant les coûts entre les catégories de consommateurs ou en versant simplement des remises aux consommateurs. Ces tentatives ont échoué parce qu'elles ne peuvent se soustraire la logique de fer et aux conséquences brutales des décisions antérieures.

À ma connaissance, il n'existe aucune preuve que les décisions de la CEO sont à l'origine du coût élevé de l'électricité ou y ont contribué. La vérificatrice générale n'a rien conclu de tel. À ma connaissance, toujours, il n'existe aucune preuve que la structure de gouvernance de la CEO est à l'origine du coût élevé de l'électricité ou y a contribué. Si tel avait été le cas, le Comité Dicerni l'aurait assurément relevé. N'empêche, comme les changements à la structure de gouvernance de la CEO ont été enchâssés dans une loi intitulée « *Loi de 2019 pour réparer le gâchis dans le secteur de l'électricité* », la population pourrait raisonnablement conclure que la modification de la structure de gouvernance réglerait ce « gâchis » et contribuerait à réduire les prix de l'électricité. Au mieux, il s'agirait d'une tentative de détourner l'attention de la population de l'incapacité du gouvernement actuel, ou de tout autre gouvernement, à réduire sensiblement les prix de l'électricité et, au pire, d'induire délibérément la population en erreur. Ni l'un ni l'autre ne constituerait une bonne politique publique.

De façon plus générale, je répondrais à la question ci-haut en disant que c'est important parce que le gouvernement et ses organismes de réglementation ont l'obligation envers le public, voire l'obligation morale, d'agir conformément à une bonne politique publique. Le défaut de le faire, aussi obscures que puissent paraître les circonstances particulières, constitue un manquement à cette obligation, un manquement qui érode, si minimalement soit-il, la primauté du droit. ■

---

[38] Vérificateur général de l'Ontario, « Rapport annuel 2011 » (2011) aux pp 96–133 (chapitre 3, section 3.03), en ligne (pdf) : <www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/arreports/fr11/303fr11.pdf>; voir aussi Vérificateur général de l'Ontario, « Rapport annuel 2013 » (2013) aux pp 361–63 (chapitre 4, section 4.02), en ligne (pdf) : < www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/arreports/fr13/402fr13.pdf>.

# ANALYSE DE *UNSETTLED* DE STEVEN KOONIN[1]

*Kenneth A. Barry**

Les messages clés du nouveau livre de Steven E. Koonin, Ph. D., *Unsettled* (2021), sur l'état actuel de la science du climat et ses implications pour la politique énergétique, bien qu'ils soient organisés et exprimés de manière convaincante, sont néanmoins déconcertants. Plutôt que d'offrir les avertissements conventionnels d'un climat qui s'effondre et de catastrophes naturelles imminentes, Koonin vient de la direction opposée. Il soutient, avec beaucoup de passion, qu'une grande partie de ce que vous avez entendu sur la gravité et la certitude de la science qui sous-tend la parade des prédictions apocalyptiques (en l'absence d'une transition rapide vers l'abandon des combustibles fossiles) est au mieux exagérée et au pire trompeuse. Nous demander de repenser les fondements bien documentés et les prophéties de Cassandre de la science du climat est, eh bien, déstabilisant.

M. Koonin ne peut pas être écarté comme un toqué antiscience ou un homme de paille pour l'industrie pétrolière et gazière. Il peut se targuer d'un curriculum vitae long et distingué, couvrant le monde universitaire, le service gouvernemental et l'industrie privée. Longtemps professeur de physique théorique et administrateur principal à Caltech, il enseigne actuellement à l'Université de New York. Entre-temps, il a occupé le poste de scientifique en chef de BP, chargé de la recherche sur les carburants de rechange et renouvelables, et — ce qui est peut-être le plus remarquable — au sein de l'administration Obama, comme sous-secrétaire aux sciences du département américain de l'Énergie[2]. Bien qu'il ne soit pas à proprement parler un climatologue, sa carrière l'a amené à s'intéresser de près à l'utilisation de l'énergie, aux phénomènes météorologiques et au climat, ce qui l'a amené à exprimer des points de vue contraires au consensus dans des éditoriaux du *Wall Street Journal* à partir de 2014[3].

Comme on peut facilement l'imaginer, la réaction de l'establishment de la science climatique au *cri de cœur* de la longueur d'un livre de Koonin a été considérable[4]. De plus, la publication d'*Unsettled* a précédé de peu le dernier rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) de l'ONU, publié en août 2021, de sorte que le volume vise un rapport plus ancien (2013) du GIEC d'une ampleur et d'une portée comparables (entre autres études officielles). Le rapport de 2021 du GIEC a tiré des sonnettes d'alarme plus fortes que jamais, et seul Koonin peut défendre la durabilité de sa critique à la lumière des plus récentes constatations. Toutefois, la présente analyse se concentre sur les affirmations fondamentales d'*Unsettled*, et non sur les inévitables joutes entre l'auteur et ses adversaires dans les communautés de la science du climat et de la défense des intérêts.

---

[1] L'article qui suit est une réimpression avec la permission de celui qui est paru dans l'Energy Law Journal, Volume 43, No 1.

* Kenneth A. Barry est l'ancien conseiller principal en matière d'énergie de Reynolds Metals Co. à Richmond, VA, et il a été conseiller dans la section de réglementation de l'énergie du bureau de Hunton Andrews Kurth à Washington, D.C. Il a également été collaborateur régulier de deux publications nationales sur le droit de l'énergie.

[2] Pour un compte rendu plus complet de la carrière professionnelle et des titres de compétence du Dr Koonin, voir Steven E. Koonin, *Unsettled*, Dallas, BenBella Books, 2021 aux pp 305–06.

[3] Steven E. Koonin, « Climate Science is Not Settled », The Wall Street Journal (19 septembre 2014), en ligne : <www.wsj.com/articles/climate-science-is-not-settled-1411143565>.

[4] Voir par ex Marianne Lavelle, « A New Book Feeds Climate Doubters, but Scientists Say the Conclusions are Misleading and Out of Date », *Inside Climate News* (4 mai 2021), en ligne : <insideclimatenews.org/news/04052021/a-new-book-feeds-climate-doubters-but-scientists-say-the-conclusions-are-misleading-and-out-of-date/>.

## PRÉOCCUPATIONS CENTRALES D'*UNSETTLED*

Il convient de souligner d'emblée que Koonin adhère à certains concepts au cœur du consensus sur le climat. Il reconnaît que les émissions de dioxyde de carbone provenant des activités humaines (en particulier de l'utilisation de combustibles fossiles) sont en augmentation, qu'elles restent dans l'atmosphère pendant une période exceptionnellement longue et que, combinées à d'autres gaz à effet de serre (GES), elles contribuent au réchauffement actuel de la planète. À ces égards, il se distingue des soi-disant « négateurs » du changement climatique. Ses principales questions portent sur la mesure dans laquelle les activités humaines (par opposition aux cycles naturels) sont à l'origine du réchauffement; la façon dont les complexités du climat peuvent réagir au fil du temps aux « influences humaines »; la question de savoir si les récentes incidences de conditions météorologiques extrêmes peuvent être attribuées à l'accumulation de dioxyde de carbone atmosphérique au cours des dernières décennies; si des impacts économiques négatifs graves sont susceptibles de résulter des augmentations de température prévues par le GIEC et dans des rapports similaires; quelle confiance peut-on accorder aux modèles climatiques sur lesquels reposent les prédictions sinistres; et, surtout, s'il est réaliste de s'attendre à ce que les gouvernements du monde entier imposent, dans un avenir proche, une transformation radicale des systèmes et des activités qui génèrent des GES. Sur toutes ces questions, Koonin jette un regard critique sur le consensus régnant et tente de le miner à l'aide d'une foule d'exemples et de graphiques.

Là où se démarque Koonin est que :

- il y a beaucoup trop d'incertitudes dans les projections du réchauffement de la planète et de son cortège de malheurs sur lesquelles baser des changements sociétaux massifs et des investissements dans des systèmes de rechange;

- en tout état de cause, les actions transformatrices proposées ne se sont pas produites au rythme souhaité par l'Accord de Paris sur le climat de 2015 pour atteindre ses jalons ambitieux;

- le monde serait mieux servi par la recherche de remèdes climatiques de géo-ingénierie et de solutions « d'adaptation » si les résultats redoutés de l'inaction se produisent.

Koonin soutient le développement et le déploiement de technologies rentables et à faible teneur en carbone, mais se demande jusqu'où, de manière réaliste, elles peuvent nous permettre de stabiliser l'augmentation apparemment inexorable du dioxyde de carbone atmosphérique.

## L'EMPRISE DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES SUR LA CONSCIENCE PUBLIQUE

Koonin couvre beaucoup de terrain dans cette évaluation de 300 pages de la science du changement climatique et de sa collision avec l'appétit croissant du monde (en particulier des nations en développement) pour l'énergie dans le cadre de la quête d'un niveau de vie plus élevé. Les premiers chapitres du livre fournissent une introduction concise aux éléments qui régissent le climat et aux interactions complexes entre eux (soulignant comment les océans et les masses terrestres couvertes de végétation, l'atmosphère qui nous protège de l'espace et le soleil échangent tous chaleur et énergie). À ces cycles naturels, il superpose les impacts de l'intervention humaine, plus particulièrement les émissions de GES provenant de l'utilisation de carburants au carbone, des procédés industriels et de l'agriculture. La clarté de cet aperçu de la science fondamentale rend le livre intéressant pour les lecteurs profanes, même s'ils ne partagent pas les doutes de Koonin quant à l'imminence de la « crise climatique ».

Les chapitres centraux d'*Unsettled* exposent les efforts de l'auteur pour déconstruire les conclusions alarmantes des précédents rapports du GIEC ainsi que les rapports parallèles publiés par le gouvernement américain — c'est-à-dire le National Climate Assessment (NCA) quadriennal[5].

[5] Comme mentionné ci-dessus, le rapport le plus récent du GIEC disséqué par Koonin n'est pas relativement récent, puisqu'il date de 2013. Cependant, les NCA également contestés par Koonin sont plus récents, datant de 2018. Koonin explique que ces derniers rapports du gouvernement américain ont été publiés en deux volumes : un premier publié fin 2017 intitulé « Climate Science Special Report », ou CSSR, qui se concentre sur la « science physique du climat »; et un second publié fin 2018, qui se concentre sur les « impacts et les risques » des changements climatiques, et sur la manière dont l'humanité pourrait s'adapter. Voir Koonin, *supra* note 2 aux pp 21–22.

