

Rôle des tribunaux dans la conservation axée sur le marché

David W. Poulton

Symposium sur l'environnement au tribunal :
Questions liées à l'exécution des lois en matière
de protection de la faune canadienne

Les 2 et 3 mars 2018
Université de Calgary



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW

This project was undertaken with the financial support of:
Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



Environment and
Climate Change Canada

Environnement et
Changement climatique Canada

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Il y a quelque ironie à vouloir parler des instruments économiques liés la protection de l'environnement lors d'un symposium intitulé « L'environnement au tribunal » qui porte sur des questions d'application de la loi. L'ironie réside en ceci que ces instruments sont considérés comme une solution de rechange à la priorité accordée à l'application de la loi et au tribunal.

Au lieu de s'appuyer sur des sanctions juridiques strictes, ils tentent de modifier le comportement humain en faisant appel aux intérêts économiques personnels. Ils tentent d'internaliser plus de coûts environnementaux dans les décisions relatives aux ressources, changeant ainsi les moteurs économiques du développement et de l'exploitation. De différentes façons, ils créent de nouvelles responsabilités pour les nuisances écologiques et de nouveaux droits, parfois des droits de propriété, pour les biens environnementaux. Tout comme le droit des contrats et le droit des biens, le principal effet de ces instruments, lorsqu'ils fonctionnent correctement, provient d'une acceptation généralisée et d'une observation volontaire, les tribunaux et les sanctions apportant un simple soutien en coulisses.

Les lois sur la protection de la faune et de l'environnement, dans le cadre juridique classique, s'insèrent maladroitement dans le système judiciaire au sens large. Les principes liés à la propriété et au commerce veillent essentiellement à rendre les ressources disponibles à l'activité humaine. Ces principes sous-tendent un régime économique qui a rendu possibles des siècles de croissance sociale et qui façonne les attentes de tout un chacun relativement à la possibilité de se donner une vie prospère et utile. Les plus récentes lois portant sur la protection de l'environnement vont à l'encontre de cette tendance générale. Elles font de la protection de l'environnement un obstacle à la poursuite des intérêts économiques personnels, qui est autrement facilitée par nombre de principes juridiques. La nature contraire de cette protection établit une dichotomie entre économie et environnement, laquelle domine une grande partie du discours public, notamment les litiges touchant l'environnement.

Par contraste, la création d'instruments économiques axés sur le marché et liés à la protection de l'environnement vise à remonter le courant des forces économiques et à altérer les relations qu'elles créent afin de veiller à ce que les intérêts de l'environnement soient pris en compte dans l'élaboration de plans de vie et d'affaires, pour harmoniser l'économie et l'environnement, tous deux nécessaires et bénéfiques à la vie humaine.

Une grande part de la réflexion sur ces instruments provient des milieux universitaires et a été ensuite intégrée aux discussions politiques, et ce, à un rythme croissant. Un rapport récent indique qu'une centaine d'administrations dans le monde emploie des instruments de politique axés sur le marché pour la protection de la biodiversité¹.

Si les discussions politiques ont fait preuve de dynamisme, on n'a toutefois pas accordé autant d'attention à de tels instruments dans le droit législatif. Les composants et les fondements des programmes axés sur le marché, comme les servitudes de conservation ou les autorités responsables de l'aménagement, se trouvent bien dans certaines lois, mais celles-ci n'indiquent pas toujours avec clarté en quoi elles les intègrent dans le paysage politique. De même, on fait la promotion de plusieurs politiques environnementales axées sur le marché au moyen de structures

¹ Genevieve Bennett, Melissa Gallant et Kerry ten Kate, *State of Biodiversity Mitigation 2017: Markets and Compensation for Global Infrastructure Development*, Forest Trends, Washington, 2017, en ligne : <http://forest-trends.org/releases/p/sobm2017>.

réglementaires et de pouvoirs conçus à une époque où une telle intention était inconnue. C'est en examinant les nouveaux fondements des programmes axés sur le marché et le jumelage des compétences traditionnelles et des nouvelles initiatives économiques en matière d'environnement que les tribunaux sont susceptibles d'intervenir. En se penchant sur ces questions, les tribunaux pourraient contribuer à l'harmonisation des mesures incitatives économiques et environnementales, ou encore entraver cette orientation politique, et ce, sans avoir connaissance des répercussions.

