

# LE DROIT ET L'ÉCONOMIE DES DOMMAGES À L'ENVIRONNEMENT : COMPTE RENDU SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE EN CAS D'INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES (PARTIES I et II)

Martin Olszynski\* et Peter Boxall\*\*

\* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Calgary.

\*\* Professeur, Département de l'économie des ressources et de la sociologie environnementale, Université de l'Alberta, Edmonton.

Symposium sur l'environnement au tribunal (III) :  
La détermination des peines et les infractions environnementales

Les 21 et 22 février 2014  
Université Dalhousie



This project was undertaken with the financial support of:



Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



L'Institut canadien du droit des ressources encourage la disponibilité, la diffusion et l'échange d'information publique. Vous pouvez copier, distribuer, afficher ou télécharger cette information ou encore, vous en servir librement moyennant les considérations suivantes :

- (1) vous devez faire mention de la source de cette information;
- (2) vous ne pouvez pas modifier cette information;
- et
- (3) vous ne devez pas en faire un usage commercial sans la permission écrite préalable de l'Institut.

Droit d'auteur © 2014

## INTRODUCTION

Depuis la décision historique rendue par le juge Stuart dans *R. v. United Keno Hill Mines* (1980),<sup>1</sup> les juges et les avocats canadiens ont pu compter sur une liste généralement établie des facteurs considérés au moment de déterminer la peine dans le contexte du droit de l'environnement. Cependant, au moins deux aspects, c'est-à-dire la longévité et la stabilité, peuvent être trompeurs. Je parle ici des deux premiers facteurs énoncés dans la décision *United Keno Hill Mines*, à savoir, la nature et l'étendue des dommages environnementaux (réels et éventuels).<sup>2</sup> Comme nous l'avons récemment observé et malgré plus de trente ans de jurisprudence en matière de détermination de la peine, la [traduction] « difficulté de prouver un dommage identifiable et quantifiable est présente dans la plupart des causes touchant l'environnement .... ».<sup>3</sup>

Ainsi, l'objectif du présent document est d'expliquer aux membres de la magistrature et du Barreau les aspects juridiques et économiques d'une approche relativement testée et éprouvée en matière de quantification qui n'a pas encore été appliquée avec succès au Canada dans le contexte de la détermination de la peine en cas d'infraction environnementale : l'évaluation environnementale, que l'on peut simplement décrire comme une évaluation économique — [traduction] « l'évaluation monétaire des éléments qui pourraient être importants pour les personnes » — appliquée à l'environnement naturel.<sup>4</sup>

Nous présenterons d'abord un aperçu du contexte; les récents développements dans le domaine de l'économie de l'environnement et du droit canadien de l'environnement qui appuient la transition vers une approche économique permettant de quantifier le dommage environnemental aux fins de la détermination de la peine. La Partie II décrit le fondement du cadre juridique, tandis que la Partie III examine les concepts, les principes et les méthodes économiques de base de l'évaluation environnementale. La Partie IV est une étude de cas. Enfin, dans la Partie V, nous concluons en examinant la possibilité que les lois régissant la détermination de la peine et l'économie de l'environnement au Canada adoptent une approche économique pour mesurer les dommages à l'environnement.

---

<sup>1</sup> 10 CELR 43 (Y Terr Ct) [*United Keno Hill Mines*].

<sup>2</sup> *Ibid.*, paras 11-13. Selon Westlaw, *United Keno Hill Mines* a fait l'objet de 71 études juridiques.

<sup>3</sup> *R v Northwest Territories Power Corporation*, 2011 NWTTC 03, para 89 [*Northwest Territories Power Corporation*]. Voir aussi *R v Terroco Industries Limited*, 2005 ABCA 141, para 47 : [traduction] « Dans un grand nombre d'infractions environnementales, le dommage n'est pas facile à identifier »; et *R v Zellstoff Celgar Limited Partnership*, 2012 BCPC 295, paras 43-48 (CanLII) [*Zellstoff*].

<sup>4</sup> WM Hanemann, « The economic conception of water » dans Peter P Rogers, M Ramón Llamas et Luis Martinez-Cortina, eds, *Water Crisis: Myth or Reality?*, London, Taylor & Francis, 2006, p 61 à 66.

## **PARTIE I : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS DANS LES DOMAINES DE L'ÉCONOMIE ET DU DROIT<sup>5</sup>**

### **A. Bref historique de l'évaluation environnementale**

Bien que souvent perçue comme une nouveauté, l'évaluation environnementale existe depuis les années 1950.<sup>6</sup> L'un des premiers exemples (qui demeure très pertinent, comme nous l'expliquons ci-dessous) est la tentative de quantifier la valeur de certains parcs nationaux aux États-Unis (dans lesquels l'admission était gratuite) en utilisant la valeur des sommes dépensées par les visiteurs (p. ex. pour l'essence, l'hébergement, la nourriture, etc ...) qui marque le début de ce que l'économiste de l'environnement de l'Université de l'Alberta, Wiktor L. Adamowicz, décrit comme [traduction] « l'ère de l'évaluation des coûts des voyages ».<sup>7</sup>