Quelle que soit l'importance de ces sections pour étayer l'argument de Koonin, les chapitres d'introduction et de conclusion d'*Unsettled* capturent le mieux ce qui anime l'auteur. Dans les premières pages, il distille l'essence de ce qu'il appelle avec une certaine dérision « La Science » :

> [Traduction]
>
> « *Les humains ont déjà brisé le climat de la Terre. Les températures augmentent, le niveau de la mer monte en flèche, la glace disparaît, les vagues de chaleur, les tempêtes, les sécheresses, les inondations et les incendies de forêt sont un fléau qui ne cesse de s'aggraver dans le monde. Les gaz à effet de serre sont à l'origine de tout cela. Et à moins qu'ils ne soient éliminés rapidement par des changements radicaux de la société et de ses systèmes énergétiques, 'La Science' affirme que la Terre est condamnée* [6] » [souligné dans l'original].

Après avoir exposé ces affirmations hyperboliques (à son avis), Koonin cherche à les dégonfler en affirmant que les données montrent : (1) que les vagues de chaleur aux États-Unis ne sont pas plus fréquentes qu'en 1900; (2) que les « températures les plus chaudes » n'ont pas augmenté aux États-Unis au cours des 50 dernières années; (3) que les humains n'ont eu aucun impact détectable sur les ouragans; (4) que la calotte glaciaire du Groenland ne rétrécit pas plus rapidement aujourd'hui qu'il y a 80 ans; et (5) que « l'impact économique net des changements climatiques d'origine humaine » devrait être « minime[7] ». Le livre postule, en bref, qu'il existe un vaste fossé entre la compréhension du public des impacts des changements climatiques et les données réelles. Pire encore, il estime que les *décideurs* sont induits en erreur, car ils n'obtiennent leurs informations qu'après les avoir « soumises à différentes contre-analyses[8] ».

*Unsettled* est autant le récit subjectif du voyage d'un scientifique dans le labyrinthe de la science du climat que l'interrogation d'un sceptique sur le consensus. Koonin nous raconte comment, en 2004, sa carrière a commencé à se concentrer sur « le sujet du climat et de ses implications pour les technologies énergétiques » [traduction], d'abord en tant que scientifique interne chez BP, puis dans le cadre de son affectation au département de l'Énergie de l'administration Obama. Dans ces rôles, souligne Koonin, « j'ai trouvé une grande satisfaction…en aidant à définir et à catalyser des actions qui réduiraient les émissions de dioxyde de carbone, l'impératif convenu qui sauverait la planète[9] »[traduction]. Mais ses « doutes » ont commencé fin 2013, lorsqu'une société professionnelle de physiciens lui a demandé de diriger une équipe pour « mettre à jour sa déclaration publique » sur la science du climat, ce qui l'a conduit à organiser un atelier pour « soumettre à un essai marginal » l'état actuel de la science du climat[10]. Koonin est sorti de ce processus « secoué », affirme-t-il, par « la réalisation que la science du climat était bien moins mature que je ne l'avais supposé[11] »[traduction].

Au cœur de la révision de son point de vue se trouve sa « découverte » que :

- les influences humaines exercent un effet de réchauffement « en croissance, mais physiquement faible », mais les « lacunes » des données climatiques empêchent les scientifiques de « démêler les réponses aux influences humaines provenant de changements naturels mal compris » [traduction];

- les résultats des modèles climatiques sont en désaccord les uns avec les autres, et « parfois » les modélisateurs appliquent un « jugement d'expert » pour « ajuster les résultats du modèle et masquer les lacunes »;

---

[6] *Ibid* à la p 1.

[7] *Ibid* aux pp 1–2.

[8] *Ibid*.

[9] *Ibid* à la p 3.

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid* à la p 4.

- les communiqués et les résumés du gouvernement et de l'ONU « ne reflètent pas fidèlement » les rapports eux-mêmes;
- la science est « insuffisante pour faire des projections utiles » sur la façon dont le climat est susceptible de changer au fil du temps et l'effet des actions humaines sur celui-ci[12].

C'est à la suite de cette illumination, raconte Koonin, qu'il a rendu public un long essai publié dans le *Wall Street Journal* dénonçant un « confort de certitude » entourant la science climatique qui est, en réalité, une entrave à « l'entreprise scientifique[13] ». De nombreux commentaires en ligne en réponse étaient favorables, mais beaucoup de ses collègues scientifiques étaient « outrés », suggérant qu'il avait « brisé un certain code du silence » en soulignant les incertitudes[14].

Six ans plus tard, note l'auteur, « l'alarmisme climatique » a fini par dominer la politique américaine, en particulier dans les cercles démocratiques (dans lesquels il se sent le plus à l'aise autrement), tandis que dans les primaires démocrates de 2020, les candidats ont cherché à se surpasser les uns les autres en émettant « des déclarations exagérées sur 'l'urgence climatique'[15] ». Les discussions politiques ont notamment porté sur le « Green New Deal » et ont culminé avec la nomination de John Kerry comme « envoyé spécial pour le climat », dont la mission était de dépenser « près de deux billions de dollars pour lutter contre « cette menace existentielle pour l'humanité », ce qui a laissé Koonin « de plus en plus consterné[16] ».

Un peu plus loin dans le livre, Koonin décrit comment les médias amplifient leurs histoires de changements climatiques, avec des titres souvent plus alarmants que le contenu sous-jacent. Les scientifiques, les médias et les politiciens ont tous leur part de responsabilité dans les distorsions que Koonin constate dans la compréhension de la science climatique par le public. Dans le dernier paragraphe de son chapitre « Apocalypses that Ain't » (apocalypses qui n'en sont pas), il admoneste le lot d'entre eux[17] :

> [Traduction]
>
> « Il est clair que les médias, les politiciens et souvent les rapports d'évaluation eux-mêmes déforment de manière flagrante ce que dit la science sur le climat et les catastrophes. Ces échecs mettent en cause les scientifiques qui rédigent et révisent trop souvent les rapports, les journalistes qui les répètent sans esprit critique, les rédacteurs qui attisent le feu de l'alarme et les experts dont le silence public cautionne la tromperie. La répétition constante de ces erreurs et de bien d'autres erreurs climatiques les transforme en vérités acceptées ».

## MODÈLES NON ANCRÉS

Si plusieurs chapitres d'*Unsettled* entreprennent de disséquer les appréhensions soulevées par les chercheurs en science du climat, l'un des plus centraux concerne sa remise en question du respect accordé aux modèles climatiques. Ce point est crucial car un grand nombre d'études s'appuient sur des prédictions basées sur des modèles des bouleversements du climat et des écosystèmes de la Terre. Koonin aborde le sujet avec enthousiasme, indiquant qu'il a une grande expérience du développement de la modélisation informatique en tant qu'outil scientifique (notant qu'il a « écrit l'un des premiers manuels sur le sujet[18] »). Pour mettre ce chapitre en exergue, il cite la célèbre

---

[12] *Ibid* à la p 4.

[13] *Ibid* aux pp 4–5.

[14] *Ibid* à la p 4 (Koonin raconte que le président d'un « département des sciences de la Terre d'une université respectée » l'a informé en privé qu'il était d'accord avec à peu près tout ce que Koonin avait écrit mais qu'il n'avait pas « osé le dire en public »).

[15] *Ibid* à la p 5.

[16] *Ibid*.

[17] *Ibid* à la p 163 (Avant la conclusion citée ci-dessous, le chapitre examine plusieurs exemples de prédictions de calamités de la science du climat – impliquant des décès dus à des événements météorologiques, des impacts négatifs sur l'approvisionnement alimentaire et des dommages globaux directs à l'économie américaine – et conclut que les données ne soutiennent pas les craintes des gros titres).

[18] *Ibid* à la p 78.

remarque d'un statisticien de l'Université du Wisconsin : « Tous les modèles sont faux, mais certains sont utiles[19] » [traduction].

Loin de s'opposer à l'utilisation de la modélisation — au contraire, il les qualifie de « centrales à la science du climat [pour] nous aider à comprendre le fonctionnement du système climatique[20] » — il avertit néanmoins que « décrire utilement le climat de la Terre reste l'un des problèmes de simulation scientifique les plus difficiles qui soient » [traduction]. Malgré ces mises en garde, la tentation de s'appuyer sur la modélisation pour projeter l'avenir du climat face aux émissions de GES est presque faustienne. Koonin déclare[21] :

> [Traduction]
>
> « Il est facile de se laisser séduire par l'idée qu'il suffit d'introduire l'état actuel de l'atmosphère et des océans dans un ordinateur, de faire quelques hypothèses sur les futures influences humaines et naturelles, et de prédire ainsi avec précision le climat des décennies à venir. Malheureusement, ce n'est qu'un fantasme… ».

Koonin offre ensuite une description très détaillée de la manière dont les modèles climatiques sont construits à partir de la base. Cela est déjà assez compliqué, mais il ajoute ensuite des nuances et des défis si « atrocement difficiles [que] quiconque affirme que les modèles climatiques ne sont que de la physique ne les comprend pas ou est délibérément trompeur[22] ». Koonin fait de son mieux pour expliquer ce que les modèles peuvent et ne peuvent pas prendre en compte, les hypothèses et les « réglages » (c'est-à-dire les facteurs de manipulation « nécessaires mais périlleux »), et les problèmes d'estimation des boucles de « rétroaction[23] ». Ces « ajustements », précise-t-il, sont nécessaires pour que les modèles correspondent « aux propriétés observées du système climatique, qui sont beaucoup plus nombreuses »; mais cela fait nécessairement « douter de la confiance que l'on peut accorder aux conclusions des modèles », tout en montrant « clairement que nous ne comprenons pas les caractéristiques du climat au niveau de spécificité requis compte tenu de la faiblesse des influences humaines[24] » [traduction].

Koonin soutient que les évaluations périodiques de l'état de la science comme ceux du GIEC et les NCA donnent l'illusion d'un accord général entre les modèles en faisant la moyenne des résultats d'un « ensemble » de modèles; mais, à moins de lire « profondément dans le rapport du GIEC », cette pratique masque le fait que les modèles sont « fortement en désaccord les uns avec les autres[25] ». Il est également troublé par le fait que les modèles sont incapables de reproduire ou d'expliquer pourquoi le climat a connu une tendance au « fort réchauffement » de 1910 à 1940[26]. Enfin, il affirme que l'incapacité des modèles à refléter le réchauffement au début du XX^e^ siècle « suggère qu'il est possible, voire probable, que la variabilité interne — les flux et reflux naturels du système climatique — ait contribué de manière significative au réchauffement des dernières décennies[27] » [traduction].

