

# HISTOIRE DE PRÉCAUTION : LES TRIBULATIONS DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Chris Tollefson\*  
Chaire Hakai, droit de l'environnement et durabilité  
Professeur de droit  
Directeur général, Environmental Law Centre  
Faculté de droit  
Université de Victoria  
ctollef@uvic.ca

\*L'auteur remercie Ethan Krindle (stagiaire en droit à l'ELC de l'Université de Victoria en 2012) pour ses travaux de recherche et de rédaction, ainsi que la Tula Foundation et l'Hakai Institute pour leur soutien constant.

Symposium  
L'environnement au tribunal : les principaux concepts relatifs à  
l'environnement et la nature unique des dommages à l'environnement  
Les 23 et 24 mars 2012  
Université de Calgary



This project was undertaken with the financial support of:



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



Tous droits réservés. Nulle partie de la présente communication ne peut être reproduite d'aucune manière ou avec aucun moyen que ce soit sans la permission écrite de l'éditeur : Institut canadien du droit des ressources, Murray Fraser Hall, Room 3353 (MFH 3353), Faculté de droit, Université de Calgary, Calgary, Alberta, Canada, T2N 1N4.

Droit d'auteur © 2012  
Canadian Institute of Resources Law  
Institut canadien du droit des ressources  
Faculté de droit  
Université de Calgary

Imprimé au Canada

## **I. INTRODUCTION**

L'importance de plus en plus grande qui est accordée au principe de précaution, tant à titre de concept juridique qu'à titre de politique publique, est à la source d'une attention hors du commun et de nombreux débats. Grand nombre de personnes considèrent que le principe de précaution constitue l'un des principes fondamentaux du droit moderne de l'environnement et à ce titre, il est de plus en plus souvent intégré aux lois fédérales et provinciales, en plus d'être invoqué dans le cadre de litiges portés devant les cours et les tribunaux nationaux.

Le présent article se penche sur les défis et les occasions à relever en matière de litige du principe de précaution comme fondement permettant de passer en revue les actions des gouvernements. Ce faisant, le principe se trouve à emprunter et à réexaminer des thèmes et des questions qui ont déjà été abordés dans un document publié en 2007.<sup>1</sup> Depuis cette année-là, une masse critique de jurisprudence nationale portant sur l'application et l'interprétation du principe continue de faire surface. Cela dit, jusqu'à maintenant, à l'intérieur d'une grande partie de cette jurisprudence, le principe continue d'être assorti d'une considération discrétionnaire ou de constituer un principe fondamental assujéti à l'interprétation en fonction de circonstances diverses. Toutefois, il existe une preuve de plus en plus grande selon laquelle, du point de vue judiciaire, l'on s'engage vis-à-vis du principe de manière plus systématique et doctrinale. Pour reprendre les paroles d'un juriste de premier plan, cela lui donne « du travail spécifique à faire » [traduction libre].<sup>2</sup> À savoir si cette aspiration peut être réalisée et dans quelle mesure, cela dépend si le principe de précaution peut être rendu suffisamment cohérent et prévisible pour servir de base à la prise de décisions judiciaires.

Dans la deuxième partie de cet article, je présente des réflexions fondamentales sur le principe et les défis liés à son déploiement en tant qu'outil de nature judiciaire. La troisième partie présente une vue d'ensemble des diverses avenues et des théories juridiques par l'intermédiaire desquelles les diverses parties à un litige ont cherché à invoquer le principe dans le cadre de litiges nationaux. Ensuite, la quatrième partie fait le tour d'horizon de la jurisprudence canadienne sans cesse croissante qui est ressortie de ces efforts, et présente certains points de vue à l'égard de tendances et de thèmes déterminants. Et à la cinquième partie, je reviens sur la question à savoir comment et si le principe peut avoir un « objectif précis » en me penchant sur de récents éléments de jurisprudence australienne dans laquelle ce défi a été relevé directement.

---

<sup>1</sup> C Tollefson et J Thornback, « Litigating the Precautionary Principle in Domestic Courts » (2008) 19 JELP 33.

<sup>2</sup> Se reporter aux réflexions extrajudiciaires du juge Stein de la NSW Court of Appeal dans « A Cautious Application of the Precautionary Principle » (2000) 2 Environmental Law Review 1 à 2.

## II. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION : UNE VUE D'ENSEMBLE

Les origines et les incidences du principe de précaution font l'objet de nombreuses communications de la part d'érudits, communications dont le nombre est sans cesse croissant.<sup>3</sup> Étant dérivé de l'expression « mieux vaut prévenir que guérir », l'objectif même de ce principe consiste à officialiser la précaution en tant qu'obligation réglementaire vis-à-vis des menaces à l'environnement et de l'incertitude scientifique. Dans le domaine du droit international, le principe a commencé à faire surface au début des années 1980, plus précisément dans la *Charte mondiale de la nature* (1982). Depuis lors, le principe de précaution a servi de caractéristique centrale à près d'une centaine d'accords internationaux, en plus d'être intégré à une panoplie de lois nationales sur l'environnement et la santé publique dans le monde entier.

Le principe de précaution adopte diverses formulations. La version qui est la plus souvent citée est celle du principe 15 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* (1992) :

« En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »<sup>4</sup>

Cette version relativement permissive ou « faible » du principe fait souvent l'objet d'un contraste avec une version plus rigoureuse et célèbre qui a été approuvée par des activistes écologiques et des érudits lors de la conférence de Wingspread en 1998 :

« Lorsqu'une activité a pour effet de présenter des menaces pour l'environnement ou la santé de l'être humain, des mesures de précaution devraient être prises, même si des relations de cause à effet ne peuvent être entièrement établies de manière scientifique. »<sup>5</sup> [traduction libre]

En raison de sa nature malléable, ce principe a tendance à miner toute considération raisonnée et tout débat relativement à son sens et à ses incidences. Dans le but d'établir la taxonomie opérationnelle du principe, Per Sandin soutient que ses diverses formulations peuvent être analysées, de manière utile, en fonction de quatre dimensions principales : *la*

---

<sup>3</sup> Se reporter de manière générale à David Freestone et Ellen Hey, éd., *The Precautionary Principle and International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996); Arie Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2002); Harold Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (London: Graham & Trotman, 1994); Ronnie Harding et Elizabeth Fisher, *Perspectives on the Precautionary Principle* (Sydney: Federation Press, 1999); Simon Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea* (The Hague: Kluwer Law, 2003); Joakim Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions* (Cambridge: Cambridge Univ Press, 2010).