Toutefois, comme cela arrive souvent dans le contexte de l'environnement,<sup>8</sup> c'est un événement assez catastrophique — l'*Exxon Valdez* qui s'est échoué en 1989 et la marée noire qu'il a causé — qui a vraiment stimulé les développements dans ce domaine, en particulier au plan méthodologique.<sup>9</sup> En effet, une des évaluations plus connues est encore celle réalisée après la catastrophe de l'*Exxon Valdez* qui, à l'aide d'une technique relativement controversée à ce moment-là — l'évaluation contingente — a estimé que les pertes environnementales atteignaient au moins 2,8 milliards de dollars (US).<sup>10</sup>

Un autre important coup de pouce à l'évaluation environnementale s'est produit vers la fin des années 1990 grâce à l'émergence du paradigme des [traduction] « services écosystémiques »,<sup>11</sup> maintenant couramment associé à l'*Évaluation des écosystèmes pour le millénaire* (EM) publiée en 2005 par l'ONU<sup>12</sup> dans laquelle l'environnement naturel est décrit comme un capital (c'est-à-dire le capital naturel) qui produit un flux (en grande

---

<sup>5</sup> Certaines sections de la présente partie reposent sur Martin ZP Olszynski, « Environmental Damages after the Federal *Environmental Enforcement Act*: Bringing Ecosystem Services to Canadian Environmental Law? » (2012) 50:1 Osgoode Hall LJ 129.

<sup>6</sup> Wiktor L Adamowicz, « What's it worth? An examination of historical trends and future directions in environmental valuation » (2004) 48:4 *Austl J of Agric Resource Econ* 419.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Voir par exemple Keith H Hirokawa. « Disasters and Ecosystem Services Deprivation: From Cuyahoga to the Deepwater Horizon » (2011) 74:1 *Alb L Rev* 547, [traduction] « L'idée que les catastrophes favorisent la modification du droit de l'environnement est bien établie ... Les catastrophes fournissent un point de référence important et continu car elles nous obligent à revoir nos perceptions à l'égard de la valeur de la nature et des processus naturels. »

<sup>9</sup> Adamowicz, *supra* note 6, p 423.

<sup>10</sup> Richard T Carson et al, « Contingent Valuation and Lost Passive Use: Damages from the Exxon Valdez Oil Spill » (2003) 25:3 *Envtl & Resource Econ* pages 257-278.

<sup>11</sup> Gretchen Daily, *Nature's Services: Societal Dependence on Natural Ecosystems* (Washington, DC : Island Press, 1997) est généralement considéré comme l'ouvrage « d'avant-garde » dans le domaine de la recherche et de la théorie sur les services écosystémiques.

<sup>12</sup> Voir en ligne : ME <<http://www.maweb.org/fr/index.aspx>>.

partie gratuit) de biens et de services, notamment la purification de l'eau, la régulation du climat, l'atténuation des inondations, etc.<sup>13</sup> Bien qu'il serait difficile d'exagérer le caractère unique de la notion des services écosystémiques et son succès sans précédent pour promouvoir la compréhension sociale à l'égard des nombreuses contributions apportées par le fonctionnement des écosystèmes<sup>14</sup> à la prospérité et à la santé humaines, la transposition de ces avantages en valeur monétaire demeure un exercice d'évaluation environnementale qui stimule la recherche dans ce domaine.

Plusieurs études canadiennes ont maintenant évalué la valeur économique de l'environnement naturel. L'une des premières études réalisées fut celle de Nancy Olewiler, professeure à Simon Fraser, qui a évalué en 2004 que la valeur annuelle des 40 000 hectares de zones humides de la vallée du fleuve Fraser était de 231,7 millions de dollars (CAN), en grande partie en raison des services rendus dans le domaine du [traduction] « traitement des déchets » (en particulier l'absorption de l'azote et du phosphore générés par l'agriculture).<sup>15</sup> Plus récemment, des organisations gouvernementales et non gouvernementales (ONG) ont commandé des rapports d'évaluation sur divers écosystèmes (voir le tableau 1).

---

<sup>13</sup> La ME a adopté une définition large des services écosystémiques ([traduction] « les avantages que l'homme tire des écosystèmes »), qui sont divisés en quatre catégories : [traduction] « Les services d'approvisionnement sont les produits que les gens obtiennent des écosystèmes, notamment la nourriture, le carburant, les fibres, l'eau douce et les ressources génétiques. Les services de régulation sont les avantages de gens tirent de la régulation exercée par les processus des écosystèmes, notamment le maintien de la qualité de l'air ... et la purification de l'eau. Les services de culture sont les avantages non matériels que les gens tirent des écosystèmes par l'enrichissement spirituel, le développement cognitif, et les expériences liées à la réflexion, aux loisirs et à l'esthétique. Les services d'entretien sont ceux qui sont nécessaires à la production de tous les autres services écosystémiques, tels que la production primaire, la production de l'oxygène et la formation du sol. » Voir ME, *Évaluation des écosystèmes pour le millénaire*, vol 1 (Washington, DC : Island Press, 2005) p 29.