Avec un tel « lot de soucis dans le domaine de la modélisation climatique », conclut Koonin, « il n'est pas étonnant que nous comprenions mal comment le climat réagira à l'augmentation des concentrations de GES. Plus nous en apprenons sur le système climatique, plus nous réalisons à quel point il est compliqué[28] » [traduction].

---

[19] *Ibid* à la p 77 (attribuant la remarque à George Box).

[20] *Ibid* à la p 78.

[21] *Ibid* à la p 79.

[22] *Ibid* à la p 81.

[23] *Ibid* aux pp 84–85.

[24] *Ibid* à la p 85.

[25] *Ibid* à la p 86 (En effet, poursuit-il, les températures moyennes mondiales de surface simulées varient « d'environ 3 degrés C, soit trois fois plus que la valeur observée du réchauffement du vingtième siècle qu'ils prétendent décrire et expliquer »).

[26] *Ibid* aux pp 88–89.

[27] *Ibid* aux pp 90–91.

[28] *Ibid* à la p 95.

## L'IMPRATICABILITÉ DE LA DÉCARBONISATION DE L'ÉCONOMIE

Dans plusieurs chapitres de conclusion, Koonin revient de la technique et du granulaire au macro. Ici, sa question primordiale est de savoir s'il est réaliste de supposer que les sociétés feront les changements majeurs, les dépenses et les sacrifices nécessaires pour atteindre l'objectif du GIEC de « stabiliser » les émissions de GES d'ici le milieu du siècle et d'imposer ainsi un plafond à l'augmentation de la température mondiale de 2 ou 1,5 °C[29]. Dans le chapitre « The Chimera of Carbon Free[30] » (la chimère de la carboneutralité), il conclut que ces objectifs d'émission, qu'ils soient efficaces ou non pour arrêter le réchauffement, sont tout simplement inatteignables.

Il commence cette discussion par le truisme selon lequel les systèmes énergétiques évoluent lentement au fil des décennies. Les raisons, explique-t-il, sont liées à la complexité de l'infrastructure, aux investissements à long terme dans celle-ci et au besoin de fiabilité de la société (ce qui entraîne un certain conservatisme concernant les changements). Aux États-Unis, les trois sources les plus dominantes d'émissions de GES sont le transport, l'électricité et l'industrie[31]. M. Koonin note que, si les États-Unis ont réduit leurs émissions de 16 % depuis leur pic de 2005 — un exploit non négligeable, largement propulsé par la transition du charbon au gaz naturel pour alimenter les générateurs électriques — les émissions *mondiales* ont augmenté d'un tiers au cours de la même période[32]. Ce seul fait illustre la nature ardue du défi.

Le chapitre passe ensuite en revue les obstacles et les vents contraires à toute décarbonisation rapide des systèmes qui produisent, transportent et consomment l'énergie, rien qu'aux États-Unis. La discussion est substantielle et détaillée, soulevant des questions sur la faisabilité technique (y compris la fiabilité), la volonté politique et l'économie que tout partisan de l'urgence de remplacer les combustibles fossiles par des substituts « d'énergie propre » doit aborder et résoudre. M. Koonin convient que « le gouvernement a un rôle important à jouer » dans le parrainage de la recherche, tant fondamentale que de développement, et ne rejette pas l'idée que des technologies plus propres et techniquement réalisables existent; mais il prévient qu'elles « ne sont pas prêtes pour le marché[33] » [traduction]. De même, il soumet :

> [Traduction]
>
> « …la création d'un système énergétique sans émissions sera largement perturbatrice — tant sur le plan économique que comportemental. La question est de savoir si le pays choisira d'investir le capital financier et politique nécessaire pour réaliser cette transformation.… Je pense qu'il est peu probable que cela se produise de sitôt[34] ».

De plus, Koonin conteste l'idée qu'une transition plus urgente vers des carburants à faible teneur en carbone aux États-Unis ferait une grande différence pour le climat mondial, puisque ce pays ne représente que 13 % des émissions mondiales de GES. Alors que certains, reconnaît-il, soutiendraient que les États-Unis, en donnant l'exemple, verraient le reste du monde leur emboîter le pas, il se demande « quelle est la probabilité qu'ils le fassent alors que leurs besoins énergétiques sont si pressants et les avantages des réductions si obscurs[35] ».

---

[29] La conférence mondiale de Paris de 2015 a adopté un objectif à cheval sur ces deux objectifs de limitation des températures, par rapport à une base de référence de l'ère préindustrielle. Le plafond de 1,5 degré est une aspiration, tandis que le plafond de 2 degrés est considéré comme l'augmentation maximale tolérable.

[30] Koonin, *supra* note 2 aux pp 211–24.

[31] *Ibid* à la p 226 (L'agriculture arrive en quatrième position, suivie par les secteurs commercial et résidentiel).

[32] *Ibid* à la p 227.

[33] *Ibid* à la p 234 (Il cite l'énergie solaire avancée, la fission, la fusion et les biocarburants de nouvelle génération comme des exemples de technologies qui méritent d'être poursuivies).

[34] *Ibid* à la p 235 (Il cite les « obstacles » dont il a déjà parlé et d'autres « demandes plus pressantes sur l'attention et les ressources de la nation » comme les raisons de son scepticisme).

[35] *Ibid*.

**« PLANS B » ET CONCLUSION**

Dans ses deux derniers chapitres (« Plans B » et « Final Thoughts » (dernières impressions), Koonin avance des options jugées presque impensables par de nombreux climatologues et défenseurs du climat. La première est que la « géo-ingénierie » mérite des recherches et des études pratiques. L'hypothèse sous-jacente est que, même si les scénarios les plus inquiétants décrits par les climatologues du « consensus » ne sont pas susceptibles de se réaliser, ils ne peuvent pas non plus être exclus. Sous la rubrique de la géo-ingénierie, Koonin esquisse deux possibilités : (1) pour un coût relativement économique, il est possible de répandre des particules réfléchissantes (aérosols) dans l'atmosphère pour réduire l'énergie solaire atteignant la Terre (imitant ce qui se passe pendant de longues périodes après des éruptions volcaniques); et (2) à un coût plus élevé, des équipements pourraient être déployés pour éliminer directement le dioxyde de carbone de l'atmosphère[36]. Bien qu'aucune de ces options ne soit technologiquement irréalisable (pour ainsi dire), aucune n'est une panacée, et c'est pourquoi Koonin décrit les obstacles — pratiques, économiques et politiques — associés à chacune.

Le plan B-2 du livre de Koonin est tout simplement « l'adaptation », un recours que la plupart des écologistes considèrent comme anathème. L'auteur fait valoir que les êtres humains ont prouvé leur capacité d'adaptation à de nombreux types de climats; et, de plus, ce recours représente ce qu'il croit « *être* notre principale intervention », pas nécessairement ce qui devrait se *produire*[37]. De plus, dans la mesure où les changements climatiques sont partiellement dus aux cycles naturels (une thèse qui tient plus la route de l'avis de Koonin que de l'avis de ses adversaires) , ils sont peut-être inévitables[38]. Quoi qu'il en soit, Koonin recommande davantage d'études sur l'adaptation qui vont au-delà de la simple « identification » (la principale façon dont elle a été abordée jusqu'à présent) et qui se penchent sur les « questions de mise en œuvre » et les « analyses coûts/avantages » orientées vers différentes stratégies. En outre, note-t-il, puisque l'adaptation est plus accessible aux sociétés plus riches, le précurseur pour permettre l'adaptation est de se concentrer à plus court terme sur « la réduction de la pauvreté, ce qui serait une bonne chose pour de nombreuses raisons n'ayant rien à voir avec le climat[39] » [traduction].

Dans ses derniers paragraphes, Koonin affirme d'abord que le rôle du scientifique est de décrire, et non de prescrire, et qu'il a écrit son livre en conséquence[40]. Mais après cette mise en garde, il passe à la vitesse supérieure pour recommander (comme vous vous y attendez, étant donné sa critique) que la science du climat ait besoin « d'observations plus soutenues et améliorées du système climatique » et d'une meilleure compréhension « des modèles climatiques extrêmement complexes que nous avons construits[41] ». Il y ajoute un plaidoyer en faveur d'une « discussion plus honnête » qui « dépasse les slogans et les polémiques, et qui soit exempte d'accusations de sournoiserie.… Permettons d'approfondir notre compréhension, plutôt que de répéter l'orthodoxie[42] » [traduction].

Il est inquiétant de constater que tout scientifique qui met en doute les conclusions les plus inquiétantes des climatologues est considéré comme un apostat. Pour cette raison, Koonin a raison; la science s'épanouit en effet grâce au scepticisme et à la vérification rigoureuse des hypothèses. D'autre part, étant donné que de nouvelles données sont constamment générées et alimentent périodiquement les modèles que Koonin a critiqués, il serait souhaitable que *Unsettled* soit mis à jour pour prendre en compte les projections contenues dans le dernier rapport du GIEC. On ne peut qu'espérer que l'examen de La Science se poursuive, avec un esprit ouvert au large éventail de possibilités. La

[36] *Ibid* aux pp 237–48.

[37] *Ibid* à la p 245.

[38] *Ibid* à la p 246.

[39] *Ibid* à la p 248.

[40] *Ibid* à la p 250.

[41] *Ibid* à la p 251.

[42] *Ibid*.

question de savoir si le livre de Koonin est une réfutation sans appel de « l'urgence climatique » ou, comme ses détracteurs le voudraient, un simple recueil d'arguties, doit être résolue, non seulement dans les revues scientifiques, mais aussi sur la place publique. ■

# ANALYSE DE SAUL GRIFFITH INTITULÉ *ELECTRIFY: AN OPTIMIST'S PLAYBOOK FOR OUR CLEAN ENERGY FUTURE*[1]

*Kenneth A. Barry*

Un plaidoyer passionné en faveur de la mise hors service et du remplacement de tous les équipements existants dans la chaîne des combustibles fossiles — de l'exploration et de la production à l'utilisation — le livre de Saul Griffith intitulé *Electrify: An Optimist's Playbook for our Clean Energy Future* (2021) (ci-après *Electrify*) est tout le contraire de *Unsettled* (2021) de Steven E. Koonin Ph.. Les deux auteurs scientifiques représentent des points d'appui dans le débat sur la question de savoir si la société doit rapidement réduire sa dépendance aux hydrocarbures pour répondre à ses besoins énergétiques et atténuer la présence de gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère.