<sup>4</sup> Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, principe 15.

<sup>5</sup> Se reporter à la discussion générale dans Per Sandin, « Dimensions of the Precautionary Principle » (1999) 5 *Human and Ecological Risk Assessment* 889 à 891.

*menace, l'incertitude, l'action et la commande.*<sup>6</sup> D'après la démarche préconisée par Per Sandin, la *menace* se rapporte à la nature des dommages imminents à l'« état du monde » (particulièrement sa gravité et son (ir)réversibilité), tandis que l'*incertitude* fait allusion à « notre (manque de) connaissances à savoir si cette menace va se matérialiser et dans quelle mesure » [traduction libre]. Conformément à la plupart des formulations du principe, pour lesquelles tant la menace que l'incertitude respectent les seuils définis, une obligation d'*action* est déclenchée (c'est-à-dire pour considérer des « mesures rentables visant à prévenir la dégradation de l'environnement », des « mesures de prévention » ou des « mesures réglementaires »). Et enfin, la dimension relative à la *commande* prescrit le statut juridique de l'action à prendre, assortie de verbes d'obligation ou de permission, soit « doit » ou « peut ».<sup>7</sup>

D'après Per Sandin, un important défi à relever lorsque vient le temps d'opérationnaliser le principe de précaution se rapporte à l'imprécision caractérisant les dimensions de la « menace », de l'« incertitude », de l'« action » et de la « commande ». Les travaux réalisés par Per Sandin en matière d'évaluation des risques comportent des parallèles chez le professeur Applegate. Ce dernier soutient qu'une compréhension « apprivoisée » du principe de précaution commence à faire surface.<sup>8</sup> En vertu de cela, le principe de précaution peut fournir un véhicule procédural de prise de décisions vis-à-vis de l'incertitude. De manière traditionnelle, lorsque le principe n'est pas considéré comme faisant partie d'un processus de prise de décisions, les organismes de réglementation ne tiennent compte d'un risque que lorsque celui-ci s'élève à un standard de certitude relativement élevé. En contraste, lorsque le principe fait partie de l'équation réglementaire, le preneur de décisions est habilité (et, dans certains cas, obligé) à en tenir compte. Cependant, sa réponse doit être proportionnelle au risque et doit être adaptée au fur et à mesure que l'on acquiert plus de certitude quant au risque.

Si nous présumons que le professeur Applegate et d'autres érudits du monde juridique ont raison, en ce sens que la version apprivoisée du principe de précaution peut donner aux preneurs de décisions les moyens procéduraux nécessaires pour tenir compte du risque d'une manière qui va dans le même sens que les principes de droit administratif établis, toute une série de questions importantes surgissent alors en ce qui a trait au sens et aux incidences du principe. Cela comprend ce qui suit :

- *Dans quelles circonstances le principe devrait s'appliquer?* Autrement, devrait-il s'appliquer de manière générale ou seulement lorsque certains seuils sont atteints en matière de dommages environnementaux et d'incertitude scientifique?

---

<sup>6</sup> *Ibid*, Sandin.

<sup>7</sup> *Ibid* à 891-895.

<sup>8</sup> John S Applegate, « The Taming of the Precautionary Principle » (2002-2003) 27 Wm & Mary Envtl L & Pol'y Rev 13. Dans une veine semblable, se reporter à Elizabeth Fisher, « Is the Precautionary Principle Justiciable? » (2001) 13 JELP 315.

- *Comment devra-t-il s'appliquer?* À qui devrait incomber le fardeau de la preuve, est-ce que ce fardeau devrait être transféré à un certain moment donné, quelle sorte de preuve devrait être considérée et quelle(s) norme(s) de preuve devrai(en)t s'appliquer?
- *Quel effet correctif devrait découler de son application?* Dans quelle mesure et de quelle manière un organisme juridictionnel devrait prescrire les mesures nécessaires afin d'engendrer la conformité avec le principe?

### III. LA PRÉCAUTION : L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE DANS LE CAS DES LITIGES NATIONAUX EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Le principe de précaution peut entrer dans les litiges nationaux par deux avenues distinctes : au moyen de l'application nationale du droit international ou encore, au moyen de son application en tant que principe de droit interne ou national.<sup>9</sup> Chacune de ces catégories peut faire l'objet de subdivisions. Ainsi, le droit international peut être appliqué directement et avoir force obligatoire de son propre droit; ou il peut être appliqué indirectement, en tant qu'élément qui favorise l'interprétation des litiges. Par ailleurs, les principes autonomes de droit interne peuvent être dérivés soit de la common law, soit de sources législatives.

#### Application du droit international

Jusqu'à maintenant, peu de tribunaux ont accepté le fait que le principe de précaution, en tant que règle relevant du droit international, peut être appliqué directement aux litiges internes ou nationaux. La cour suprême de l'Inde constitue cependant une exception importante à cette règle. Dans l'affaire *Vellore Citizens Welfare Forum c. Union of India*, cette cour a soutenu que le principe faisait maintenant partie du droit coutumier international et que par conséquent, il avait force obligatoire en matière de droit interne.<sup>10</sup>

Une autre manière dont le droit international peut exercer une influence sur les litiges internes consiste à en faire l'application indirectement en tant qu'outil favorisant l'interprétation. De manière générale, les tribunaux hésitent à appliquer le principe de précaution de cette manière s'il ne cadre pas avec le droit interne ou national applicable. Toutefois, si le droit interne peut être interprété d'une manière qui cadre avec le principe, il peut alors jouer un rôle d'interprétation persuasif.

---

<sup>9</sup> Pour avoir accès à un examen comparatif de la jurisprudence relative au principe de précaution, se reporter à B Preston, juge en chef, « The Role of the Judiciary in Promoting Sustainable Development: The Experience of Asia and the Pacific » (2005) 9:2-3 Asia Pac J Envtl L.

<sup>10</sup> *Vellore Citizens Welfare Forum c Union of India*, WP 914/1991 (28 août 1996) au par 15. Plus tard, le jugement *Vellore* a été affirmé dans *MC Mehta c Kamal Nath* (1997), 1 CSC 388.

Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada à l'égard de l'affaire *Spraytech*<sup>11</sup> tient compte de l'application indirecte du droit international. Bien que le statut du principe en droit international n'ait pas été entièrement débattu devant la Cour, la majorité cite l'opinion des érudits selon laquelle « un bon argument » pourrait être formulé en ce sens qu'il est devenu un « principe de droit coutumier international ».<sup>12</sup> La majorité a ensuite employé le principe en tant que considération pertinente confirmant la validité d'une interdiction municipale à l'égard de l'utilisation de pesticides. Par conséquent, le jugement explique clairement que les principes de droit international — même ceux qui n'ont pas force obligatoire au Canada — peuvent être pris en considération lorsqu'ils viennent interpréter le droit interne ou national.