<sup>14</sup> Voir Olszynski, *supra* note 5, pages 134-135 et note de bas de page 38.

<sup>15</sup> Nancy Olewiler, *The Value of Natural Capital in Settled Areas of Canada* (Toronto : Nature Conservancy of Canada, 2004).

**Tableau 1 : Récentes études d'évaluation au Canada**

Objet de l'étude	Commandée par	Évaluation (CAN)
Région du Mackenzie, T.N.-O.	Initiative boréale canadienne (2009)	\$570,6 milliards\$/année <sup>16</sup>
Rivière Credit, ON	Institut Pembina et Office de protection de la nature de Credit Valley (2009))	371 millions \$/année <sup>17</sup>
Vallée du bas Fraser, C.-B.	Pacific Parklands Foundation (2010)	5,4 milliards \$/année <sup>18</sup>
Ours polaires	Environnement Canada (2011)	6 milliards \$/année <sup>19</sup>
Mammifères marins (y compris les bélugas)	Pêches et Océans Canada (2012)	962 millions \$/année <sup>20</sup>
Parc national du Canada des Mille-Îles	Statistique Canada (2013)	12,5 millions \$/année <sup>21</sup>

## B. Récents changements aux lois canadiennes sur l'environnement

Comme on pouvait s'y attendre, la reconnaissance croissante de la société à l'égard de la [traduction] « valeur réelle de la nature »<sup>22</sup> se reflète dans les lois canadiennes sur l'environnement. Le changement le plus important à cet égard est probablement l'adoption en 2009 par le gouvernement fédéral de la *Loi sur le contrôle de l'application*

<sup>16</sup> Mark Alnielski et Sara Wilson, *La richesse réelle de la région du Mackenzie* (Ottawa : Initiative boréale canadienne, 2009), en ligne : <<http://www.borealcanada.ca>>.

<sup>17</sup> Mike Kennedy et Jeff Wilson, *Natural Credit: Estimating the Value of Natural Capital in the Credit River Watershed* (Drayton Valley : Institut Pembina et Office de protection de la nature de Credit Valley, 2009), en ligne : Pembina Institute <<http://www.pembina.org>>.

<sup>18</sup> Sara J Wilson, *Natural Capital in BC's Lower Mainland: Valuing the Benefits from Nature* (Vancouver : David Suzuki Foundation, novembre 2010), en ligne : David Suzuki Foundation <<http://www.davidsuzuki.org/publications/reports/2010/natural-capital-in-bcs-lower-mainland/>>.

<sup>19</sup> ÉcoRessources Consultants, *Évidences de l'importance socio-économique des ours polaires pour le Canada* (Ottawa : Environnement Canada, 2011), en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/fra/397581/publication.html>>.

<sup>20</sup> PC Boxall et al, « Analysis of the economic benefits associated with the recovery of threatened marine mammal species in the Canadian St Lawrence Estuary » (2012) 36 Marine Policy pages 189-197.

<sup>21</sup> Statistique Canada, *L'activité humaine et l'environnement, mesure des biens et services écosystémiques au Canada* (Ottawa : ministre de l'Industrie, 2013), disponible à : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/16-201-x/16-201-x2013000-fra.htm>>.

<sup>22</sup> ME, *Vivre au-dessus de nos moyens : Actifs naturels et bien-être humain, déclaration du Conseil d'administration* (Washington, DC : Déclaration du Conseil d'administration de ME, 2005) p 5, en ligne : ME <<http://www.maweb.org/fr/BoardStatement.aspx>>.

des lois environnementales.<sup>23</sup> La LCALE a modifié — en uniformisant dans une large mesure, les dispositions relatives à la détermination de la peine dans neuf lois fédérales sur l'environnement : la *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*;<sup>24</sup> la *Loi sur les aires marines de conservation du Canada*;<sup>25</sup> la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*;<sup>26</sup> la *Loi sur les espèces sauvages au Canada*;<sup>27</sup> la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999* (LCPE, 1999);<sup>28</sup> la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*;<sup>29</sup> la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs, 1994* (LCOM);<sup>30</sup> la *Loi sur le parc marin du Saguenay – Saint-Laurent*;<sup>31</sup> la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial* (WAPPRIITA).<sup>32</sup>

Bien que la LCPE, 1999, la LCOM, 1994 et la WAPPRIITA sont de loin les lois fédérales environnementales les plus souvent appliquées parmi toutes les lois modifiées par la LCALE,<sup>33</sup> les nouvelles dispositions en matière de peine ont récemment été considérées en profondeur dans *R. v. Decker* (2013)<sup>34</sup> dans ce qui semble être la première peine prononcée pour une infraction à la LPNC.<sup>35</sup> Dans cette affaire, l'accusé a été reconnu coupable de quatre infractions après avoir circulé avec un véhicule tout-terrain et un véhicule à moteur dans le parc national du Canada du Gros-Morne hors des routes et sans permis à l'encontre des paragraphes 3(1) et 4(2) du *Règlement sur la circulation*

---

<sup>23</sup> LC 2009, c 14 [LCALE]. Pour obtenir un aperçu de la LCALE, voir Olszynski, *supra* note 5, pages 156-160; Penny Becklumb, *Résumé législatif du projet de loi C-16 : Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales* (Ottawa : Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaires, 2009); Environnement Canada, *Historique de la Loi sur le contrôle d'application de lois environnementales* (LCALE) (3 mars 2009), en ligne : Environnement Canada <<http://www.ec.gc.ca>>.