Le présent document vise à revoir très brièvement certaines affaires auxquelles les tribunaux ont ajouté leur voix au débat en cette matière, ne serait-ce que par inadvertance, ainsi que certaines situations où ils ont abandonné, de façon anodine à mon avis, le domaine aux décideurs et aux organismes de réglementation. Le document aborde quatre différents instruments axés sur le marché de la politique environnementale.

Servitudes de conservation

Une servitude de conservation est un droit réel immobilier créé en vertu d'une loi. Ce qui la distingue grandement d'une servitude de common law, c'est qu'elle ne requiert pas de fonds dominant, bien qu'elle nécessite une partie de seconde part qualifiée qui reçoit la servitude et a l'autorité de la faire appliquer. Une servitude de conservation fournit un moyen par lequel un propriétaire foncier peut convenir de réaliser certaines activités ou certains aménagements, ou y renoncer, afin de préserver les caractéristiques naturelles et les fonctions écosystémiques du bien-fonds. La convention, lorsqu'elle est enregistrée, est rattachée au bien-fonds et contraignante pour les propriétaires suivants. Il s'agit donc d'un moyen notable de garantir des avantages environnementaux pour l'avenir, lesquels, importants en soi, peuvent aussi étayer d'autres politiques et programmes environnementaux axés sur le marché.

Presque toutes les administrations canadiennes disposent de lois prévoyant des servitudes de conservation, quoiqu'on les appelle parfois autrement, comme des conventions de conservation. En Alberta, cette loi est l'*Alberta Land Stewardship Act* (ALSA)², notamment les articles 28 à 35. L'article 29 se lit en partie ainsi :

29(1) Un propriétaire inscrit peut, par entente, accorder une servitude de conservation à une organisation qualifiée pour tout ou partie du bien-fonds et pour l'une ou plusieurs des fins suivantes :

- (a) La protection, la conservation et l'amélioration de l'environnement;
- (b) La protection, la conservation et l'amélioration de valeurs esthétiques ou pittoresques naturelles;
- (c) La protection, la conservation et l'amélioration de terres agricoles ou de terres à des fins agricoles. [TRADUCTION]

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a pu examiner cette disposition en l'affaire *The Nature Conservancy of Canada c. Waterton Land Trust Ltd*³. La partie défenderesse exploitait un ranch de bisons sur des terres qu'elle possédait près du parc national des Lacs-Waterton. Elle était censée accorder une servitude de conservation à Conservation de la nature Canada (CNC) selon

² SA 2009, ch. A-26.8.

³ 2014 ABQB 303.

laquelle le propriétaire n'utiliserait pas de « clôtures contre la faune » sur ses terres, entre autres restrictions. Il est probable que cela visait à conserver les déplacements de la faune sur le bien-fonds. Malheureusement, la forme et la mise en œuvre du document de servitude étaient frappées d'une multitude d'erreurs et de points de confusion. Le propriétaire a fait usage de clôtures auxquelles s'opposait CNC, qui a intenté un procès pour faire respecter les termes de la servitude. La partie défenderesse a intenté une contre-poursuite afin de faire déclarer invalide la servitude.

L'un des arguments de la partie défenderesse était que la servitude excédait les pouvoirs de la loi albertaine, compte tenu de la citation ci-dessus. Elle déclarait que la partie demanderesse devait prouver la validité de la servitude en faisant appel au témoignage d'experts afin d'établir l'objectif de la conservation et que son impossibilité à y parvenir faisait en sorte que la servitude n'était pas assujettie à la loi. La Cour, à son honneur, d'après moi, a écarté cet argument succinctement :

Je suis en désaccord avec ce qui se résume à une présomption d'invalidité. Je suis en désaccord qu'a priori, une servitude de conservation est inapplicable à moins que le cessionnaire ne démontre à l'aide de preuves scientifiques que la servitude de conservation, ou le mot précis utilisé, *accomplit* au moins l'un des objectifs définis par la loi pour que les législateurs créent des servitudes de conservation, maintenant établies dans l'ALSA. L'article 29 permet l'existence des servitudes de conservation lorsque le cédant se propose de réaliser l'un des objectifs indiqués pour la servitude de conservation. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'accomplissement de ces objectifs, ni la probabilité de les accomplir, ni la potentialité, ni même la possibilité de les accomplir. La condition préalable est que le cédant ait l'un de ces objectifs à l'esprit. Il y a plusieurs manières de prouver cette intention, tout particulièrement par inférence à partir de la formulation de la servitude de conservation. Dans le cas d'une servitude de conservation, il est normalement évident si les objectifs des cédants correspondaient à au moins l'un des objectifs de la loi⁴. [TRADUCTION]