### La common law

Le principe de précaution peut également faire surface à titre de principe relevant de la common law au sein d'un système juridique interne ou national. Cela peut se faire dans le contexte direct ou indirect du droit international ou encore, indépendamment du droit international. La compétence qui reçoit le mieux la notion de ce principe ou qui pourrait le plus tôt possible lui donner un statut au sein de la common law est l'Australie, où certains érudits soutiennent que cela s'est déjà concrétisé.<sup>13</sup>

L'un des jugements les plus anciens et les plus souvent cités pour appuyer cette revendication a trait à l'affaire *Leatch c. National Parks and Wildlife Service*.<sup>14</sup> Cette affaire portait sur l'examen d'un permis permettant de tuer la faune en péril, permis qui avait été délivré à un gouvernement local dans le cadre d'un projet de construction routière. La loi pertinente n'imposait pas l'application du principe de précaution. Par conséquent, les demandeurs soutenaient que le principe avait force obligatoire en vertu du droit international. Le juge Stein de la New South Wales Land and Environment Court a présenté l'objection que voici :

« À mon sens, ce débat n'a pas lieu d'exister. Selon moi, le principe de précaution relève du bon sens et a déjà été mis en application par les preneurs de décisions dans des circonstances appropriées, avant que le principe ne soit articulé. Ce principe vise la prévention de dommages graves ou irréversibles dans des situations caractérisées par l'incertitude scientifique. En fait, en cas d'incertitude ou d'ignorance relativement à la nature ou à la portée des dommages environnementaux (que ce soit attribuable à des politiques, des décisions ou des activités), les preneurs de décisions doivent faire preuve de prudence. »<sup>15</sup> [traduction libre]

---

<sup>11</sup> 114957 *Canada Ltée (Spraytech) c Hudson (Ville)*, [2001] 2 RCS 241.

<sup>12</sup> *Ibid* au par 32.

<sup>13</sup> Charmian Barton, « The Status of the Precautionary Principle in Australia: Its Emergence in Legislation and as a Common Law Doctrine » (1998) 22 *Harv Envtl L Rev* 509 à 535.

<sup>14</sup> *Leatch c National Parks and Wildlife Service* (1993) 81 *LGRA* 270.

<sup>15</sup> *Ibid*.

En tant que principe de « bon sens » n'étant pas exclu par la législation pertinente, il a soutenu qu'il y a lieu de tenir compte du principe de précaution lorsqu'il fallait décider si des permis pourraient être délivrés pour prendre ou tuer les animaux.

### Adoption dans les lois

La manière la plus courante dont le principe de précaution se retrouve devant les cours et tribunaux nationaux prend la forme de l'adoption, implicite ou explicite, de lois nationales. Un nombre croissant de compétences a adopté des lois qui intègrent, explicitement, le principe de précaution, soit comme critère de décision substantif, soit dans le préambule. Au Canada, ce principe se retrouve maintenant, sous diverses formes, dans la plupart des lois fédérales, dont la *Loi sur les espèces en péril (LEP)*, la *Loi sur les océans*, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (LCPE)*, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)* et la *Loi sur les produits antiparasitaires (LPA)*. Récemment, ce principe a également été intégré aux modifications proposées à la *Loi sur les pêches*.

En ce moment, le principe figure dans les préambules de la *LCPE*, de la *LEP* et de la *Loi sur les océans*, de même que dans les objets de la *LCEE* (art. 4), ainsi qu'en tant que principe stratégique obligatoire en vertu de la *Loi sur les océans* (art. 30). Le principe de précaution est également exprimé en tant que considération pertinente dans le cadre de l'exercice des tâches administratives dévolues au gouvernement du Canada et à ses agences en vertu de la *LCPE* et de la *LCEE*.<sup>16</sup> Par ailleurs, dans bien des cas, tel qu'indiqué ci-dessous, le principe sert de critère de décision substantif :

- dans le cadre de la réalisation de diverses évaluations relatives à des substances susceptibles d'être toxiques, les ministres fédéraux doivent « appliquer ... le principe de la prudence », article 76.1, *LCPE*;
- dans le cadre de la préparation d'une stratégie de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent « tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance », article 38, *LEP*;
- dans le cadre de la réévaluation ou de l'examen spécial d'un produit antiparasitaire homologué, le Ministre doit « prendre en compte » le principe de prudence lorsqu'il détermine si « une situation qui présente un danger pour la

---

<sup>16</sup> Se reporter à l'art 2, *LCPE* et à l'art 4(2), *LCEE*.



santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement », paragraphes 20(1) et (2), *LPA*.

Par ailleurs, le principe de précaution, ou principe de prudence, se retrouve dans les lois provinciales, bien qu'à un rythme moins rapide. Ainsi, l'Ontario fait figure de chef de file dans le domaine, ce qui a pour effet de donner lieu à une jurisprudence de plus en plus importante, tel qu'indiqué à la quatrième partie de la présente communication. Ici, le principe est intégré à grand nombre de déclarations sur les Valeurs environnementales (VE) que chaque ministère du gouvernement provincial est tenu d'élaborer et de mettre en œuvre. Ainsi, la Valeur environnementale du ministère de l'Environnement de l'Ontario l'engage à « faire preuve de prudence au moment de prendre des décisions ». <sup>17</sup> Lorsque la Valeur environnementale d'un ministère renferme du vocabulaire de la sorte, les parties à un litige d'intérêt public soutiennent que lorsque les représentants d'un ministère ne se conforment pas au principe, que ce soit sous la forme de la délivrance d'un permis ou de l'exercice d'un pouvoir d'établissement de règlement, il s'agit là d'une raison de solliciter une autorisation d'appel à la lumière de l'action d'un ministère en vertu de la *Charte des droits environnementaux*. <sup>18</sup>

La loi qui a été adoptée en Ontario récemment au sujet des espèces en péril prévoit une manière plus directe d'aboutir à un examen judiciaire en invoquant le principe. En vertu de la *Loi sur les espèces en voie de disparition (LEVD)*, le principe doit entrer en ligne de compte dans le cadre de l'élaboration de la stratégie de rétablissement des espèces : se reporter au paragraphe 11(3), *LEVD*. Cette disposition est analogue à l'exigence énoncée en vertu de l'article 38 de la *LEP*.