<sup>24</sup> SC 2003, c 20 [LPEA].

<sup>25</sup> SC 2002, c 18 [LAMCC].

<sup>26</sup> SC 2000, c 32 [LPNC].

<sup>27</sup> RSC 1985, c W-9 [LEP].

<sup>28</sup> SC 1999, c 33 [LCEP, 1999].

<sup>29</sup> RSC 1985, c I-20 [LOACEI].

<sup>30</sup> SC 1994, c 22 [LCOM, 1994].

<sup>31</sup> SC 1997, c 37 [LPMSS].

<sup>32</sup> SC 1992, c 52 [WAPPRIITA].

<sup>33</sup> Voir *Notifications d'application de la loi* d'Environnement Canada en ligne à : <<http://www.ec.gc.ca/alef-ewe/default.asp?lang=Fr&n=8F711F37-1>>, pour connaître les plus récentes mesures d'application de la LCPE, 1999 et de la WAPPRIITA. Il convient également de noter que la LCALE n'a pas modifié la *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, qui est de loin la loi environnementale fédérale la plus souvent appliquée (surtout les articles 35 et 36). La *Loi sur les pêches* a été récemment modifiée afin de refléter le régime de peine renforcé mis en place par la LCALE, mais elle ne contient pas les mêmes dispositions détaillées en matière d'imposition de la peine, y compris la définition du dommage environnemental.

<sup>34</sup> CanLII 58688 (NL PC) [*Decker*].

<sup>35</sup> *Ibid*, para 23.

routière dans les parcs nationaux<sup>36</sup> et avoir enlevé de la flore (matières naturelles) du parc, à l'encontre de l'article 10 du *Règlement général sur les parcs nationaux*.<sup>37</sup>

Le tribunal a fait état en détail du nouveau régime de peines qui, comme indiqué ci-dessus, est plus ou moins le même dans toutes les lois mentionnées (tout en étant adapté au contexte de chaque loi) :

[Traduction]

La [LPNC] exige que le juge qui impose la peine examine les principes de détermination de la peine énoncés dans les articles 718.1 à 718.21 du *Code criminel* et un certain nombre de principes et facteurs applicables plus particulièrement aux infractions commises à l'encontre de la [LPNC].

Article 27.6 ... énonce l'objectif premier de la détermination de la peine pour ces types d'infraction ...

... contribuer au respect des lois visant la création et la protection des parcs par la détermination de sanctions justes visant ce qui suit

(a) *dissuader le contrevenant et toute autre personne de commettre des infractions à la présente loi;*

(b) dénoncer les comportements illégaux qui causent des dommages ou des risques de dommages aux parcs;

(c) *rétablir les ressources des parcs.*

Paragraphe 27.7(1) ... précise qu'en plus des principes et des facteurs énoncés dans le *Code criminel*, le tribunal tient compte des principes suivants au moment de déterminer une peine pour des infractions à la LPNC :

(a) le montant de l'amende devrait être majoré en fonction des circonstances aggravantes de l'infraction, notamment celles énoncées au paragraphe (2);

(b) le montant de l'amende devrait refléter la gravité de chacune des circonstances aggravantes de l'infraction.

Paragraphe 27.7(2) ... décrit des circonstances aggravantes qui ont une incidence sur la peine imposée :

(a) *l'infraction a causé un dommage ou un risque de dommage aux ressources d'un parc;*

(b) *l'infraction a causé un dommage ou un risque de dommage aux ressources uniques, rares, particulièrement importantes ou vulnérables d'un parc;*

(c) *l'infraction a causé un dommage considérable, persistant ou irréparable;*

(d) le contrevenant a agi de façon intentionnelle ou insouciant;

---

<sup>36</sup> CRC, c 1126.

<sup>37</sup> DORS 78-213.



(e) le contrevenant a omis de prendre des mesures raisonnables pour empêcher ... l'infraction ...;

(f) le contrevenant ... a accru ses revenus ou a réduit ses dépenses, ou avait l'intention de le faire;

(g) le contrevenant a commis l'infraction bien qu'il ait reçu un avertissement;

(h) le contrevenant a dans le passé accompli des actes contraires ...;

(i) le contrevenant, après avoir commis l'infraction : (i) a tenté de dissimuler sa perpétration, (ii) a omis de prendre rapidement des mesures afin d'empêcher ou d'atténuer les conséquences de l'infraction, ou encore d'y remédier, (iii) a omis de prendre rapidement des mesures pour réduire le risque que des infractions semblables soient commises.