La Cour, ailleurs dans son jugement, a noté l'intérêt public servi par les servitudes de conservation :

En renonçant à de tels droits de propriété à l'appui de restrictions visant la conservation, le propriétaire, de fait, les cède aux fins de conservation. Ainsi, les servitudes de conservation font en sorte que des capitaux privés de bienfaiteurs servent à l'intérêt public – notamment la protection, l'amélioration et la durabilité de l'environnement⁵. [TRADUCTION]

Bien qu'en l'espèce la servitude de conservation ait été jugée inapplicable pour d'autres motifs – le caractère vague du terme « clôtures contre la faune » –, l'interprétation libérale et téléologique de la disposition relative aux servitudes de conservation permettra de susciter la confiance à l'égard de cette importante politique de conservation.

⁴ *Ibid.*, par. 388 [les italiques se trouvent dans l'original].

⁵ *Ibid.*, par. 20.

Système d'échange de crédits au développement

Un système d'échange de crédits au développement est un outil de planification municipale qui permet de transférer les pressions du développement d'une zone qui suscite un vif intérêt sur le plan de la conservation à une zone qui suscite un intérêt moindre. Dans le cadre d'un tel système, une municipalité est appelée à désigner des zones de développement privilégiées (la parcelle réceptrice) ainsi que des zones privilégiées pour les usages à faible incidence et à faible densité de population, qui sont compatibles avec les objectifs de conservation compris de tous (la parcelle expéditrice). Des droits de développement sont octroyés pour les deux types de parcelles, mais les personnes qui souhaitent exploiter la parcelle réceptrice peuvent augmenter la densité des activités de développement en achetant des droits de développement de la parcelle expéditrice. Par conséquent, les propriétaires fonciers de la parcelle expéditrice qui souhaitent conserver leurs terres peuvent recevoir une certaine indemnisation pour les droits de développement auxquels ils renonceront. Les partisans de tels systèmes prétendent qu'ils favorisent ainsi une meilleure planification municipale, encouragent la conservation et assurent une répartition équitable des avantages économiques découlant du développement dans l'ensemble de la collectivité.

Dans l'affaire *Keller c. Municipal District of Bighorn No. 8*⁶, un propriétaire foncier a contesté le pouvoir de la municipalité de mettre en œuvre un système d'échange de crédits au développement. À l'époque où les responsables du plan d'aménagement de Bighorn ont adopté le système d'échange de crédits au développement en cause, il n'existait aucune disposition autorisant expressément de tels systèmes dans la législation albertaine, y compris la *Municipal Government Act*. Cependant, madame la juge Hunt Macdonald, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, n'a eu aucune difficulté à interpréter la question de la compétence dans la loi, en utilisant une « approche large et téléologique », comme suit :

En vertu du sous-alinéa 632a(ii), un plan municipal d'aménagement doit aborder les modalités du développement futur d'une municipalité. En vertu des sous-alinéas 632b(iii) et 632(3)b(vi), le plan peut traiter de questions environnementales et du développement physique, social et économique de la municipalité. Bien que la législation ne se réfère pas précisément à un système ECD, à mon avis, un tel système relève manifestement des pouvoirs de réglementation et de contrôle élargis accordés à la municipalité en vertu des dispositions de la *Municipal Government Act*. De même, l'alinéa 640(4)o accorde très clairement à la municipalité le pouvoir de prévoir la densité de la population dans son règlement sur l'utilisation des terres, et l'alinéa 633(2)a oblige une municipalité à aborder les questions d'aménagement du territoire et de densité de la population dans tout plan de structure local.⁷ [TRADUCTION]

Le requérant a invoqué un deuxième argument à l'encontre du système, en se fondant sur l'*Alberta Land Stewardship Act* (ALSA), qui avait été adoptée à la suite des règlements municipaux soulevés dans *Keller*. L'ALSA prévoyait expressément que les municipalités adoptent des systèmes d'échange de crédits au développement (article 48), mais exigeait aussi

⁶ 2010 ABQB 362.