Le principe figure également dans les lois provinciales sur l'environnement d'autres compétences. Cependant, jusqu'à maintenant, ces références sont relativement rares et se limitent généralement au préambule : se reporter à l'article 2 de la *Nova Scotia Environment Act*, 1994-95, c. C.1; et à l'article de la *Loi sur l'assainissement de l'air* du Nouveau-Brunswick, L.N.B. 1997, c. C-52.

---

<sup>17</sup> D'autres ministères prennent des engagements plus équivoques. Par exemple, le ministère des Richesses naturelles de l'Ontario n'emploie pas les termes « précaution » ou « prudence » dans ses VE. Cela dit, il reconnaît la nécessité, pour les membres de son personnel de « faire preuve de prudence et d'une attention particulière pour nos valeurs naturelles devant une telle incertitude » au sujet de « ... la façon dont fonctionne le monde naturel et dont nos actions ont une incidence sur celui-ci » : se reporter à la discussion dans *Sierra Club du Canada c La Reine*, 2011 ONSC 4655 (Ont Sup Crt Gen Div) au par 46.

<sup>18</sup> Se reporter à *Dawber c Ontario (Directeur, ministère de l'Environnement)* (2007) 28 CELR (3d) 281 (2008) 36 CELR (3d) 191 (Ont Sup Crt Gen Div).

#### IV. LES TRIBULATIONS : LA JURISPRUDENCE PORTANT SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION APRÈS *SPRAYTECH*

Pour que le principe de précaution s'enracine et se traduise par des avantages réels dans le contexte judiciaire ou quasi judiciaire, les cours et les tribunaux doivent trouver des moyens de s'y engager sur le plan du raisonnement juridique. Lorsque le principe est considéré comme un peu plus que du « bon sens », dans le meilleur des cas, il aide quelque peu à la prise de décisions et dans le pire des cas, il engendre l'incertitude et la subjectivité. Par ailleurs, le principe doit respecter la discrétion des preneurs de décisions élus qui doivent rendre des jugements pour le bien-être du public. Si nous faisons fi de l'incertitude en matière d'interprétation, les cours sont peu susceptibles d'adopter un principe qui est perçu comme une entrave à la discrétion judiciaire dans le but de favoriser l'équilibre d'intérêts concurrentiels.<sup>19</sup> Par conséquent, dans cette partie, je considère si la jurisprudence canadienne émergente qui vient interpréter ce principe tient compte de ces diverses inquiétudes connexes ayant trait à l'incertitude, la subjectivité, la soumission et la compétence institutionnelle, et dans quelle mesure elle en tient compte.

Malgré l'opinion de la majorité dans l'affaire *Spraytech*, les cours et les tribunaux canadiens ne se sont pas précipités pour intégrer le principe, ni ne l'ont-ils rejeté entièrement. Dans *Spraytech*, la juge L'Heureux-Dubé s'est fondée sur ce principe qui était alors une norme de droit international en devenir pour être mieux en mesure d'interpréter la validité des lois d'un gouvernement local. Pour ce faire, elle s'est également appuyée sur un concept connexe qui tient de nombreux environmentalistes à cœur : le principe de subsidiarité.<sup>20</sup> Bien que l'affaire *Spraytech* ait un caractère largement historique, le jugement n'a pas beaucoup changé, à mon avis, comment les cours et tribunaux livrent leur interprétation du principe dans le cadre d'affaires ultérieures.

---

<sup>19</sup> Il y a lieu de considérer, dans cette veine, les paroles de la Cour européenne de justice : « ... le principe de précaution n'a de l'avenir que dans la mesure où, même s'il est loin d'ouvrir grande la porte à l'irrationalité, il s'établit comme un aspect de la gestion rationnelle des risques, non pas dans le but d'atteindre un risque nul, ce qui ne semble pas exister, mais plutôt dans le but de limiter les risques auxquels les citoyens sont exposés au niveau le plus raisonnablement faible que l'on peut imaginer » [traduction libre], dans *National Farmers' Union c Secrétariat général du gouvernement de France*, ECJ C-241/01 (2 juillet 2002) à 76.

<sup>20</sup> La juge L'Heureux-Dubé observe que l'affaire fait surface « ... au sein d'une ère pendant laquelle les questions de gouvernance sont souvent examinées au moyen de la lentille du principe de subsidiarité », ce qu'elle décrit comme suit : « ... la proposition voulant que l'élaboration des lois et leur mise en œuvre se concrétisent souvent mieux à un échelon de gouvernement qui est non seulement efficace, mais également proche des citoyens touchés et par conséquent, plus sensible à leurs besoins, à leur caractère distinctif local et à la diversité de population. »

## D'une part ...

Il existe très peu d'affaires, par exemple, où l'affaire *Spraytech* a été utilisée avec succès par les parties à un litige pour astreindre les preneurs de décisions des gouvernements à tenir compte du principe de précaution lorsque ce principe n'est pas expressément énoncé dans la législation habilitante pertinente. L'un des quelques cas où un argument a fini par l'emporter dans une telle situation se rapportait à un appel concernant une décision du British Columbia Environmental Appeal Board (EAB) relativement à un pesticide. L'enjeu consistait à déterminer si l'utilisation proposée du pesticide causerait un « effet nocif déraisonnable ». En tout premier lieu, l'EAB a rejeté l'argument selon lequel son enquête par rapport à l'enjeu devrait être poussée plus loin au point de prendre en considération le principe de précaution, tel qu'énoncé dans l'affaire *Spraytech*. Cependant, après examen judiciaire, la cour suprême de la Colombie-Britannique s'est montrée en désaccord en affirmant que *Spraytech*, et le principe de précaution en particulier, commandait une analyse plus vaste que celle réalisée par l'EAB : se reporter à *Wier c. BC (EAB)*, [2003] B.C.J. No. 2221.<sup>21</sup>

Cela dit, malgré cette admonestation, l'EAB se montre réticent à adhérer aux arguments selon lesquels on devrait « attacher un sens » au principe ou encore selon lesquels on devrait considérer le principe comme pertinent en ce sens qu'il se traduit par des décisions habilitantes ou approbatoires lorsque la loi serait autrement muette. Par exemple, dans *Burgoon c. B.C. (Ministry of Environment)* (EAB, 2010), l'EAB a rejeté un argument selon lequel les décisions relatives aux permis d'utilisation des eaux devraient être assujetties à un examen détaillé en vertu du principe, ce qui aurait pour effet de distinguer *Wier* sur la base que les décisions en matière de permis d'utilisation des eaux, contrairement aux décisions en matière d'utilisation des pesticides, n'ont pas de considération de « raisonabilité ».<sup>22</sup> Une autre raison énoncée dans l'affaire *Burgoon* expliquant le refus de l'invitation à appliquer le principe — selon l'EAB — c'est qu'il existe plusieurs versions différentes du principe et qu'il n'est pas clair « en l'absence d'énonciation claire dans la loi » laquelle des versions il y a lieu d'employer.<sup>23</sup>