Griffith[2], contrairement à Koonin, n'hésite pas à prescrire des solutions concrètes; son livre en est rempli. En effet, l'auteur caractérise *Electrify* comme un « plan d'action pour lutter pour l'avenir », ainsi qu'une feuille de route technique vers un avenir énergétique propre[3]. Dans sa première salve (la préface, pp. xi – xiii), il invoque le langage de la préparation à la guerre pour souligner à la fois l'ampleur et l'urgence de ses recommandations :

> [Traduction]
>
> « Les États-Unies n'ont besoin de rien d'autre qu'une mobilisation concertée de la technologie, de l'industrie, de la main-d'œuvre, de la réforme réglementaire et, surtout, de la finance[4]. »

Pour réussir cette transformation, Griffith déclare : « Nous devons tripler la quantité d'électricité fournie aux États-Unis[5]. Ce qu'il faut, c'est un projet d'ingénierie de "lancement vers la lune" pour fournir un nouveau réseau énergétique avec de nouvelles règles — un réseau qui fonctionne davantage comme Internet[6] » [traduction]. Toutefois, conformément à son sous-titre — « un livre de jeu optimiste » — Griffith affirme que si ses

[1] L'article qui suit est une réimpression avec la permission de celui qui est paru dans l'Energy Law Journal, Volume 43, No 1.

[2] La jaquette du livre décrit Griffith comme un « inventeur, entrepreneur et ingénieur », fondateur de Rewiring America (une organisation à but non lucratif dont la mission est de « décarboniser l'Amérique en électrifiant tout »). Dans le texte, il se présente comme un « expert en systèmes énergétiques ». Saul Griffith, *Electrify: An Optimist's Playbook for Our Clean Energy Future*, Cambridge, MIT Press, 2021 à la p 2 (« *Electrify* »).

[3] *Ibid* aux pp xi, 2.

[4] *Ibid* à la p xi.

[5] L'ouvrage de Griffith vise directement les politiques et les pratiques des États-Unis, même s'il élargit parfois sa perspective.

[6] *Ibid* à la p xiii.

remèdes sont adoptés, l'énergie sera moins chère et plus abondante à long terme, en indiquant que « si la technologie, le financement et les réglementations sont adaptés, chaque famille américaine pourra économiser des milliers de dollars chaque année[7] ». Il envisage également une avalanche d'emplois pour aider le pays à se remettre de la « pandémie et de la crise économique », citant l'avis d'un collègue selon lequel « pas moins de 25 millions d'emplois bien rémunérés » découleront de la conversion de tous les systèmes énergétiques américains à des solutions d'« énergie propre[8] ».

De temps en temps, l'enthousiasme de Griffith peut déborder sur des déclarations étranges. Par exemple, dans sa préface, il se dit qu'« [avec] notre avenir en péril […] Les milliardaires peuvent rêver de s'échapper sur Mars, mais le reste d'entre nous […] nous devons rester et nous battre » [traduction]. Les lecteurs se diront peut-être que l'atmosphère de Mars est moins hospitalière que celle de la Terre, même dans les pires scénarios décrits par les climatologues.

Conformément à son appel à une action radicale et globale, Griffith demande l'arrêt de la construction ou de l'acquisition de « machines ou technologies » qui utilisent des combustibles fossiles. « Il n'y a pas de temps, plaide-t-il, pour que tout le monde installe une chaudière au gaz naturel de plus dans son sous-sol; il n'y a pas de place pour une nouvelle centrale d'"appoint" au gaz naturel […] Quelle que soit la machine à combustible fossile que vous possédez, que ce soit en tant que gestionnaire de réseau, petite entreprise ou foyer, cette machine fossile doit être votre dernière[9] » [traduction].

## LES « DONNÉES SCIENTIFIQUES » SONT DISPONIBLES, LES DANGERS SONT IMMINENTS

Griffith insiste sur le fait que « nous ne pouvons plus débattre de la science », même si « pour certaines personnes, les arguments scientifiques ne seront jamais suffisants[10] » [traduction]. Il fait preuve d'une foi totale dans les modèles climatiques et leurs prédictions souvent effrayantes :

> [Traduction]
>
> « Les scientifiques ont rédigé un grand nombre de travaux sur le réchauffement de la planète et peuvent prédire le climat futur à partir des estimations de nos émissions actuelles de carbone. Nous savons, avec certitude, que nous nous dirigeons vers de multiples catastrophes environnementales et humaines[11]. »

En guise d'avant-goût du désastre imminent, Griffith présente une litanie de calamités météorologiques spécifiques que les habitants de la planète ont endurées ces dernières années, ou qu'ils devront affronter plus fréquemment à l'avenir, selon lui, *si* on laisse les températures moyennes mondiales augmenter au-delà des lignes rouges tracées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) des Nations unies (*c.-à-d.* 1,5 °C ou, au pire, 2 °C au-dessus des niveaux préindustriels)[12]. Selon Griffith, de telles calamités sont directement liées à l'accumulation d'émissions excessives de GES. Selon *Electrify*, le choix qui s'impose est le suivant : soit les nations peuvent continuer sur la voie périlleuse qu'elles empruntent actuellement, soit — grâce à une action audacieuse et visionnaire — elles peuvent non seulement éviter une prolifération de crises environnementales, mais aussi enclencher un cycle économique vertueux :

> [Traduction]
>
> C'est l'occasion de revitaliser nos villes, de rajeunir nos banlieues et de redonner vie à nos petites villes. Nous pouvons reconstruire une classe moyenne prospère et ouverte à tous, comme nous l'avons connue après la

---

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid*. Toutefois, pour illustrer la rapidité avec laquelle les choses changent dans l'économie, au début de l'année 2022 (date de la présente étude), le taux de chômage est revenu à un niveau inférieur à 10 % aux États-Unis, et le plus grand défi consiste à trouver des candidats pour occuper les nombreux postes vacants.

[9] *Ibid* à la p 2.

[10] *Ibid* à la p 11.

[11] *Ibid*. À ce stade, le livre renvoie les lecteurs à un « abécédaire de la science du climat » à l'annexe C.

[12] *Ibid* aux pp 12, 14.

> Seconde Guerre mondiale, avec des dizaines de millions de nouveaux emplois de qualité […] Si les États-Unis font correctement, les coûts énergétiques de chacun diminueront. Chacun a un rôle à jouer dans l'effort de guerre[13].

Ainsi, au cœur du livre se trouve un message populiste — souvent répété — selon lequel les changements nécessaires pour éviter une crise climatique ne seront pas une pilule amère, mais plutôt une voie vers une société — plus saine et financièrement plus solvable.

## GAINS D'EFFICACITÉ À PROFUSION

Un autre pilier de l'optimisme de Griffith est son anticipation de gains d'efficacité substantiels réalisables dans une économie énergétique plus verte. Toutefois, cela n'a rien à voir avec l'efficacité axée sur la conservation et le « faire avec moins » prônés à partir des années 1970, lorsque le pétrole est devenu une denrée plus rare et plus chère à la suite des manipulations du marché par l'OPEP. Au contraire, Griffith prophétise un « nouveau récit » :

> [Traduction]
>
> […] une « histoire sur ce que nous avons à gagner — un avenir électrifié plus propre avec des maisons confortables et des voitures rapides — qui vaut mieux que des cauchemars sur ce que nous avons à perdre. Nous avons un chemin vers la décarbonisation qui nécessitera des changements, certes, mais pas des privations[14]. »

Le rejet par Griffith de l'efficacité en tant que sacrifice est suivi d'un examen approfondi des modes de production et de consommation actuels des combustibles — ventilés par secteurs individuels de l'économie (*p. ex.* industriel, commercial et résidentiel) et par application (*p. ex.* chauffage ou refroidissement des locaux, transport ou processus de fabrication)[15]. Il s'avère que l'auteur a passé une bonne partie de sa carrière à étudier les caractéristiques des carburants et la consommation d'énergie par secteur, et qu'il a beaucoup à dire sur le sujet. Un argument distinctif d'*Electrify* est que le développement d'un mélange de combustibles plus verts *ne* devrait *pas* se concentrer sur la production de combustibles liquides ou gazeux décarbonisés; c.-à-d. les types de combustibles qui pourraient plus facilement remplacer les combustibles fossiles dans l'infrastructure existante. Griffith fonde ce conseil sur l'efficacité — plus précisément sur sa conviction que les étapes de la production, du transport et de la conversion de ces combustibles en énergie utile entraînent des pertes excessives à chaque phase. En résumé, l'auteur estime que les « machines » qui fonctionnent grâce à la combustion de combustibles liquides ou gazeux — qu'ils soient à base de pétrole ou de l'une des alternatives plus vertes — gaspillent trop d'énergie par rapport à une conversion généralisée à des infrastructures fonctionnant à l'électricité (provenant de préférence du vent ou du soleil).

Griffith utilise des graphiques (parfois assez chargés) pour illustrer les flux et les pertes d'énergie survenant dans la chaîne de valeur, de l'extraction et du raffinage au transport et à l'utilisation. Malgré la complexité des détails de cette présentation, Griffith a une idée maîtresse à faire passer : que grâce à une électrification beaucoup plus importante couplée à une production d'électricité décarbonée, « nous n'avons probablement besoin que de 42 % de l'énergie primaire dont nous avons besoin aujourd'hui […][16] » [traduction]. Après avoir présenté ce point de données saisissant, il renonce à être aussi « granulaire », reconnaissant que la demande énergétique globale d'un pays fluctue en fonction des progrès technologiques,

---

[13] *Ibid* à la p 20. Dans le chapitre qui suit immédiatement sur les occasions que représentent les urgences (« Emergencies Are Opportunities for Lasting Change », aux pp 21–28), Griffith propose un montage de moments de l'histoire des États-Unis où les dirigeants ont répondu à des défis ou à des crises par des programmes majeurs, impliquant souvent des fardeaux financiers importants. Le « New Deal », la mobilisation pour la Seconde Guerre mondiale et la course à l'espace sont quelques exemples de cette tournée des points d'inflexion de l'histoire du XX^e^ siècle.

[14] *Ibid* à la p 47.

[15] Voir généralement *ibid* aux pp 51–61 (chapitre « Electrify! »).