Paragraphe 27.7(4) ... précise que le « *dommage* » comprend la « *perte des valeurs d'usage et de non-usage* ». <sup>38</sup>

Pour ceux qui connaissent la jurisprudence canadienne touchant les peines liées aux infractions aux lois environnementales, il devrait être clair que ces dispositions constituent en grande partie la codification des facteurs énoncés dans *United Keno Hill Mines*, bien que légèrement modifiés — le plus important étant l'inclusion des termes économiques « *perte des valeurs d'usage et de non-usage* » dans la définition du « *dommage* » (au sens des facteurs (a) à (c)).

Bien que la preuve dans *R. v. Decker* n'a pas permis au tribunal de tenir compte de ces facteurs de manière détaillée, <sup>39</sup> ils ne sont pas sans précédent dans le droit canadien de l'environnement. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de les examiner dans le contexte de la responsabilité civile dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd. (Canfor)*. <sup>40</sup> Dans ce cas, la société accusée a été jugée responsable d'avoir omis par négligence d'éteindre un contre-feu. La Couronne provinciale a demandé des dommages commerciaux et une indemnisation pour le dommage environnemental en précisant plusieurs composantes de cette perte :

La « *valeur de jouissance* » inclut les services fournis aux humains par l'écosystème, notamment les sources de nourriture, la qualité de l'eau et les possibilités récréotouristiques. Même si le public n'a pas à payer pour ces services, il est possible de mesurer leur valeur économique en observant le prix que paie le public pour des services comparables sur le marché ...

La « *valeur de jouissance passive ou d'existence* » reconnaît qu'un membre du public peut être disposé à payer un prix pour la protection d'une ressource naturelle, même s'il ne l'utilise jamais directement. Elle comprend tant l'avantage psychologique pour le public de savoir que la

<sup>38</sup> *Decker*, *supra* note 34, paras 10 à 15 [italiques ajoutées].

<sup>39</sup> *Ibid*, para 26. La Cour constate, en revanche, un cas où d'importants dommages ont été causés par les véhicules tout terrain; voir *R v Lambe*, 2000 NFCA 23 (CanLII).

<sup>40</sup> 2004 CSC 38, 2 RCS 74 [*Canfor*].

ressource est protégée que la valeur qu'offre la possibilité d'en jouir ultérieurement. Une méthode de l'analyse économique appelée « évaluation contingente » utilise la technique des enquêtes pour chercher à mesurer ce que le public serait prêt à payer pour préserver ces avantages. [souligné dans l'original].<sup>41</sup>

Toutefois, dans *Canfor*, la Couronne n'a présenté aucune preuve de cette perte. Par conséquent, alors que la Cour a abordé de manière plus détaillée les méthodes qui pourraient s'appliquer dans ce contexte,<sup>42</sup> elle a finalement rejeté cette partie de la demande.<sup>43</sup> Nous considérons les concepts, les principes et les méthodes de base de l'évaluation environnementale dans la Partie III. La partie suivante examine en détail le cadre juridique applicable à l'examen du dommage environnemental dans la détermination de la peine.

## **PARTIE II : CADRE JURIDIQUE DE L'ÉVALUATION ET DE LA QUANTIFICATION DU DOMMAGE AFIN DE DÉTERMINER LA PEINE**

Alors que la décision de la Cour suprême dans *Canfor* (et en particulier sa disposition relativement favorable aux concepts et aux méthodes de l'évaluation environnementale)<sup>44</sup> constitue clairement un précédent pertinent, l'évaluation et la quantification du dommage à l'environnement ou du préjudice (ces deux termes utilisés de façon interchangeable dans le présent document) dans la détermination de la peine diffèrent au moins deux manières fondamentales par rapport au contexte de la responsabilité délictuelle : le genre de préjudice considéré; et le fardeau de la preuve applicable.

### **A. Trois types de dommage : réel, éventuel particulier et éventuel général**

Maintenant, il est probablement fréquent d'affirmer que, dans le cas des peines liées à des infractions environnementales, les dommages *réels et éventuels* sont importants. Comme Stuart J. l'a précisé dans *United Keno Hill Mines*,

[Traduction]

*Importance du préjudice.* Les pénalités devraient refléter l'ampleur du dommage subi ... Si le dommage est irréparable, grand, persistant ou qu'il a de nombreux effets indésirables consécutifs, la peine doit être sévère. *Dans certains cas, il faut considérer non seulement le dommage réel, mais aussi le dommage éventuel qui pourrait découler des activités du pollueur.*<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> *Ibid*, para 138. Ces termes sont expliqués de manière plus détaillée dans la Partie III.

<sup>42</sup> *Ibid*, paras 142-143.

<sup>43</sup> *Ibid*, para 153.

<sup>44</sup> *Supra* note 42.

<sup>45</sup> *United Keno Hill Mines*, *supra* note 1, para 13.