Dans le cadre d'un certain nombre d'affaires récentes, les cours et les tribunaux de l'Ontario ont également tenu compte d'arguments relatifs à l'applicabilité du principe de même qu'à sa signification. Grand nombre de ces affaires découlent du vocabulaire utilisé dans les Valeurs environnementales du Ministère qui font allusion au principe. L'affaire *Greenspace Alliance c. Ontario (Ministère de l'Environnement)*<sup>24</sup> a présenté un

<sup>21</sup> *Wier c BC (EAB)*, [2003] BCJ No 2221 aux par 33-38.

<sup>22</sup> *Burgoon c British Columbia (Ministry of Environment)*, [2010] BCEA n° 5; 53 CELR (3D) 1 au par 127 [*Burgoon*].

<sup>23</sup> *Ibid* au par 132. Et de manière semblable, se reporter à *City of Cranbrook c British Columbia (Ministry of Environment)*, [2009] BCEA n° 2; 42 CELR (3d) 240 par 38.

<sup>24</sup> *Greenspace Alliance of Canada's Capital c Ontario (Ministère de l'Environnement)* (2009), CELR (3d) 216 [*Greenspace Alliance*].

sommaire utile de la jurisprudence à ce sujet. Dans le cadre de cette affaire, les demandeurs soutenaient que le principe : « ... en cas d'incertitude quelconque, le preneur de décisions doit alors présumer que l'activité sera aussi dangereuse qu'elle ne pourrait l'être » [traduction libre].<sup>25</sup> Le Tribunal de l'Environnement a soutenu, par contre, que « d'exiger une preuve absolue ... n'est pas une attente réaliste de la science ou du directeur » [traduction libre].<sup>26</sup> D'après le Tribunal, le principe devrait plutôt être interprété de manière que les promoteurs soient obligés de fournir une preuve scientifique crédible à savoir si l'activité proposée fera des dommages à l'environnement et dans quelle mesure cela se produira. À ce propos, le Tribunal de l'environnement déclare :

« ... Lorsqu'il existe une preuve crédible selon laquelle il est invraisemblable que des dommages soient faits, le degré d'incertitude est considérablement réduit et il est alors en harmonie avec l'approche de précaution lorsque vient le temps pour le directeur d'approuver l'activité et doit être assorti de mesures visant à prévenir les dommages et à confirmer les prédictions. Par contre, lorsque le degré d'incertitude est grand ... le directeur doit présumer qu'il y aura des dommages. Dans un tel cas, toute personne raisonnable qui accorde de l'importance à l'approche de précaution refuserait le permis. »<sup>27</sup> [traduction libre]

Dans le cadre de jugements récents de la Cour divisionnaire de l'Ontario, on a pu constater une certaine résistance aux tentatives visant à invoquer le principe. Ainsi, dans l'affaire *Sierra Club du Canada c. Ontario*, la partie requérante a contesté un permis qui avait été délivré par le ministère des Richesses naturelles en vertu de la *Loi sur les espèces en voie de disparition*, permis qui autorisait la perturbation de l'habitat d'espèces en voie de disparition en raison d'un important projet visant la construction d'un pont.<sup>28</sup> La partie requérante soutenait que le Ministère était obligé au principe (en vertu de son inclusion dans le préambule de la Loi et des Valeurs environnementales du Ministère) et qu'en délivrant un permis, le Ministère se trouvait à manquer à son devoir l'obligeant à se conformer au principe. La Cour a alors rejeté les deux propositions. Elle a soutenu que le principe « ne constituait pas une exigence juridique ou réglementaire » et quand dans tous les cas, le Ministère avait considéré et tenu compte du principe dans la mesure où c'était mandaté par les Valeurs environnementales dans le cadre de ses délibérations avant de délivrer le permis.<sup>29</sup>

Les allégations selon lesquelles le Ministère avait manqué de se conformer au principe ont également été au premier plan d'un autre examen judiciaire récent de la Cour divisionnaire : *Hanna c. Ontario (Procureur général)*.<sup>30</sup> Cette affaire visait l'annulation de règlements prescrivant les exigences en matière de retrait pour les projets d'énergie éolienne, exigences qui avait été promulguées par le Ministère de l'Environnement. Cette

---

<sup>25</sup> *Ibid* au par 135.

<sup>26</sup> *Ibid* au par 139.

<sup>27</sup> *Ibid* au par 138.

<sup>28</sup> *Sierra Club du Canada c Ontario (Richesses naturelles et Transports)*, 2011 ONSC 4655 [*Sierra Club*].

<sup>29</sup> *Ibid* aux par 53 et 60.

<sup>30</sup> *Hanna c Ontario (Procureur général)*, 2011 ONSC 609 [*Hanna*].

demande affirmait que les exigences de retrait n'étaient pas adéquates et qu'elles n'étaient pas conformes au principe de précaution applicable en vertu de son inclusion dans les Valeurs environnementales du Ministère. La Cour divisionnaire avait rejeté la demande sous prétexte que le principe de précaution n'était qu'un seul des dix principes énoncés dans les Valeurs environnementales, qu'il n'y avait pas de « preuve claire » que les exigences de retrait étaient inadéquates et que la partie requérante conservait la possibilité de contester les approbations de turbines éoliennes spécifiques en fonction de leurs mérites auprès du Tribunal de l'environnement.<sup>31</sup>

### **Mais d'autre part ...**

La récente jurisprudence n'abonde pas toujours dans le même sens cependant. En effet, trois jugements rendus récemment laissent entrevoir une perspective beaucoup plus sanguine à l'égard du rôle et de l'avenir du principe. Il s'agit dans les trois cas de jugements de la Cour fédérale du Canada, et les trois jugements découlent de l'interprétation de dispositions juridiques qui mandatent précisément la considération du principe en tant que critère décisionnel.