⁷ *Ibid.*, par. 26.

que de tels systèmes soient approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Le requérant a soutenu que cette disposition devrait annuler les règlements administratifs de Bighorn, qui n'avaient pas été approuvés par le Cabinet. La Cour a toutefois conclu que l'ALSA n'avait pas d'effet rétroactif sur la validité des règlements administratifs adoptés avant son adoption⁸.

Encore une fois, dans ce cas, la Cour a adopté une approche large et téléologique et, en même temps, a renforcé la validité et la viabilité d'un important outil municipal pour la conservation axée sur le marché. Malheureusement, nous devons nous pencher ici sur une situation tout à fait contraire.

Droits liés aux biens environnementaux

L'un des éléments de la boîte à outils axée sur le marché est la création de droits de propriété sur les biens et les services environnementaux. Il s'agit là d'une façon d'éviter la « tragédie des biens communs », où les avantages découlant du comportement respectueux de l'environnement d'une personne sont engloutis par la collectivité élargie. Cela permet plutôt à la personne de conserver ces avantages pour son propre usage et encourage ainsi d'autres gestes responsables dans l'avenir. Le droit de propriété peut être rattaché à la ressource réelle conservée ou un crédit pour le geste bénéfique peut être obtenu. Par exemple, aux États-Unis, une personne peut obtenir un important crédit pour la création d'une terre humide, et conserver et utiliser ce crédit même après avoir transmis le titre au propriétaire de la zone humide même.

L'affaire *Water Conservation Trust of Canada c. Environmental Appeals Boards et al.*⁹ constitue un exemple de cette question. La Water Conservation Trust of Canada (WCTC) était un organisme à but non lucratif formé dans le but, entre autres, de détenir des permis d'utilisation des eaux en vue de préserver la santé de l'écosystème aquatique¹⁰. Un permis d'utilisation des eaux est le droit d'utiliser une quantité donnée d'eau (appartenant à la Couronne) dans un endroit donné. ConocoPhillips Canada détenait un permis d'utilisation des eaux à des fins industrielles déclarées sur un tronçon particulier de la rivière Red Deer, dans le sud de l'Alberta. En raison des efforts qu'elle avait déployés sur le plan de la conservation de l'eau, l'entreprise en est arrivée à la conclusion qu'elle n'avait plus besoin du permis d'utilisation des eaux, et a tenté de faire un don et de le transférer à la WCTC à des fins de conservation. La WCTC avait l'intention de détenir le permis, sécurisant le cours d'eau au bénéfice de l'environnement aquatique. Le transfert exigeait un changement du nom du titulaire du permis et de l'objectif déclaré, de « industriel » à « amélioration de l'habitat, gestion des loisirs, du poisson et de la faune et gestion de l'eau », ce qui nécessitait l'approbation de l'Alberta Environment and Sustainable Resource Development (AESRD), comme on l'appelait alors. Le directeur de l'AESRD a refusé le transfert. La WCTC a interjeté appel du refus auprès de l'Environmental Appeal Board (EAB), qui a recommandé qu'il soit maintenu. Cette décision a ensuite été portée en appel devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qui a statué que la décision de l'EAB était raisonnable et devait être maintenue.

⁸ *Ibid.*, art. 54-58.

⁹ 2015 ABQB 686.

¹⁰ Sur la nature et le rôle des fiducies des eaux, voir Arlene J. Kwasniak, « Quenching Instream Thirst: A Role for Water Trusts in the Prairie Provinces », *Journal of Environmental Law and Practice*, vol. 16, n° 3, 2006.

L'affaire portait sur plusieurs enjeux, dont la plupart ne sont pas abordés ici. Je me concentrerai donc sur la position adoptée par l'AESRD quant à savoir si la WCTC, en tant que partie privée, avait le droit de détenir un permis d'utilisation des eaux à des fins de conservation et sur le point de vue de l'EAB et de la Cour du Banc de la Reine sur cette affaire. Tout cela dépendait de l'interprétation de la relation entre deux parties visées par l'article 51 de la *Water Act* de l'Alberta.¹¹

Le paragraphe 51(1) habilite le directeur de l'AESRD à délivrer ou à refuser de délivrer un permis d'utilisation des eaux à toute personne qui présente une demande :

51(1) Le directeur peut, lorsqu'une demande est présentée par une personne en vertu de la présente loi, sous réserve du paragraphe (2) [...] (et d'autres dispositions non pertinentes ici)