Au fil du temps, et apparemment en raison de l'importance croissante accordée par les tribunaux canadiens à la dissuasion — particulière ou générale,<sup>46</sup> la considération du dommage éventuel a également adoptée les dimensions générales et particulières. Dans le cas relativement récent *R. v. Northwest Territories Power Corporation* (2011), le tribunal a cité avec approbation plusieurs décisions non publiées afin d'expliquer cette relation :

[Traduction]

Comme il est mentionné dans *R. v. Shamrock*, une cause non publiée entendue par un tribunal des infractions provinciales le 13 février 1989, page 7 :

Si les infractions contre le bien-être public sont « préventives » et que leur but est de fixer des normes élevées, *aucun dommage réel ne devrait être nécessaire pour imposer des sanctions importantes. Le degré de risque ou de dommage éventuel inhérent à l'activité devrait être le critère principal pour imposer une sanction sévère*, et le dommage réel être une circonstance aggravante ...

La question des dommages éventuels par rapport aux dommages réels a également été examinée par la Cour de justice du Nunavut dans l'affaire *R. v. City of Iqaluit*, décision non publiée du 8 août 2002 :

[6] Il n'y a aucun élément de preuve en l'espèce que le déversement d'eaux usées ait entraîné la mortalité massive de poissons ou d'autres signes facilement reconnaissables d'une dégradation de l'environnement. Cependant, le fondement de cette infraction est le dommage éventuel à l'environnement. Lorsque des dommages réels sont prouvés, ceux-ci sont des facteurs aggravants susceptibles d'augmenter la peine qui s'appliquerait autrement ...

Plusieurs cas ont mentionné que la dissuasion est le plus important facteur dans la détermination de la peine dans le cas d'infractions environnementales. Si les objectifs dans ces cas sont « de diminuer, d'atténuer et de prévenir », comme on le mentionne dans l'introduction, *alors une sanction qui dissuade un contrevenant en particulier, et d'autres contrevenants possibles, de commettre des infractions est nécessaire pour atteindre le dernier de ces objectifs.*<sup>47</sup>

En ce qui a trait aux dommages éventuels (risque de dommages) *propres à l'infraction* examinée par le tribunal, la décision *R. v. Terroco Industries Limited*<sup>48</sup> est peut-être la plus révélatrice :

[Traduction]

Plus le dommage éventuel est grand, plus la peine doit être importante. Le dommage éventuel repose sur la probabilité du risque, la nature du produit, l'ampleur probable des dommages si le

---

<sup>46</sup> *Northwest Territories Power Corporation*, *supra* note 3, para 24 : [traduction] « Dans la détermination de la peine, le principe de la dissuasion repose sur un modèle qui prévoit une punition qui dissuadera le contrevenant de répéter l'infraction (effet dissuasif particulier) et assez sévère pour dissuader d'autres personnes qui sont dans une situation semblable de commettre l'infraction pour éviter de se voir imposer la même peine (dissuasion générale). » Voir aussi Elaine L Hughes et Larry A Reynolds, « Creative Sentencing and Environmental Protection » (2009) 19:2 J Envtl L & Prac 105 à la p 108.

<sup>47</sup> *Northwest Territories Power Corporation*, *supra* note 3, paras 39-42.

<sup>48</sup> 2005 ABCA 141.

risque se concrétise et la sensibilité du site, notamment sa proximité avec la population et les milieux fragiles [citations omises] ... Lorsqu'un dommage éventuel est évité grâce à des circonstances aléatoires, ce dommage éventuel est un facteur pertinent.<sup>49</sup>

Ainsi, le risque de dommage propre à l'infraction semble surtout lié à des facteurs intermédiaires aléatoires, ou au moins à des facteurs qui ne sont pas attribuables à la diligence raisonnable du défendeur, mais sans lesquels le dommage environnemental réel aurait probablement été plus important. Si on revient à *Decker*, on peut penser que M. Decker n'a évité que de justesse, et par chance, une flore rare ou particulièrement unique de la région où l'infraction s'est produite. Ce risque précis de dommage semble également être délimité; il s'agit du risque de dommage environnemental à cet endroit et dans des conditions essentiellement semblables au moment de l'infraction.

En ce qui a trait au dommage éventuel (risque de dommages) touchant une collectivité réglementée de manière plus générale, deux décisions rendues en vertu de la LCOM, 1994, offrent de bons exemples. Dans *R. v. Carriere*,<sup>50</sup> les accusés ont été reconnus coupables d'infractions liées à la capture illégale d'environ 170 oiseaux. La Cour a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

Les actes commis par l'accusé n'ont eu aucun impact important sur les populations de canards du marais Cumberland ou du continent nord-américain dans son ensemble. Mais cela ne règle pas la question. L'alinéa 13(4.1)a) de la [LCOM 1994] parle non seulement de « dommage », mais également du « risque de dommage ». Je suis d'avis que, tandis que le dommage réel causé par l'accusé à Mistik Lodge était faible, *le risque de dommage était beaucoup plus grand.*