Les jugements relatifs à deux des cas ont été rendus en 2009 dans le cadre de litiges visant à contraindre le gouvernement fédéral à désigner un habitat critique relativement aux stratégies de rétablissement visées par le paragraphe 41(1) de la *Loi sur les espèces en péril*. Selon la disposition en question, la désignation d'un tel habitat est obligatoire « dans la mesure du possible » en fonction des meilleurs renseignements connus.<sup>32</sup> Les espèces en jeu étaient le tétras des armoises et le naseux de Nooksack. Dans les deux cas, l'argument soutenait que le gouvernement fédéral avait agi de manière illégale en omettant de désigner un habitat critique même si les faits laissaient entendre qu'il était possible de le faire.

Tel que mentionné plus tôt, la *Loi sur les espèces en péril* fait mention du principe de précaution non seulement dans son préambule mais également à titre de considération décisionnelle obligatoire en vue de la préparation d'une stratégie de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion (se reporter à l'article 38 de cette loi) Dans les deux jugements, la Cour fédérale a interprété l'obligation en matière de désignation d'habitat en vertu de l'article 41 de la loi comme si cet article reflétait et incorporait le principe. Elle a par ailleurs conclu que l'omission, pour le gouvernement, de désigner un habitat allait non seulement à l'encontre du principe mais était également illégale. En effet, le jugement rendu dans le cadre de l'affaire du naseux de Nooksack va encore plus loin. Le jugement faisait remarquer que le principe de précaution est « une caractéristique

---

<sup>31</sup> *Ibid* aux par 28-31.

<sup>32</sup> *Alberta Wilderness Assn c Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2009] FCJ 876 (l'affaire du tétras des armoises) et *Environmental Defence Canada c Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [2009] FCJ 1052 (l'affaire du naseux de Nooksack).

importante de la Convention [sur la diversité biologique] ratifiée par le Canada, et que la *Loi sur les espèces en péril* doit être interprétée comme « étant conforme aux valeurs et aux principes de la Convention [et que] la cour doit éviter toute interprétation qui pourrait faire en sorte que le Canada manque à ses obligations en vertu de la Convention. » [traduction libre]<sup>33</sup>

Le troisième jugement a été rendu vers la fin de 2011. La partie requérante de cette affaire avait demandé au ministre fédéral de la Santé d'entreprendre l'« examen spécial » (en vertu du paragraphe 17(1) de la *Loi sur les produits antiparasitaires*) d'un pesticide enregistré, soit une variété de produit à base de glyphosate épandu régulièrement dans le but de maîtriser les sous-bois.<sup>34</sup> La demande avait été rejetée par le Ministre. Après l'examen judiciaire, la partie requérante a soutenu que les scientifiques étaient incertains des effets de ce pesticide sur les amphibiens des zones humides. Vu cette incertitude, elle a maintenu que le paragraphe 20(2) de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (dont il est question à la troisième partie ci-dessus) obligeait le Ministre à « tenir compte » du principe lorsqu'il décidait si un examen spécial était justifié.

La décision du juge Kelen donne de nombreux détails sur l'évaluation scientifique entreprise par l'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire au nom du Ministre. Cette évaluation interne a permis de mettre au jour des points de vue divergents à l'égard de la toxicité du pesticide visé. Par conséquent, le juge Kelen a conclu qu'il s'agissait là d'une situation pour laquelle l'application du principe l'obligeait à rendre son jugement en faveur de la partie requérante :

« En raison des opinions de l'Agence de réglementation qui se penchent des deux côtés de la question à savoir si le pesticide présente un risque inacceptable aux amphibiens des zones humides saisonnières, le principe de précaution obligerait le Ministre à faire un examen spécial de cette question. »<sup>35</sup> [traduction libre]

## À l'intérieur de la mentalité judiciaire

Certains thèmes commencent à émerger de ces affaires. Entre autres, peu de patience est manifestée à l'égard des revendications selon lesquelles le principe de précaution est un atout et que lorsque celui-ci est joué, il fait pencher la balance d'un côté particulier.<sup>36</sup> Dans la même veine, les cours et les tribunaux sont rébarbatifs aux revendications selon lesquelles la conformité au principe oblige les preneurs de décisions à reporter

---

<sup>33</sup> *Ibid*, *Environmental Defence* aux par 34 et 38.

<sup>34</sup> Se reporter à *Wier c Canada (Santé)*, 2011 FC 1322. La partie requérante de cette affaire était la redoutable Josette Wier, médecin francophone ne pratiquant pas la médecine et habitant à Smithers, en Colombie-Britannique. Madame Wier, qui se qualifie de « chercheuse environnementale », a également réussi à plaider une autre affaire ayant trait au principe de précaution auprès du BC Environmental Appeal Board en 2003, dont mention est faite à la note 21 de la présente communication.

<sup>35</sup> *Ibid* au par 101.

<sup>36</sup> Se reporter à *Hanna*, *supra* note 30 au par 30 et *Sierra Club*, *supra* note 28 au par 49.

l'approbation d'activités susceptibles d'être nuisibles en cas d'incertitude scientifique au sujet de la nature ou de l'étendue des dommages.<sup>37</sup> Il n'est pas clair de quel degré de certitude scientifique il faut bénéficier ou de quelles formes de preuve scientifique il faut pour que l'évaluation soit fiable. Cela dit, lorsque les opinions divergent au sein même des organismes de réglementation et surtout au sein des propres conseillers scientifiques des gouvernements à l'égard de la nature ou de l'étendue des dommages, il semblerait que l'enjeu soit mis à l'épreuve.<sup>38</sup> Dans la même optique, il semble également clair que les arbitres désirent obtenir une preuve convaincante qu'une mesure proposée ou qu'une norme pose un risque grave à la santé de l'être humain ou de l'environnement avant de conclure que le principe s'applique.<sup>39</sup> Cela dit, l'ampleur du risque admissible n'est pas clairement définie.

Ces affaires semblent aussi laisser entendre qu'il est important de savoir *comment* le principe est présenté dans le cadre du litige. À part l'affaire *Spraytech*, le principe n'a été que rarement invoqué lorsqu'il n'y a pas de mention expresse ou de référence dans les lois concernées au sujet du principe. L'une des quelques exceptions prend la forme de l'affaire *Wier c. BC (EAB)* (2003), dont le jugement n'a pas été remarqué, jusqu'à maintenant, par le monde judiciaire au-delà de la Colombie-Britannique.<sup>40</sup> De plus, lorsque l'argument soutient que le principe devrait être utilisé pour aider à interpréter (dans une situation où la loi ne contient aucune mention), ce n'est pas entièrement clair quelle version du principe devrait s'appliquer, et il s'agit là d'une incertitude qui semble engendrer un malaise considérable du point de vue judiciaire.<sup>41</sup>

Même lorsque le principe est explicitement mentionné dans le préambule ou dans les objets de la loi, les arbitres peuvent être sceptiques car ils ne savent pas si le principe a force exécutoire ou statut juridique. Dans l'affaire *Sierra Club*, la Cour divisionnaire est particulièrement dédaigneuse de l'idée selon laquelle toute mention se rapportant au principe dans le préambule ne fait plus qu'introduire les idées et les préoccupations qui informent le texte de loi qui suit.<sup>42</sup> Quasi invariablement, les affaires pour lesquelles des références au principe dans le préambule ou dans les objets de la loi ont été interprétées

<sup>37</sup> Se reporter à *Greenspace Alliance*, *supra* note 24 au par 135-138.