- b) délivrer un permis à cette personne aux fins
 - (i) de détournement de l'eau, ou
 - (ii) d'exploitation d'un ouvrage,
 ou à toute fin précisée dans les règlements. [TRADUCTION]

Le règlement applicable est le *Water (Ministerial) Regulation*¹². L'article 11 énumère les objectifs admissibles pour lesquels un permis d'utilisation des eaux peut être délivré, y compris plusieurs objectifs apparents de conservation :

11 Un permis peut être délivré pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :
[...]

- h) la gestion du poisson;
- i) la gestion de la faune;
- j) la mise en œuvre d'un objectif de conservation de l'eau;
- k) l'amélioration de l'habitat;
- l) les loisirs;
- m) la gestion de l'eau;
- n) toute autre fin précisée par le directeur. [traduction]

Rappelons toutefois que le pouvoir de délivrer un permis à une personne pour l'une des fins énumérées est assujéti au paragraphe 51(2) de la *Water Act*, qui se lit comme suit :

51(2) À la demande du gouvernement, conformément à la présente loi, le directeur peut délivrer un permis au gouvernement, mais à nulle autre personne, ou il peut refuser de délivrer un permis :

- (a) aux fins de détournement de l'eau;
- (b) aux fins d'exploitation d'une œuvre, ou
- (c) pour fournir ou maintenir un débit d'eau ou les niveaux d'eau requis dans le but de mettre en œuvre un objectif de conservation de l'eau.

¹¹ RSA 2000, ch. W-3.

¹² Alta. Reg. 205/1998.

Par conséquent, la mise en œuvre d'un objectif de conservation de l'eau constitue un objectif qui peut engendrer la délivrance d'un permis d'utilisation des eaux à toute personne en vertu du paragraphe 51(1); toutefois, cela est réservé au gouvernement en vertu du paragraphe 51(2), qui la priorité. L'objectif de conservation de l'eau est un terme défini dans la loi :

1(hhh) « objectif de conservation de l'eau » désigne la quantité d'eau de qualité établie par le directeur en vertu de la partie 2, en se fondant sur les renseignements dont il dispose, quantité qui peut être requise pour :

- (i) la protection d'un plan d'eau naturel ou de son milieu aquatique, ou d'une partie d'entre eux,
- (ii) la protection du tourisme, des activités récréatives, du transport ou de l'assimilation des déchets liée à l'utilisation de l'eau,
- (iii) la gestion du poisson ou de la faune,

et peut inclure l'eau nécessaire pour le débit d'eau ou les exigences en matière de niveau d'eau¹³. [TRADUCTION]

En fait, un objectif de conservation de l'eau était en place au moment où ConocoPhillips cherchait à transférer son permis à la WCTC. L'une des questions clés soumise à l'AESRD, à l'EAB et à la Cour du Banc de la Reine était de savoir dans quelle mesure les permis réservés au gouvernement dans le cadre des objectifs de conservation de l'eau en vertu du paragraphe 51(2) monopolisaient le champ complet des utilisations de l'eau à des fins environnementales. Inversement, dans quelle mesure les parties privées de ConocoPhillips et la WCTC pouvaient-elles conserver le droit à l'avantage environnemental créé grâce aux efforts de ConocoPhillips pour conserver l'eau? La réponse fournie par les trois niveaux de pouvoir était décevante.

La position de l'AESRD a été résumée dans la décision de l'EAB :

Le directeur a déclaré que si l'eau est maintenue en circuit liquide à un certain débit aux fins de conservation, alors l'eau n'est pas disponible à d'autres fins, qui sont généralement économiques. Le directeur a également déclaré que le gouvernement est le mieux placé pour consulter le public et évaluer les coûts d'opportunité et les implications plus larges de conserver l'eau en circuit liquide plutôt que de l'utiliser à d'autres fins. Le directeur a expliqué que l'élaboration d'un objectif de conservation de l'eau nécessite : 1) la création d'un équilibre entre les facteurs sociaux, économiques et environnementaux; 2) l'examen des valeurs changeantes de l'utilisation de l'eau et la résolution de la pénurie d'eau; 3) la création d'un équilibre entre la protection de l'environnement aquatique et l'attribution de l'eau à des fins de consommation¹⁴. [TRADUCTION]

En résumé, la conservation de l'eau dans les cours d'eau pour des raisons environnementales relève uniquement du gouvernement et ne peut être confiée à des parties privées. Cette position a été acceptée plus ou moins sans réserve par l'EAB et la Cour du Banc de la Reine. La

¹³ *Water Act*, par. 1(hhh).