La santé durable de la population de canards sauvages d'Amérique du Nord dépend de la coopération des gouvernements et de la population des trois différents pays ... Cette coopération ne se limite pas seulement à la réglementation de la chasse sportive, mais la réglementation de la chasse sportive est essentielle au maintien des populations de canards. Lorsqu'on voit des bandes de plus de mille canards, il peut penser qu'il est impossible que ces populations puissent être affaiblies simplement par la chasse. Mais les chasseurs de canards, en particulier les chasseurs sportifs, ont la capacité d'exercer une pression énorme. Si chaque chasseur était d'avis qu'il peut doubler sa limite légale de prises, la chasse annuelle pourrait se traduire par 30 millions de canards tués. Les canards pourraient peut-être tolérer cette pression pendant une courte période. Toutefois, comme les exemples de la tourte voyageuse et de la grue blanche le montrent, une chasse excessive soutenue entraînerait vraisemblablement la dévastation.<sup>51</sup>

Cette approche a été citée avec approbation dans relativement célèbre poursuite contre *Synchrude* (bien qu'au cours de l'examen de la diligence raisonnable) :

[Traduction]

Je ne crois pas que le nombre de canards morts le 28 avril 2008, ou autour de cette date, dans le

---

<sup>49</sup> *Ibid*, para 48, récemment citée avec l'approbation de *Zellstoff*, *supra* note 3 [italiques ajoutées].

<sup>50</sup> 2005 SKPC 84, 272 Sask R 13 [*Carriere*].

<sup>51</sup> *Ibid*, paras 45-46.

bassin de sédimentation d'Aurora ait eu un impact important sur l'ensemble des populations des canards et qu'il peut s'agir d'un petit nombre par rapport aux pertes imputables à la chasse ou au total des pertes causées dans les milieux industriels ... Toutefois, il est important de rappeler le but des lois provinciales et fédérales. Les lois visent respectivement à protéger l'environnement et à maintenir des populations d'oiseaux migrateurs. Comme dans la plupart des infractions réglementaires, les lois ne visent pas seulement les résultats directs et immédiats du comportement interdit, mais également les dommages qui pourraient découler de ce comportement à grande échelle. Voir par exemple : *R. v. Carriere* ...<sup>52</sup>

Ainsi, l'analyse générale du risque de dommage tente de transposer la conduite du contrevenant à l'ensemble de la collectivité réglementée. Dans *Carriere*, cela signifiait les autres chasseurs sportifs. Dans *Synchrude*, la Cour semble penser aux autres exploitants de sables bitumineux, ou du moins à ceux dont les activités entraînent la création de bassins de décantation. Dans certains cas du moins, le régime législatif ou réglementaire applicable définira la collectivité visée, par exemple dans le cas des infractions au *Règlement sur les effluents des mines de métaux*,<sup>53</sup> la collectivité visée serait l'ensemble des activités minières assujetties à ce règlement. Alors, contrairement au risque précis de dommage, le risque général n'est pas propre à un endroit en particulier, mais il repose plutôt sur le patrimoine environnemental plus large.

Si l'on considère les deux types de risques (particulier et général), il serait peut-être utile de les exprimer en termes algébriques:

$$R = MP, \text{ où}$$

R = Risque de dommage (particulier ou général)

M = Magnitude du dommage

P = Probabilité que l'événement se produise

Cette formule capture la plupart des critères énoncés par la Cour dans l'arrêt *R. v. Terroco*, cité ci-dessus, quoique de manière plus générale (par exemple, elle peut s'appliquer non seulement aux « produits » mais également aux ouvrages ou activités qui ont un impact direct sur l'environnement). Bien qu'elle soit certainement plus complexe qu'on pourrait le croire à première vue (la magnitude et la probabilité pouvant être divisées en sous-composants), nous n'affirmons pas qu'une précision chirurgicale soit nécessaire pour étudier le risque de dommages — la jurisprudence existante n'appuie absolument pas une telle norme.

## **B. Le fardeau de la preuve : Au-delà de tout doute raisonnable**

Contrairement à la norme civile de la prépondérance des probabilités, il est également bien établi au Canada qu'un facteur aggravant doit être prouvé hors de tout doute

---

<sup>52</sup> *R v Synchrude Canada Ltd*, 2010 ABPC 229, 53 CELR (3d) 196, para 106.

<sup>53</sup> DORS/2002-222 [REMM].

raisonnable, et ce fardeau de la preuve peut créer certaines difficultés dans le contexte environnemental.