<sup>38</sup> Se reporter à *Wier c. Canada (Santé)*, *supra* note 34 au par 101.

<sup>39</sup> Se reporter, par exemple, à *Hanna*, *supra* note 30 au par 34 où la Cour divisionnaire fait allusion à une preuve claire.

<sup>40</sup> *Wier c. BC (EAB)*, *supra* note 21.

<sup>41</sup> Se reporter à *Burgoon*, *supra* note 22 aux par 130-132. La version *Bergen* du principe dont il est question dans *Spraytech*, par exemple, ne comprend pas de référence aux mesures effectives, une mesure qui est plus souvent citée dans la version de la *Déclaration de Rio* (principe 15).

<sup>42</sup> Se reporter à *Sierra Club*, *supra* note 28 au par 54.

de manière plus intense ont tendance à être des affaires où le principe fait également partie d'un critère de décision substantif au sein du même régime statutaire.<sup>43</sup>

## V. EST-CE QUE LE PRINCIPE PEUT AVOIR UN OBJECTIF PRÉCIS?

« Bien que peu de considération ait été accordée, sur le plan judiciaire, à l'approche de précaution ou au « principe de précaution » ... le fil d'Ariane qui émerge clairement de toute considération accordée à cette approche, c'est qu'elle dicte la prudence, mais qu'elle ne dicte pas l'inaction et que généralement parlant, elle ne dicte pas un plan d'action particulier au détriment d'autres plans d'action. » [traduction libre]

~Madame la juge Christine Wheeler, Court of Appeal of West Australia »<sup>44</sup>

Maintenant, je propose de revenir à une question qui a été posée au début de cette communication : si l'on présume que les cours ou les tribunaux sont enclins à mettre le principe en application ou soient obligés de le faire, dans quelle mesure peut-il avoir un objectif précis? Comme je l'ai déjà mentionné, divers érudits du monde du droit soutiennent qu'il y a lieu « d'appriivoiser » le principe, en ce sens qu'il pourrait guider les preneurs de décisions au lieu de leur dicter quoi faire.<sup>45</sup> À savoir si cela peut être le cas — en effet, à savoir si le principe peut devenir justiciable — dépend beaucoup de la créativité et de l'initiative des avocats et des cours. Il y a cinq ans, dans un article qui a précédé celui-ci, j'ai expliqué et critiqué un nouveau jugement de la Land and Environment Court of New South Wales qui représentait, d'après moi, un pas important dans ce sens : *Telstra Corporation Ltd. c. Hornsby Shire Council*, [2006] NSWLEC 133. Dans le reste de cette partie, je vais parler de l'affaire *Telstra* et considérer si elle a eu pour effet de donner un objectif précis au principe.

### Telstra et ses incidences

L'affaire *Telstra* avait trait à une proposition de construction d'une station de téléphone cellulaire en banlieue de Sydney, en Australie.<sup>46</sup> En raison des craintes exprimées par les gens au sujet de l'effet de l'énergie de radiofréquence électromagnétique, le conseil de Shire a refusé la demande d'installation de la station même si celle-ci se conformait à une norme de sécurité nationale pertinente évaluée par les pairs. La décision du conseil a fait l'objet d'un appel auprès de la Land and Environment Court of New South Wales,

---

<sup>43</sup> Se reporter, par exemple, aux références préambulaires de la *Loi sur les espèces en péril* (jugements du tétras des armoises et du naseux de Nooksack) ainsi qu'aux références préambulaires de la *Loi sur les produits antiparasitaires* (dans *Wier c Canada*).

<sup>44</sup> *Bridgetown/Greenbushes Friends of the Forest Inc c Executive Director of Conservation and Land Management* (1997), 18 WAR 102 par la juge Wheeler (décision prise avant qu'elle ne soit élevée à la cour d'appel).

<sup>45</sup> Se reporter à Applegate, *supra* note 8.

<sup>46</sup> *Telstra Corporation Ltd c Hornsby Shire Council*, [2006] NSWLEC 133 [*Telstra*].



conformément à la loi *Environmental Planning and Assessment Act, 1979 (EPA)*.<sup>47</sup> Selon cette loi, les principes du développement durable, ce qui comprend le principe de précaution, doivent être pris en considération dans le cadre des demandes d'installations.<sup>48</sup>

Dans le cadre de l'affaire *Telstra*, il fallait déterminer si et comment appliquer le principe de précaution en respectant trois étapes discrètes : 1) décider si le principe s'appliquait ou non; 2) dans l'affirmative, il fallait faire retomber le fardeau de la preuve sur la partie adverse et 3) déterminer la réponse ou réaction appropriée de la part du gouvernement.

Une caractéristique importante de l'affaire *Telstra*, c'est la reconnaissance de l'importance de restreindre l'application du principe à des situations où il peut ajouter une valeur d'analyse. Cela signifie que pour que le principe puissent être mis en application, la partie requérante doit établir deux conditions préalables : 1) l'existence d'une menace de dommages environnementaux graves ou irréversibles et 2) l'existence d'une incertitude scientifique à l'égard des dommages environnementaux.<sup>49</sup> À savoir si ces conditions préalables existent, il s'agit alors de questions de fait.