¹⁴ *Water Conservation Trust of Canada c. Director, Central Region, Operations Division, Alberta Environment and Sustainable Resource Development* (8 mars 2013), appel n° 10-056-R (A.E.A.B.), par 58.

suggestion était que les économies générées par les mesures de conservation de l'eau de ConocoPhillips, motivées par la responsabilité environnementale, devaient être réaffectées à d'autres utilisations industrielles. Leur intérêt et l'intérêt de leur donataire, la WCTC, devaient être remis en cause, ce qui est tout à fait contraire à la tendance du marché à établir des droits exécutoires sur les biens et services environnementaux.

Par ailleurs, cette conclusion aurait pu être évitée. La WCTC a soutenu que les autres raisons énumérées pour les permis d'exploitation d'eau privés – gestion du poisson et de la faune, amélioration de l'habitat, loisirs, etc. – pourraient expliquer la possession du permis par la WCTC. Elle a également attiré l'attention sur le libellé au début du paragraphe 51(2), « À la demande du gouvernement ». Aucune demande n'a été présentée par le gouvernement, de sorte que la mise en application du paragraphe 51(2) n'a pas été déclenchée, laissant l'ensemble du paragraphe 51(1) en plan. Ces deux arguments ont été sommairement rejetés par l'AEAB et la Cour du Banc de la Reine.

La position de la WCTC dans cette affaire n'est pas dépourvue de défis. Il est regrettable, cependant, que l'occasion de gérer l'eau en question ait été perdue pour devenir une position politique qui nie que les parties privées puissent être de bons intendants et, par conséquent, avoir des droits exécutoires. On a ainsi manqué une occasion de faire progresser la réflexion en accord avec la conservation axée sur le marché.

Compensations de conservation

Le plus souvent, les politiques relatives à la conservation axée sur le marché influent sur les décisions et le développement dans le cadre du processus de réglementation. Par conséquent, elles peuvent être présentées devant un tribunal en tant que problème de l'étendue des compétences d'un décideur réglementaire. Encore une fois, à ce stade, un tribunal peut faciliter l'innovation dans une direction axée sur le marché ou l'inhiber, ou même l'empêcher de poursuivre ses activités.

Sur ce point, je me concentrerai sur le moyen d'intervention de la compensation. La compensation accorde le droit de développer ou d'utiliser une ressource, et de créer ainsi une perte environnementale, à condition de créer une amélioration environnementale équivalente à la perte, dans le but de ne laisser aucune perte nette aux valeurs environnementales en question. Longtemps utilisée comme un outil pour les émissions de carbone, la compensation pour l'habitat et la biodiversité figure maintenant dans les programmes de 99 pays et attire de plus en plus l'attention des décideurs politiques canadiens. Le programme de compensation fédéral le plus connu au Canada est sûrement le programme fédéral de compensation pour les dommages graves aux poissons (modification, perturbation ou destruction de l'habitat du poisson). En ce qui concerne une autre ressource, l'Alberta est l'une des provinces qui utilisent la compensation comme outil de conservation des terres humides¹⁵.

¹⁵ Pour un compte rendu récent des programmes fédéraux et provinciaux de compensation des terres humides, voir David W. Poulton et Anne Bell, *Navigating the Swamp: Lessons on Wetland Offsetting for Ontario*, Ontario Nature, Toronto, 2017, en ligne : https://www.ontarionature.org/discover/resources/PDFs/reports/wetlands_report_Final_Web.pdf.

La compensation s'appuie sur un mécanisme des prix pour encourager la gérance environnementale. En exigeant qu'un promoteur de développement assume le coût de remplacement des composantes environnementales et des valeurs qu'il envisage de dégrader ou de détruire. Il a donc intérêt à minimiser cette perte et à l'éloigner des éléments environnementaux de grande valeur.