[16] *Ibid* à la p 61.

des nouvelles inventions et des nouveaux passe-temps[17] :

> [Traduction]
>
> En tenant compte de ces variables, il est plus simple de dire que les Américains n'auront besoin que de la moitié de l'énergie qu'ils utilisent aujourd'hui, si nous électrifions tout, tout en améliorant nos vies. Quelle victoire[18].

De cette manière résolument optimiste, *Electrify* nous rassure en nous disant que nous n'aurons pas à réduire la taille de nos maisons ou à baisser les thermostats, que nos voitures pourront être « plus sportives lorsqu'elles seront électriques », que la qualité de l'air s'améliorera, que nous n'aurons pas à nous tourner vers les transports en commun ou à « porter un pull Jimmy Carter », et que nous n'aurons même pas à « interdire l'avion »[19].

## DÉVELOPPER LE RÉSEAU

Pour obtenir les avantages globaux que Griffith envisage en électrifiant l'économie de l'énergie, il reconnaît que nous aurons besoin de beaucoup plus d'énergie — en fait, de trois fois la quantité actuelle de production d'électricité[20]. Par conséquent, il consacre un chapitre sur la question à savoir où se procurer toute cette énergie — « Where Will We Get All That Electricity? » — pour réfléchir à cette question importante.

Puisque l'énergie de l'avenir doit être entièrement décarbonisée dans la vision du monde de Griffith, il s'attend à ce que l'approvisionnement soit assuré par les principales énergies renouvelables — éolienne, solaire, hydroélectrique — et « éventuellement » aussi par le nucléaire (en tenant compte de cette dernière, car toutes les régions ne disposent pas de ressources solaires, éoliennes ou hydroélectriques suffisantes)[21]. Dans les zones proches de l'océan, il s'attend à ce que « l'éolien en mer soit probablement le grand producteur[22] ». Dans une digression sur la question de savoir si l'énergie nucléaire a sa place dans le tableau d'ensemble, Griffith fait allusion à une vive controverse entre professeurs d'université sur la question de savoir si « le solaire, le vent et l'eau » peuvent, à eux seuls, fournir la capacité et la fiabilité requises. Lorsqu'un professeur de Stanford, Mark Jacobson, a soutenu que ces ressources renouvelables étaient en effet à la hauteur de la tâche, cette proposition a suscité « une réaction vicieuse […] même pour les standards académiques mesquins […][23] » [traduction]. L'auteur laisse entendre que Jacobson est peut-être « trop anti-nucléaire », mais il laisse ensuite entendre qu'il pourrait être « plus facile que nous le pensons » d'atteindre la fiabilité à partir des seules énergies renouvelables, renvoyant finalement à un chapitre ultérieur pour plus de détails sur cette question[24].

Revenant à sa vision du mélange de production de l'avenir, Griffith observe que le « gros du travail » sera effectué par le solaire et l'éolien, que la « majorité » de l'énergie renouvelable proviendra de ces deux ressources ainsi que de la géothermie et de l'hydroélectricité (complétée par « un nucléaire modéré et quelques biocarburants comme filet de sécurité ») et, enfin, que « l'équilibre exact » sera déterminé par des considérations régionales, les forces du marché et l'opinion publique[25].

Quoi qu'il en soit, *Electrify* prévoit que « les panneaux solaires et les éoliennes » deviennent omniprésents au États-Unis. Un réseau entièrement solaire nécessiterait l'occupation

---

[17] *Ibid*.

[18] *Ibid*.

[19] *Ibid*. Pour l'application dans les avions, Griffith précise que les biocarburants, plutôt que les batteries, constitueront un remplacement durable.

[20] *Ibid* à la p 63.

[21] *Ibid* à la p 65.

[22] *Ibid*.

[23] *Ibid*.

[24] *Ibid*.

[25] *Ibid* à la p 66.

d'environ 1 % de la masse terrestre, soit l'équivalent de l'espace occupé par les routes[26]. Les toits, les stationnements et les bâtiments commerciaux et industriels feraient doublement office de collecteurs de panneaux solaires, tandis que les terres actuellement utilisées pour les cultures accueilleraient également des parcs éoliens. En chiffres ronds, Griffith estime que les États-Unis devraient produire de 1 500 à 1 800 gigawatts (GW) pour alimenter sa société tout électrique, ce qui nécessiterait 15 millions d'acres de panneaux solaires dans un scénario tout solaire, ou 100 millions d'acres de parcs éoliens (dans un scénario tout éolien)[27]. Si ces chiffres semblent écrasants, Griffith nous rappelle que le terrain de jeu — l'ensemble de la masse terrestre des États-Unis — contient 2,4 milliards d'acres.[28]

En cherchant à savoir où pourraient aller tous ces panneaux solaires, Griffith a tout d'abord mis en place — et renversé — deux hommes de paille. Sa première hypothèse extrême est celle d'une station centrale dans le désert de l'Arizona qui alimenterait « toute l'Amérique »; l'autre, qui, selon lui, a la faveur de certains écologistes, est un modèle entièrement distribué (*c.-à-d.* limité aux toits des bâtiments occupés). Mais la première solution ne fonctionne pas, affirme-t-il, car la transmission et la distribution seraient d'un coût prohibitif; et l'autre solution — un modèle entièrement distribué — serait intenable, car il n'y a tout simplement pas assez d'espace sur les toits des résidences ou des petites entreprises pour tout le monde; des installations industrielles et commerciales, *entre autres*, seront également nécessaires. Sa conclusion, sans surprise, est que l'expansion du système nécessitera une approche tous azimuts : quelques installations centralisées (vraisemblablement *pas* dans des déserts reculés), ainsi que l'exploitation de « toute l'énergie distribuée que nous pouvons exploiter[29] ». Les terre-pleins centraux des autoroutes et les aires de stationnement sont également à prendre en compte dans le spectre des possibilités de Griffith[30].

De même, Griffith fait l'inventaire des terres susceptibles d'accueillir des parcs éoliens — en mettant l'accent sur les terres cultivées actives et inactives, ainsi que sur les parcelles de pâturage — et estime qu'elles sont plus que suffisantes[31]. Quant à la possibilité que des attitudes de type « pas dans ma cour » puissent résister à la perspective de voir des éoliennes parsemer le paysage, il propose cette série de répliques : (1) les combustibles fossiles « sont omniprésents et polluent l'arrière-cour de chacun »; (2) la société a « appris à vivre avec de nombreux changements » dans le paysage; (3) nous aurons en retour « une énergie moins chère » et un air plus pur et (4) « nous devrons équilibrer l'utilisation des terres avec les besoins énergétiques »[32]. Reste à savoir si ces arguments trouveront un écho dans l'Amérique rurale — en particulier dans les États producteurs d'hydrocarbures — ou s'ils convaincront les défenseurs de l'environnement qui préfèrent ne pas voir de panoramas d'éoliennes partout où ils vont. D'autre part, certains agriculteurs et éleveurs peuvent être avides de tout revenu supplémentaire provenant des installations d'énergie éolienne. Cela pourrait donner lieu à une sacrée bataille politique à l'avenir.

Dans une discussion plus longue sur la viabilité à long terme de l'énergie nucléaire — une technologie mature et à faible émission de carbone maintenant en place — Griffith observe que le coût total s'est avéré beaucoup plus élevé que prévu (« probablement plus cher que les énergies renouvelables »), même s'il concède

---

[26] *Ibid*.

[27] *Ibid*.

[28] *Ibid*. Pour nous aider à visualiser l'espace terrestre requis, Griffith inclut une page avec des carrés de différentes tailles indiquant la quantité de terre, proportionnellement, consacrée aux terres cultivées, aux forêts, aux pâturages, aux parcs ruraux, aux villes, aux routes, *etc. Ibid* à la p 67.

[29] *Ibid* à la p 68. Il se peut que certains propriétaires ne veuillent pas voir de panneaux solaires orner leur propre toit ou celui de leurs voisins, mais la considération esthétique n'est pas abordée. En outre, dans la mesure où les systèmes de distribution sont déjà installés là où les gens vivent, il n'est pas évident qu'une approche relativement plus centralisée de l'implantation des capteurs solaires coûterait trop cher du côté de la transmission et de la distribution.

[30] *Ibid*.

[31] *Ibid* à la p 69.

[32] *Ibid* aux pp 69–70.

que les coûts d'exploitation sont faibles et que la production est fiable[33]. Il s'attaque également au paradigme traditionnel des planificateurs de systèmes qui soutiennent qu'une certaine énergie de « base » est essentielle, affirmant que cette question est désormais débattue par les experts. À l'appui de l'hypothèse selon laquelle l'approvisionnement en charge de base ne sera pas nécessaire à l'avenir, il cite la « capacité de stockage inhérente aux véhicules électriques », les « charges thermiques variables » dans les foyers, les entreprises et les installations industrielles, ainsi que la « capacité potentielle des biocarburants de secours et de diverses batteries »[34]. Sa conclusion est que « nous avons probablement besoin de moins d'énergie de base que l'on ne croit, voire de rien du tout » [traduction].

Reprenant ce thème, Griffith souligne que le Japon et l'Allemagne ont tous deux fermé leurs unités nucléaires, tandis que la Chine « ralentit le développement de la technologie nucléaire[35] ». Cependant, *Electrify* aurait pu fournir un contexte plus complet à cet égard. La fermeture et l'examen de la sécurité de toutes les unités nucléaires du Japon à la suite de la catastrophe de Fukushima en 2011, bien qu'achevés, étaient provisoires : bien que de nombreuses unités nucléaires aient finalement été déclassées, neuf réacteurs sur cinq sites avaient repris leur exploitation commerciale en mars 2021[36]. En outre, une agence gouvernementale a observé que le Japon devra activer davantage de capacités nucléaires pour remplacer sa production au gaz et au charbon s'il veut atteindre ses objectifs dans le cadre de l'Accord de Paris sur le climat[37]. L'Allemagne, pour sa part, s'est heurtée à toute une série de problèmes de fiabilité et de difficultés économiques en poursuivant sa décision controversée de démanteler sa capacité nucléaire, tout en recourant à davantage de capacités de combustion de combustibles fossiles pour compléter son important parc d'énergies renouvelables. Enfin, il semble utile de mentionner que la France et d'autres pays européens n'ont pas renoncé à la production nucléaire.