La récente décision *R. v. Zellstoff Celgar Limited Partnership* (2012)<sup>54</sup> illustre cette situation. Dans ce cas, la preuve du ministère public montrait que l'accusé avait déversé dans le fleuve Columbia près de 500 millions de litres d'effluents qui ne respectaient pas les exigences relatives au total des solides en suspension (TSS) et à la demande biochimique en oxygène (DBO), et dont certains n'avaient pas réussi l'essai de toxicité de 96 heures chez la truite arc-en-ciel.<sup>55</sup> Alors que la Cour a jugé que [traduction] « le fleuve Columbia doit être considéré une zone écologiquement sensible » et qu'il s'agit [traduction] « d'un fleuve poissonneux » dont « les habitants comprennent des espèces en voie de disparition »<sup>56</sup> et que le dommage causé par le déversement pouvait sembler évident,<sup>57</sup> la Cour a néanmoins conclu qu'en fait on ne lui avait présenté [traduction] « en l'espèce, aucune preuve d'un dommage pouvant être considéré comme un facteur aggravant pour la détermination de la sentence ».<sup>58</sup>

Il restait donc la question des dommages éventuels. Dans ce cas, la Cour a également conclu qu'elle avait [traduction] « un doute considérable relativement aux éventuels effets nuisibles des effluents déversés dans la rivière ... ou, dans l'affirmative, sur l'ampleur du risque. *Il est clair que la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable la présence des facteurs aggravants, et dans ce cas la Couronne ne s'est pas acquittée de ce fardeau* ».<sup>59</sup>

En termes simples, la Couronne doit présenter des éléments de preuve suffisants à l'égard des dommages pour que les tribunaux puissent tenir compte des facteurs aggravants dans la détermination d'une amende appropriée, un travail qui pose évidemment certaines difficultés conceptuelles supplémentaires à l'égard du risque de dommages (le risque spécifique, mais surtout le risque général). Bien sûr, cette difficulté (prouver l'existence d'un risque — qui est intrinsèquement incertain — hors de tout doute raisonnable) n'est pas réservée à l'approche basée sur l'évaluation environnementale, mais a été présente dans toutes les causes depuis *United Keno Hill Mines*.

Cette difficulté semble au moins quelque peu atténuée par l'adoption cohérente de la formule ci-dessus (R = MP) que l'on peut, comme mentionné ci-dessus, détailler en sous-composants. Ainsi, la magnitude du dommage (M) pourrait souvent être établie en fonction de l'ampleur ou du degré de l'impact (faible, modéré, élevé) et de la sensibilité d'un environnement (p. ex. une zone humide ou un marais d'un parc national) ou d'un

---

<sup>54</sup> *Zellstoff*, supra note 3.

<sup>55</sup> *Ibid*, para 43.

<sup>56</sup> *Ibid*, para 44.

<sup>57</sup> *Ibid*, para 45.

<sup>58</sup> *Ibid*.

<sup>59</sup> *Ibid*, paras 47-48.

actif dans un écosystème (p. ex. les oiseaux migrateurs), et de la perturbation (faible, modérée, élevée), comme le montre le tableau suivant :

**Tableau 2 : Magnitude du dommage selon l'impact et la sensibilité**

	Sensibilité de l'environnement ou de l'actif dans l'écosystème		
Impact	Élevée	Modérée	Faible
Élevé			
Modéré			
Faible			

Si l'on considère le risque général de dommages, le degré d'impact peut être détaillé selon la taille estimée de la collectivité réglementée (ce que le tribunal semble faire dans *R. v. Carriere*) : plus grande est la collectivité réglementée, plus grand est l'impact possible associé à un dommage même minime d'un point de vue individuel. Par exemple, si l'on considère la dissuasion générale dans le contexte d'une infraction au REMM, le nombre d'exploitants miniers au Canada pourrait certainement donner une idée de la magnitude du dommage éventuel.

De même, la probabilité que l'événement se produise (P) peut être décomposée en tranches : faible (0 à 30 %), modérée (30 à 60 %) et élevée (60 à 100 %). De manière générale, on s'attendrait à ce que la probabilité de dommages soit plus grande lors de l'évaluation d'un risque particulier plutôt que d'un risque général, surtout dans les cas où le dommage a été évité uniquement grâce à un événement fortuit. Dans ce dernier contexte, le ministère public pourrait peut-être appuyer son évaluation par des preuves axées sur les sciences humaines ou des statistiques sur le respect de la réglementation. Bien qu'aucun de ces outils ne permettraient de définir le risque avec exactitude, ils ajouteraient de la prévisibilité et de la transparence à un exercice qui — parfois réalisé dans des conditions assez floues — est associé depuis longtemps, et encore aujourd'hui, à la détermination de la peine.

En ce qui a trait plus particulièrement à l'évaluation environnementale, alors que les économistes de l'environnement admettraient eux-mêmes que les résultats qu'ils obtiennent sont souvent empreints d'incertitude, il serait utile de rappeler qu'un certain degré d'incertitude est endémique dans les domaines des sciences de l'environnement et du droit en général.<sup>60</sup> De plus, — et peut-être surtout — en incluant la « valeur de l'usage et du non-usage » dans la définition du « dommage », le Parlement a clairement établi

<sup>60</sup> Daniel Farber, « Building Bridges over Troubled Waters: Eco-pragmatism and the Environmental Prospect » (2003) 87:4 Minn L Rev 852 à la p 855.

que ce genre de preuve doit être considérée aux fins de la détermination des peines liées à des infractions environnementales.

(Pour consulter les parties III, IV et V, voir l'analyse associée au professeur Peter Boxall.)