Cependant, il y a très peu de dispositions dans la loi canadienne qui autorisent ou exigent explicitement la compensation. Une exception notable est la *Water Sustainability Act*¹⁶ de la Colombie-Britannique, qui comprend la disposition suivante :

16(2) Si le décideur estime que les [impacts négatifs] ne peuvent être réduits ou ne peuvent pas être entièrement éliminés par des mesures d'atténuation proposées par le demandeur, mais qu'ils peuvent être compensés par d'autres mesures d'atténuation sur une autre partie du cours d'eau ou de l'aquifère que la partie concernée par la proposition, le décideur peut imposer [...] des modalités et conditions obligeant le demandeur à prendre des mesures d'atténuation compensatoires qui répondent aux critères prescrits, au lieu ou en complément des mesures d'atténuation proposées par le demandeur, sur une partie différente du cours d'eau ou de l'aquifère concerné par la demande.

(3) Avec le consentement du demandeur, les modalités ou les conditions d'une autorisation [...] peuvent exiger que le demandeur prenne des mesures d'atténuation compensatoires sur un cours d'eau ou un aquifère différent pour lequel la demande est faite¹⁷. [TRADUCTION]

En revanche, il est beaucoup plus courant que les exigences de compensation soient fondées sur la compétence générale d'un organisme de réglementation pour imposer des conditions environnementales au développement ou à l'utilisation de permis. Par exemple, la compensation fédérale de l'habitat du poisson est fondée sur l'article 35 de la *Loi sur les pêches*, qui se lit en partie comme suit :

35 (1) Il est interdit d'exploiter un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité entraînant des dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone, ou à tout poisson dont dépend une telle pêche.

(2) Il est permis d'exploiter un ouvrage ou une entreprise ou d'exercer une activité sans contrevenir au paragraphe (1) dans les cas suivants :

[...]

b) l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise ou l'exercice de l'activité est autorisé par le ministre et est conforme aux conditions que celui-ci établit¹⁸;

Aucune mention n'est faite sur la compensation dans cet article. Au contraire, il est implicitement considéré comme relevant du pouvoir discrétionnaire du régulateur d'imposer des

¹⁶ SBC 2014, ch. 15.

¹⁷ *Ibid.*, par. 16(2) et (3).

¹⁸ L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35.

conditions. Dans le cas du régime des pêches, il a soutenu un programme de compensation depuis la fin des années 1980 (bien que le libellé de l'article 35 ait été modifié de manière à ne pas être relié).

Dans le même ordre d'idées, la politique de compensation nouvelle et en développement de l'Alberta pour les terres humides repose sur les articles suivants de la *Water Act*¹⁹ :

36 (1) [...] il est interdit de commencer ou de poursuivre une activité (p. ex., modifier un plan d'eau, y compris une terre humide) sauf en vertu d'une approbation [...]

38 (3) Le directeur peut délivrer une approbation sous réserve des modalités et conditions qu'il estime appropriées. [TRADUCTION]

Encore une fois, le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions constitue la base des exigences de compensation. Des douzaines de ressources à l'échelle du Canada ont la même compétence pour imposer des conditions et, selon le libellé de chacune d'entre elles, pourraient servir de fondement à de nombreux programmes de compensation.

Bien que la jurisprudence ne doive pas être dissociée de l'absence de litige, le fait que la compétence pour imposer la compensation ait été si peu contestée malgré des années de fonctionnement des programmes de compensation peut être considéré comme une indication de l'acceptabilité générale de tels programmes. Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas être pressés de chercher à les limiter.

Conclusion

Les instruments de politique axés sur le marché jouent de plus en plus un rôle de premier plan dans la planification et la protection de l'environnement et des ressources. Ces programmes ne pourraient jamais être soumis à l'examen d'un tribunal dans leur intégralité, car ce n'est pas de l'ordre des instruments. Néanmoins, les composants ou les fondements pourraient faire l'objet d'un litige et pourraient être portés devant un tribunal sans que leur signification soit clairement indiquée dans le programme environnemental global.

Ce document aborde très brièvement quelques-uns des nombreux instruments environnementaux axés sur le marché. Il examine deux cas où d'importants éléments de conservation ont été contestés et où les tribunaux ont confirmé leur validité en adoptant une approche élargie et fondée sur l'interprétation. Il étudie également un cas où une approche malheureusement restrictive de la gestion des ressources a été acceptée. Enfin, il aborde la vaste étendue de la compétence de nombreux organismes de réglementation des ressources pour mettre en place des conditions sur les permis et comment ce processus a ouvert la porte à tout un éventail de programmes environnementaux, et ce, avec peu d'implication des tribunaux.

¹⁹ RSA 2000, ch. W-3.