Aussi sceptique soit-il, Griffith se garde bien de prédire la fin de l'énergie nucléaire. Il prédit que (1) pour des « raisons de sécurité nationale », les États-Unis n'élimineront pas l'énergie nucléaire et (2) qu'au-delà des frontières américaines, les nations très densément peuplées — ou celles qui « manquent de ressources renouvelables » — devront soit recourir au nucléaire, soit accéder aux énergies renouvelables grâce aux importations[38]. Il garde également la porte ouverte à la décarbonisation des technologies qui, selon lui, ne peuvent pas se suffire à elles-mêmes pour le moment. Peut-être que les énergies renouvelables liquéfiées ou la séquestration du carbone, admet-il, finiront par faire leurs preuves, mais il ajoute sans ambages : « Il est trop tard et trop dangereux de compter sur les miracles[39] » [traduction]. Il clôt le chapitre par une rafale de rhétorique écolo-populiste, fustigeant d'abord ceux qui prétendent, à l'aide d'« arguments cyniques et spécieux » et d'une « désinformation massive », que les énergies renouvelables ne peuvent pas « tout faire », puis réprimandant « le monopole des services publics parrainé par l'État qui accorde des taux d'intérêt bas aux grands projets plutôt qu'aux consommateurs qui ont besoin de remplacer leur chauffage au gaz par des systèmes solaires et des pompes à chaleur[40] » [traduction].

---

[33] *Ibid*.

[34] *Ibid*.

[35] *Ibid* à la p 71. Dire que la Chine « ralentit » semble être une exagération. Une étude rapide de la littérature en ligne permet d'apprendre que la Chine met l'accent sur la construction de centrales nucléaires pour se diversifier et s'affranchir de sa forte dépendance actuelle à l'égard des combustibles fossiles. Elle a fait part de son intention de construire un grand nombre de nouveaux réacteurs dans le cadre de l'engagement qu'elle a pris lors de la conférence mondiale sur le changement climatique qui se tiendra à Glasgow en 2021. Voir « Nuclear power in China » (dernière modification le 10 mars 2022), en ligne : *Wikipedia* <en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_power_in_China>.

[36] Voir « Japan's Nuclear Power Plants in 2021 » (31 mars 2021), en ligne : *Nippon* <www.nippon.com/en/japan-data/h00967/>.

[37] Voir « Nuclear power in Japan » (dernière modification 9 mars 2021), en ligne : *Wikipedia* <en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_power_in_Japan>.

[38] *Electrify*, *supra* note 2 à la p 71.

[39] *Ibid* à la p 72.

[40] *Ibid*.

**FIABILITÉ EN TOUT TEMPS**

Étant donné que Griffith rejette l'idée selon laquelle les énergies renouvelables ne peuvent pas faire pour le réseau ce que l'énergie de base fait, il n'est guère surprenant qu'il consacre un chapitre[41] à imaginer en quoi consiste la fiabilité dans un environnement à forte intensité d'énergies renouvelables. Il commence par qualifier les « personnes qui résistent à la décarbonisation » pour des raisons de fiabilité de « dinosaures » qui « ont souvent des intérêts particuliers »[42]. Poursuivant sur ce mode, il évoque le « grand marché » du 20e siècle qui a donné aux services publics un monopole en échange de l'assurance que le service serait à la fois continu et abordable pour les « mal desservis »[43]. Cet « accord a plutôt bien fonctionné », concède-t-il, au cours du siècle dernier, mais il accuse les « entreprises de services publics » et les coopératives rurales de disposer d'un « ensemble hétéroclite d'incitations » qui les empêche de se décarboniser rapidement pour faire face au changement climatique[44].

Griffith se concentre ensuite sur une série de concepts qui, selon lui, permettront au réseau de répondre en permanence à la demande, même s'il dépend dans une bien plus large mesure de ressources « intermittentes ». Les clés résident à la fois dans l'augmentation, par un facteur de « trois à quatre fois », de la quantité d'énergie produite et dans la réimagination du réseau :

> [Traduction]
>
> « Nous n'y parviendrons pas en réglant l'ancien réseau; il faudra reconstruire le réseau avec les nouvelles règles du XXIe siècle et une technologie de type Internet[45]. »

Griffith décrit tout d'abord l'irrégularité inhérente aux charges résidentielles, et il reconnaît qu'elles seront encore plus irrégulières si, comme il le recommande, toutes les formes de consommation d'énergie domestique (plus le transport) sont converties en électricité. Il dépeint une demande plus forte le matin, une demande d'électricité presque nulle à 15 heures et une forte augmentation de la demande (y compris la recharge des véhicules électriques) lorsque la famille rentre chez elle le soir[46]. Enfin, du côté de l'offre, il esquisse les variabilités naturelles quotidiennes et saisonnières de la production d'énergie éolienne et solaire avant de se demander comment faire correspondre toutes ces variations de charge et d'offre.

La solution, selon lui, consiste à créer « beaucoup de stockage » pour les énergies renouvelables[47]. Ce n'est pas une nouveauté pour le secteur de l'énergie dans son ensemble, souligne-t-il, en notant les quantités considérables de stockage de gaz naturel et de pétrole aux États-Unis, ainsi que les piles de charbon à côté des centrales au charbon[48]. Le stockage par batterie chimique, bien qu'il soit « assez cher », admet-il, voit son coût baisser rapidement, et « le déploiement à grande échelle […] devient une possibilité réaliste[49] » [traduction]. Mais le problème, poursuit-il, c'est que les batteries sont adaptées pour « compenser » les variations horaires ou diurnes, et non pour servir de réservoirs de stockage à long terme, car elles sont trop coûteuses. Cependant, il prévoit qu'un jour, dans un avenir pas trop lointain, le stockage domestique par batteries associé à l'énergie solaire sur les toits battra le coût actuel de l'électricité du réseau public[50].

Le chapitre passe ensuite en revue les autres types de stockage d'énergie, qu'il s'agisse de

---

[41] *Ibid* aux pp 75–95.

[42] *Ibid* à la p 76.

[43] *Ibid*.

[44] *Ibid*.

[45] *Ibid* à la p 77.

[46] *Ibid* à la p 78. En l'occurrence, dans son livre *Electrify*, il ne tient pas compte des nouvelles habitudes de télétravail des travailleurs de bureau engendrées par la pandémie; de même, un cycle diurne aussi simplifié ne semble pas reconnaître que les charges de chauffage ou de climatisation restent actives l'après-midi, selon la période de l'année, dans la plupart des climats — bien que Griffith reconnaisse presque simultanément que « les charges thermiques [électriques] sont grandes et lourdes ».

[47] *Ibid* à la p 83.

[48] *Ibid*.

[49] *Ibid*.

[50] *Ibid* à la p 84.

batteries ou autres. La première est représentée principalement par les véhicules électriques (VE) servant de batteries supplémentaires pour alimenter le réseau (Griffith prévoit que des centaines de millions de VE le feront, fournissant ainsi une nouvelle source d'approvisionnement importante, une fois que la flotte de transport américaine sera convertie à l'électricité). Les autres types sont le « stockage thermique », le stockage hydroélectrique par pompage et un assortiment d'autres technologies qu'il ne considère pas comme prêts pour l'heure de pointe[51]. Enfin, l'auteur évoque les biocarburants — du bois aux déchets agricoles en passant par les eaux usées — comme substituts des batteries pour « combler les lacunes saisonnières […][52] ».

Pour en revenir à la gestion de la demande, Griffith suggère également de faire fonctionner les grosses charges des usines pendant la journée afin de profiter de la nouvelle abondance d'énergie solaire, observe-t-il : « nous avons réagi à l'énergie bon marché la nuit en créant des équipes de nuit dans l'industrie lourde afin que celle-ci puisse consommer cette énergie », mais dans un « monde alimenté par l'énergie solaire et éolienne, nous aurons l'occasion de repenser certaines de ces décisions »[53] [traduction]. Toutefois, les lecteurs pourraient s'arrêter sur l'idée que les équipes de nuit ont été créées pour profiter d'une énergie moins chère. Bien qu'il s'agisse d'un avantage dans les endroits où des taux modulés selon l'heure du jour sont en vigueur (ou des contrats spéciaux ont été négociés), les industries lourdes, à forte intensité de capital, avec des quarts sur 24 heures et une production continue, sont principalement organisées de cette manière pour réduire les coûts unitaires en répartissant les coûts fixes sur le plus grand nombre d'unités possible. En outre, certains grands procédés industriels se prêtent à un fonctionnement continu plutôt qu'à des cycles de montée et de descente[54]. De même, Griffith surestime probablement la flexibilité des fabricants qui peuvent modifier les calendriers de production pour mieux se synchroniser avec les flux et reflux de la production intermittente lorsqu'il affirme : « Les fabricants peuvent toujours produire la même quantité de biens à long terme, mais ils peuvent adapter leurs principales charges à l'offre d'énergie disponible au fil du temps[55] » [traduction].

Pour mettre en place un tel réseau futur basé sur des énergies renouvelables entièrement (ou en grande partie) intermittentes, Griffith, comme on pouvait s'y attendre, préconise également la construction d'une infrastructure de transmission beaucoup plus importante — surtout pour tirer parti des diversités interrégionales que procurent les énergies éoliennes et solaires[56]. Il préconise en outre, en tant qu'idée « radicale », de dépasser les limites de la capacité solaire et éolienne à développer, en vue de satisfaire même les pics hivernaux (lorsqu'un système uniquement basé sur les énergies renouvelables est mis à rude épreuve en raison de la baisse de la disponibilité du soleil, au moment où les demandes de chauffage et d'éclairage augmentent). Griffith propose deux raisonnements pour étayer cette proposition « radicale » : tout d'abord, le coût additionnel de la construction d'installations éoliennes et solaires supplémentaires pour faire face aux pics hivernaux serait moins élevé que celui de la construction de batteries de stockage suffisantes[57]; et deuxièmement, l'excédent solaire estival qui en résulterait pourrait être utilisé à bon escient « pour la production d'hydrogène ou d'ammoniac ou même pour l'élimination du carbone de l'atmosphère » [traduction] (*c.-à-d.* la séquestration du carbone) — des stratégies qu'il avait auparavant reléguées au rang d'impraticables ou d'improbables.

---

[51] *Ibid* aux pp 84–85. Ce chapitre ne montre pas clairement comment le stockage thermique fonctionne comme celui d'électricité, à moins que Griffith ne parle simplement d'incitations à l'interruption de la demande et au déplacement de la charge. Quelques pages plus loin, l'auteur aborde la « réponse à la demande » en tant que méthode de gestion de l'inadéquation entre la charge et l'offre.

[52] *Ibid* à la p 86.

[53] *Ibid* à la p 87.

[54] Cet examinateur connaît bien l'industrie de l'aluminium, par exemple, qui est conçue pour une production en continu. L'industrie négocie pour obtenir de l'électricité à moindre coût associée à un service continu et peut supporter certaines interruptions temporaires, mais pas pendant plusieurs heures d'affilée. Une journée nuageuse entraînant une pénurie prolongée d'énergie solaire pourrait être une catastrophe pour une fonderie d'aluminium.

[55] *Ibid* à la p 87.

[56] *Ibid* aux pp 90–91.

[57] *Ibid* à la p 93. Notamment, Griffith utilise un coût de production hypothétique pour l'éolien et le solaire de seulement 2 à 4 cents par kWh; ce qui semble peu, même pour l'énergie solaire à l'échelle du service public, et ne tient pas compte des coûts d'investissement supplémentaires liés à la transmission.

## L'INFRASTRUCTURE SE TROUVE À LA MAISON

L'auteur d'*Electrify* a beaucoup à dire sur le coût et le financement d'une décarbonisation de fond en comble des foyers et des entrées. Qu'il s'agisse de l'énergie solaire universelle installée sur les toits ou des fours et chauffe-eau électriques, Griffith prévoit un cycle de remplacement massif, accompagné, ce qui n'est pas une coïncidence, d'un boom de l'emploi et de la prospérité qui en découle dans tous les secteurs de l'économie. L'un de ses préceptes fondamentaux est que notre conception de l'« infrastructure » doit être élargie pour englober ces nouveaux appareils domestiques entièrement électriques, y compris le stockage sur batteries et les VE[58].

Le fait de qualifier ces équipements domestiques d'« infrastructures » est le tremplin de Griffith pour demander l'adoption de nouvelles politiques publiques vastes pour financer leur achat. Les garanties de prêt et les subventions fédérales accordées aux propriétaires de maisons (et aux propriétaires de logements locatifs, lorsque les maisons ne sont pas des propriétés individuelles) sont des catalyseurs essentiels pour rendre le cycle de remplacement abordable. Tout au long de l'ouvrage, Griffith compare la décarbonisation de l'économie à un effort de guerre, de sorte que la requalification des dispositifs énergétiques domestiques en infrastructures semi-publiques renforce ce thème : *c.-à-d.* qu'il est du devoir du gouvernement, en cas d'urgence publique, de susciter la mobilisation et de conduire le changement[59]. Avec son air typiquement joyeux, il écrit :

> [Traduction]
>
> « La redéfinition des infrastructures nous permet d'envisager la notion intrigante selon laquelle les États-Unis ne sont peut-être qu'à un taux d'intérêt près d'une cure climatique […] Le financement de qualité des infrastructures au coût le plus bas est crucial[60]. »

Dans le chapitre suivant (ch. 10 « Too Cheap to Meter »), Griffith explique en détail que, grâce à la technologie actuelle, la production d'énergie solaire et éolienne à l'échelle d'un service public surpasse déjà celle du gaz naturel et du charbon en termes de coûts[61]. Mais sa quête ultime est de convaincre les lecteurs que *pratiquement tous les toits américains* devraient être équipés de panneaux solaires afin de réaliser des économies encore plus importantes que celles offertes par les énergies renouvelables à l'échelle du réseau. Sa vision est résumée dans cet extrait :

> [Traduction]
>
> « Voici le point de transformation de l'énergie solaire sur les toits : parce qu'il n'y a pas de coûts de transmission et de distribution, il peut être phénoménalement bon marché. Même si le coût de la production à l'échelle des services publics était gratuit, nous ne savons pas comment vous le transmettre et vous le vendre à un prix inférieur au coût de l'énergie solaire sur les toits. Cela ne signifie pas que le monde entier fonctionnera grâce à l'énergie solaire et aux ressources distribuées, mais cela signifie que si nous cherchons à mettre en place le système énergétique le moins coûteux, une grande partie de l'énergie américaine proviendra de nos toits et de nos communautés[62]. »

Le chapitre décrit ensuite la manière dont les coûts de la production d'énergie éolienne et solaire ont chuté de façon spectaculaire ces dernières années, et on y prévoit qu'ils continueront à chuter, « réduisant probablement de moitié le coût des énergies

---

[58] *Ibid* aux pp 98–101.

[59] Plus loin dans son livre, Griffith consacre un chapitre entier — « Mobilizing for World War Zero » — à l'approfondissement de ce point, au cas où les lecteurs l'auraient perdu jusqu'à présent. *Ibid* aux pp 163–72.

[60] *Ibid* à la p 101.

[61] *Ibid* aux pp 104 et s. Les comparaisons des coûts de production sont toujours un sujet compliqué, et dépendent fortement des hypothèses. On peut voir immédiatement que la comparaison dans le chapitre en question utilise le « coût nivelé de l'énergie » pour la capacité éolienne, solaire et de combustibles fossiles. Mais une grande partie de la capacité des centrales au gaz naturel et au charbon est déjà construite et en service; par conséquent, leur coût d'exploitation variable est également pertinent pour une comparaison.

[62] *Ibid* à la p 105.

renouvelables — un clou dans le cercueil des combustibles fossiles[63] » [traduction].

Dans son chapitre de conclusion, « Bringing it all Home »[64], Griffith déploie un effort de modélisation élaboré pour démontrer comment un grand programme de dépenses d'investissement avec un financement à faible coût pour équiper les maisons en vue d'une production et d'une utilisation maximales des énergies renouvelables permettrait, à long terme, de « nous faire économiser de l'argent à tous » par rapport au statu quo[65]. Le chapitre est instructif en ce qu'il décrit l'éventail complet des coûts des ménages, la place de l'énergie dans le budget total et la mesure dans laquelle les coûts énergétiques pourraient être réduits en adoptant pleinement les recommandations du livre[66]. La synthèse des données effectuée par Griffith indique que l'énergie solaire sur les toits devrait couvrir environ 75 % des besoins énergétiques totaux des foyers et, en calculant un coût à long terme de 5 cents/kWh pour cette énergie produite à domicile (sur la base d'un coût de financement de 2,9 %), tout en supposant un coût moyen national de 14 cents/kWh pour l'électricité fournie par les services publics, il obtient une économie annuelle estimée par foyer d'*au moins* 1 000 dollars et, « si nous nous en sortons très bien », de 2 500 dollars[67].

Nécessairement, une telle modélisation est pleine d'hypothèses. Griffith admet que ses hypothèses sont « poussées », mais « pas sans précédent »[68]. Ce qui pourrait laisser les lecteurs perplexes, c'est ce qu'il advient des coûts de transmission et de distribution qui, selon le livre, sont des éléments importants du coût de l'énergie livrée, sans parler des coûts fixes liés au maintien de stations centrales prêtes à l'emploi. Griffith ne tient apparemment pas compte de ces coûts lorsqu'il s'agit de calculer les économies massives supposées pour les utilisateurs finaux[69]. Mais les propriétaires d'énergie distribuée dépendent toujours du réseau pour l'énergie de secours, *c.-à-d.* l'énergie produite la nuit ou par temps nuageux, à moins qu'ils ne soient prêts à se découpler et à compter sur les batteries de leur véhicule électrique (ou sur les générateurs domestiques à combustible fossile) pour traverser les heures sans soleil. Mais même Griffith ne va pas aussi loin.

L'argument de Griffith en faveur d'une participation importante du gouvernement dans le financement de l'électrification des foyers et des voitures s'appuie également sur des considérations de « justice climatique ». Il souligne à juste titre que les riches sont les mieux placés pour assumer les « coûts d'investissement initiaux » des panneaux solaires, des véhicules électriques et autres gadgets de décarbonisation, car « ils ont accès à des crédits faciles et à des prêts immobiliers »[70] [traduction]. En effet, certains Américains bien nantis peuvent se permettre de payer leur VE de luxe grâce à leurs économies et à leurs liquidités. Pourtant, comme le souligne l'auteur, c'est le segment de la population à faible revenu qui bénéficierait le plus de toute économie de coûts attribuable à l'électrification. Et il est évident qu'une conversion massive à des systèmes domestiques et de transport entièrement électriques nécessite

---

[63] *Ibid* à la p 109. Griffith oublie de mentionner qu'une grande partie de la réduction des coûts de l'énergie solaire est due à la prise de contrôle du secteur par la Chine. Voir Daniel Yergin, *The New Map*, New York, Penguin Random House, 2020 aux pp 396-97, indiquant que près de 70 % des panneaux solaires sont fabriqués en Chine; plus de 80 % par des entreprises chinoises à l'intérieur ou à l'extérieur de la Chine, et que près de 95 % des cellules solaires, qui constituent le cœur des cellules solaires, y sont produits. Yergin note que « le coût des panneaux solaires a connu une baisse extraordinaire de 85 % entre 2010 et 2019, principalement grâce à la fabrication et à la capacité massive de la Chine et aux améliorations techniques », ainsi qu'à ce qu'une organisation de défense des énergies renouvelables a qualifié de « prix défiant toute concurrence » en raison de la surcapacité de la Chine. *Ibid* aux pp 397–98.

[64] *Electrify*, *supra* note 2 aux pp 112–29 (chapitre 10).

[65] *Ibid* à la p 112.

[66] Le chapitre contient même un tableau décrivant l'utilisation de l'énergie par les ménages, État par État, ventilée par source de combustible. *Ibid* à la p 116.

[67] *Ibid* aux pp 121–22.

[68] *Ibid*.

[69] Outre la citation du « point de transformation » ci-dessus (*Ibid* à la p 105), Griffith souligne (*Ibid* à la p 104) que même les coûts « remarquablement bas » de l'énergie solaire à l'échelle du réseau peuvent être battus par la production domestique : « Bizarrement, cependant, l'énergie solaire sur les toits peut être encore moins chère, car si vous produisez vous-même de l'électricité, vous n'avez pas à payer pour la distribution » (*Ibid*).

[70] *Ibid* à la p 125.

une approche de ne « laisser aucun ménage pour compte ». Griffith saisit donc le moment des « taux d'intérêt historiquement bas », qui coïncident avec la pandémie de 2020-2021, pour « financer les technologies et les infrastructures domestiques qui décarboniseront nos futurs modes de vie »[71] [traduction].

## COMPENSER LES ANCIENNES ENTREPRISES ÉNERGÉTIQUES

Il est peut-être surprenant, étant donné les fréquentes expressions de mépris de Griffith à l'égard de l'« industrie des combustibles fossiles », qu'*Electrify* propose un programme de compensation pour les « actifs abandonnés » des anciennes sociétés d'hydrocarbures. Selon lui, agir autrement reviendrait à provoquer le genre de calamité financière que les États-Unis (et une grande partie du monde développé) ont connu lors de la crise du marché hypothécaire et du krach boursier de 2008. « Il est clair, déclare-t-il, que nous ne pouvons pas simplement couper l'herbe sous le pied de l'industrie qui nous a donné la modernité. Nous avons besoin d'un plan[72] » [traduction].

L'auteur jette quelques hypothèses sur les marges bénéficiaires des réserves prouvées (des chiffres qui ne sont pas forcément compensatoires, étant donné la hausse spectaculaire des prix du pétrole et du gaz depuis la mi-2021), et il arrive à une hypothèse de rachat de plusieurs milliards de dollars. La section est loin d'être étoffée; elle ressemble davantage à un geste — une offre d'ouverture dans une négociation imaginaire. De plus, on ne sait pas exactement qui *paierait* les billions ou si les entreprises énergétiques internationales et publiques (*p. ex.* les entreprises russes, saoudiennes et vénézuéliennes) allaient *recevoir* des versements ou si le plan de sauvetage était limité aux entreprises démocratiques occidentales.

Le délai dans lequel les entreprises de combustibles fossiles seraient rachetées n'est pas non plus très clair. Ailleurs, *Electrify* implique ce qui équivaut à un retrait progressif, les nouvelles machines à « énergie propre » étant achetées lorsque les anciennes atteignent la fin de leur vie utile[73]. Cela pourrait prendre des décennies. Pourtant, dans le chapitre sur la compensation de l'industrie, tout en applaudissant l'esprit des campagnes de « désinvestissement » visant à « priver lentement l'industrie des combustibles fossiles du précieux capital dont elle a besoin », l'auteur affirme que cette stratégie est trop lente pour être efficace au vu de « l'urgence et du caractère inévitable du changement climatique […] »[74] [traduction].

Dans un chapitre particulièrement intéressant pour la communauté des régulateurs (« Rewrite the Rules ! »[75]), Griffith passe en revue les diverses lois et réglementations fédérales et locales et les déclare largement inadaptées pour accélérer la transition vers un monde d'énergie propre. Le chapitre aborde de nombreux aspects, des codes de construction à la tarification, et s'en prend notamment au « comptage net » — généralement considéré comme une aubaine pour les producteurs d'énergie solaire domestique — qui *n'est pas* « suffisant », car les clients qui offrent un excédent d'énergie au réseau ne se voient proposer que la valeur de gros, et non de détail, de leur kWh. De même, la tarification en fonction de l'heure de consommation « n'est pas non plus suffisante », selon Griffith, car « tout le monde n'a pas le choix » du moment de la consommation[76].

Au lieu de cela, Griffith préconise une construction qu'il appelle la « neutralité du

[71] *Ibid* à la p 129. Les lecteurs en 2022 noteront toutefois que les taux d'intérêt quasi nuls invoqués par Griffith sont en train de passer à des taux plus élevés, l'inflation devenant une préoccupation dominante.

[72] *Ibid* à la p 133.

[73] Voir par ex l'argument de Griffith selon lequel le paiement du gouvernement pour le coût de la transition « ne s'élèverait qu'à environ 300 milliards de dollars par an pendant les 15 années de mobilisation » [traduction]. *Ibid* à la p 154, ou lorsque Griffith suggère que le prix élevé du « Green New Deal » doit être relativisé : « […] ce montant sera étalé sur 15 à 20 ans. Il s'agit principalement de dépenses que le pays allait faire de toute façon — tout le monde va acheter une nouvelle voiture ou deux au cours de ces 20 ans, et des appareils électroménagers, et fera des rénovations de maisons […] » [traduction] *Ibid* à la p 153.

[74] *Ibid* aux pp 133–34.

[75] *Ibid* aux pp 137–44.

[76] *Ibid* à la p 142.

réseau », qu'il considère évidemment comme une démocratisation du système électrique, tout comme Internet l'a fait pour l'information et le commerce[77]. Dans le cadre de ce système, les ménages, comme les services publics, pouvaient acheter et vendre de l'énergie entre eux. Les services publics, admet-il, « n'aiment pas cette idée, en particulier ceux qui essaient également de protéger leurs activités dans le domaine du gaz naturel », mais cet intérêt personnel patenté ne devrait pas, selon Griffith, intimider le public et l'empêcher d'imposer une réflexion plus avant-gardiste :

> [Traduction]
>
> « Mais rappelez-vous que « nous, le peuple », régulons les services publics, donc nous n'avons pas à les craindre. Nous pouvons les contrôler; nous devons simplement exprimer notre volonté collective »[78].

## CONCLUSION

L'ambitieux « livre de jeu » de 269 pages de Griffith pour un avenir énergétique décarboné, qui comporte plusieurs volets, est à la fois exhaustif et épuisant. Le défi du lecteur consiste en partie à trier, dans les boisseaux remplis de faits, de chiffres, de graphiques et d'opinions, ce qui est incontestable de ce qui est plus controversé ou « hors sujet ». Les arguments qui relèvent de ces deux dernières catégories obligeront les lecteurs à réfléchir et, si leur expertise est limitée, à chercher d'autres sources pour s'informer davantage — et à se préparer au débat.

Griffith n'est pas le plus objectif des guides. Dans un domaine qui fait généralement appel à l'empirisme, à l'équilibre, à des hypothèses conservatrices et à des jugements sobres, il apparaît souvent comme un meneur de claque et un prophète d'un mouvement qu'il considère littéralement comme le sauveur du monde. Le sérieux et la passion qu'il apporte à sa tâche semblent authentiques. Et il est bon de savoir que, même si *Electrify* s'enfonce dans les profondeurs techniques et politiques de son sujet, le style d'écriture de Griffith est d'une clarté et d'une aisance louables — souvent plaisantin et parfois même profane — car il s'efforce de détendre l'atmosphère et de forger une camaraderie avec son lectorat.

Parfois, Griffith se trompe tout simplement. Il fait inexplicablement référence à « l'Accord de Paris de 2016 [sic] pour éviter une crise climatique »[79]. Dans son chapitre sur la préparation à la « guerre », il nous dit qu'en 1939, « l'humeur du pays, en particulier parmi les démocrates du New Deal, était contre l'intervention dans les affaires internationales » [traduction]. Alors que le sentiment de ne pas s'impliquer en Europe à la fin des années 1930 avait des adhérents de gauche et de droite, le président Roosevelt — le leader du New Deal — a cherché à s'impliquer *davantage*, alors qu'il naviguait entre les vents contraires politiques qui s'opposaient à une aide active aux Alliés[80]. Le chapitre de Griffith suscitant l'enthousiasme pour une explosion des dépenses publiques afin de lutter contre le chômage et de sortir le pays de la récession[81] semble presque pittoresque au début de l'année 2022, alors que le chômage est faible, que les bons emplois se font rares et que l'inflation (en partie due aux mesures de relance du gouvernement) est une réelle préoccupation. Dans une annexe[82], Griffith s'en prend violemment à la séquestration et à l'utilisation du carbone (même en tant que complément à la combustion de combustibles carbonifères) et dénonce la fracturation et le gaz naturel — tous des piliers énergétiques du XX^e^ siècle (ou, dans le cas de

[77] *Ibid* aux pp 143–44.

[78] *Ibid* à la p 143.

[79] *Ibid* à la p 14. L'entente été conclu en décembre 2015.

[80] À l'inverse, le sénateur Robert Taft, éminent leader républicain, s'est opposé ardemment à toute implication des États-Unis dans le conflit en Europe, jusqu'au bombardement de Pearl Harbor en décembre 1941, bien que l'isolationnisme de Taft lui attire les feux croisés des républicains libéraux. Voir généralement Sarah Churchwell, *Behold, America*, New York, Basic Books, 2018 pour un compte rendu du soutien ou de la tolérance des États-Unis envers les régimes fascistes en Europe à cette époque.

[81] *Electrify*, *supra* note 2 aux pp 145–61 (chapitre 15 : « Jobs, Jobs, Jobs »).

[82] *Ibid* aux pp 193–94.

la séquestration du carbone, une technologie de pointe prometteuse)[83].

Il convient de garder à l'esprit deux mises en garde importantes. Premièrement, Griffith est un scientifique et un ingénieur, mais pas un climatologue, et il ne tente pas de réexaminer le consensus sur les GES. Au contraire, il adhère sans réserve à ses prédictions les plus sombres et s'en sert comme d'un tremplin pour mettre au défi le secteur énergétique en place d'accepter une série de changements. Deuxièmement, son analyse et ses prescriptions en matière de réforme visent expressément les États-Unis. Bien que le changement climatique soit manifestement un problème mondial, le reste de la planète ne fait l'objet que d'une attention superficielle. Son postulat est que si les États-Unis font le ménage, le reste du monde suivra. Les lecteurs peuvent se demander si cette prémisse tient la route.

Pour ceux qui sont déjà enclins à accepter que le changement climatique soit le défi le plus redoutable pour l'humanité, l'absolutisme de l'auteur et sa dévotion à l'action radicale se révéleront stimulants. Ses stratégies de remédiation, teintées d'un optimisme ensoleillé, permettront aux lecteurs persuadés d'entrer dans la mêlée avec des concepts spécifiques, ainsi que des statistiques et des graphiques à profusion. D'un autre côté, les pragmatiques de l'énergie et les sceptiques du changement climatique devraient trouver l'ouvrage utile en tant que recueil des positions que les défenseurs de l'énergie verte défendront dans les forums publics, alors autant se familiariser avec elles. ■

[83] Voir Yergin, *supra* note 63 à la p 405 (« Le pacte climatique de Paris de 2015 a donné un nouvel élan au développement du "captage et du stockage du carbone", ou CSC. À peu près à la même époque, un "U" pour "utilisation" a été ajouté à l'acronyme… CSUC prend de nombreuses formes aujourd'hui. Par exemple, le carbone capturé est utilisé pour fabriquer des produits comme le ciment et l'acier. la "capture directe dans l'air", qui consiste à extraire le $CO_2$ de l'air, semblait fantaisiste, mais des progrès ont été réalisés et des unités sont mises à l'échelle » [traduction].)