Selon la première condition préalable, les dommages imminents à l'environnement doivent être *graves ou irréversibles*. Conformément à l'affaire *Telstra*, cela peut se mesurer en fonction d'une variété de facteurs, notamment :

- « a) l'échelle spatiale de la menace (soit locale, régionale, à la grandeur de l'État, nationale ou internationale);
- b) l'ampleur des incidences éventuelles, tant sur les systèmes naturels qu'humains;
- c) la valeur perçue de l'environnement faisant l'objet de la menace;
- d) l'échelle temporelle des incidences éventuelles, tant en ce qui a trait au moment qu'à la durée (ou la persistance) des incidences;
- e) la complexité et la connectivité des incidences éventuelles;
- f) la gérabilité des incidences éventuelles, plus précisément en ce qui a trait à la disponibilité des moyens et à l'acceptabilité des moyens;
- g) le degré d'inquiétude manifesté par le grand public et la rationalité de la justification scientifique ou de toute autre preuve à la base des inquiétudes du public; et

---

<sup>47</sup> *Environmental Planning and Assessment Act, 1979 (NSW)*. La Land and Environment Court of New South Wales est une cour d'archives supérieure spécialisée. Elle s'occupe de faire des examens du bien-fondé des demandes, des examens judiciaires, de la mise en force civile, des poursuites au criminel, des appels en matière criminelle ainsi que des poursuites civiles en matière de planification, d'environnement, de terres et d'exploitation minière. Cette cour a été créée en 1979 en vertu d'une loi.

<sup>48</sup> *Telstra*, *supra* note 46 aux par 121-26.

<sup>49</sup> *Ibid* au par 128.

h) la réversibilité des incidences éventuelles et, si elles sont réversibles, le délai dans lequel les incidences peuvent être renversées ainsi que les difficultés qui seront rencontrées ce faisant de même que les dépenses qui devront être engagées pour y arriver. »<sup>50</sup> [traduction libre]

En vertu de cette approche, la gravité de la menace est principalement une question de « valeur » par opposition à une question de « science » et celle-ci doit être jugée au moyen de consultations avec une vaste gamme d'experts, d'intervenants et d'ayants droit. Cependant, cela ne signifie pas que la science n'est pas pertinente à ce stade-ci de l'enquête : en effet, le juge en chef Preston fait précisément remarquer que la « menace des dommages environnementaux doit être adéquatement soutenue par une preuve scientifique. »<sup>51</sup>

Selon la deuxième condition préalable, il doit y avoir *une absence de certitude scientifique complète*. Dans le cadre de l'évaluation de cette question de fait, l'affaire *Telstra* postule un autre éventail de facteurs, notamment :

« a) la suffisance de la preuve selon laquelle il pourrait y avoir des dommages graves ou irréversibles à l'environnement en raison d'un plan, d'un programme ou d'un projet d'installation;

b) le degré d'incertitude, ce qui comprend le genre d'incertitude (comme l'incertitude technique, méthodologique ou épistémologique); et

c) la possibilité de réduire l'incertitude en tenant compte de ce qui est possible en principe, sur le plan financier et dans un délai raisonnable. »<sup>52</sup> [traduction libre]

L'affaire *Telstra* ne se trouve pas à répondre à la question cherchant à savoir qu'est-ce qui constitue un degré d'incertitude scientifique nécessaire et suffisant pour déclencher l'application du principe. De son point de vue, cette norme peut différer en fonction de la nature des dommages environnementaux imminents. Une décision-clé rendue récemment et appliquée à l'affaire *Telstra* avait adopté une norme d'« incertitude substantielle ».<sup>53</sup> Lorsque les conditions préalables sont présentes, le principe de précaution est alors déclenché. Cela signifie que le fardeau de la preuve est alors transféré au promoteur et que celui-ci doit montrer qu'il n'existe pas de menace de dommages environnementaux graves ou irréversibles ou que cette menace est négligeable. Si le promoteur est dans l'impossibilité d'établir la preuve, le preneur de décisions du gouvernement doit alors présumer que les dommages seront graves ou irréversibles.

Dans une telle situation, le preneur de décisions doit agir de manière conforme au principe. La réaction qu'implique le principe de précaution dépend du résultat de l'évaluation des risques. L'objectif déterminant de la réaction, c'est la proportionnalité. Plus la menace est grande et plausible, plus le degré de précaution doit être grand. En cas

---

<sup>50</sup> *Ibid* au par 131.

<sup>51</sup> *Ibid* au par 134.

<sup>52</sup> *Ibid* au par 141.

<sup>53</sup> *Environment East Gippsland Inc c VicForests*, [2010] VSC 335 au par 197 [*EEG Inc*].

d'incertitude, il devrait y avoir une marge d'erreur afin que des dommages graves ou irréversibles soient moins susceptibles de se produire. La marge d'erreur peut alors être gérée au moyen de plans de gestion adaptables ou de plans de gestion étape par étape.

Au bout du compte, l'approche soigneusement élaborée dans le cadre de l'affaire *Telstra* n'a pas été mise à l'épreuve en fonction des faits de l'affaire. Ainsi, le juge en chef Preston avait décidé que la partie qui voulait que le principe de précaution entre en jeu (le conseil de Shire dans ce cas-ci) n'avait pas réussi à présenter des preuves capables de soutenir le fait que la station cellulaire proposée présentait une menace de dommages graves ou irréversibles. Par conséquent, le principe de précaution ne s'appliquait pas, ce qui signifie qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre l'analyse.

Toutefois, la démarche préconisée en vertu de l'affaire *Telstra* a été appliquée de manière plus complète dans des cas ultérieurs.<sup>54</sup> À ce sujet, notons que l'affaire pour laquelle la démarche a été utilisée le plus fidèlement fait appel à un scénario bien connu, surtout pour ceux d'entre nous qui sommes sur la côte Ouest. Ici, le conflit, qui a fait surface dans une région éloignée du sud de l'Australie, a été déclenché par des plans d'exploitation forestière dans une vieille forêt appartenant à la Couronne, plans qui étaient susceptibles de menacer plusieurs espèces en voie de disparition : se reporter à *Environment East Gippsland Inc. c. VicForests*, [2010] V.S.C. 335. Il est intéressant de constater comment le juge Osborn de la cour suprême de Victoria analyse ce conflit complexe en s'appuyant sur l'affaire *Telstra*.

Dans cette affaire, le groupe environnemental ayant formulé la plainte a entrepris une poursuite afin d'obtenir une injonction contre l'exploitation forestière proposée par le défendeur, soit la société forestière appartenant à l'État. Le défendeur avait obtenu des approbations visant la récolte de bois d'œuvre dans une zone connue sous le nom de Brown Mountain, relevant de la région East Gippsland de l'État de Victoria, dans le sud-est de Melbourne. Brown Mountain est entourée de réserves de conservation et renferme une vieille forêt comprenant du bois d'œuvre revêtant une grande valeur et une grande importance écologique. La région faisant l'objet du litige abritait des dizaines d'espèces menacées ou en voie de disparition, dont le kangourou-rat à longues pattes, la ninose puissante et la grenouille fousseuse géante.<sup>55</sup> En vertu d'un code de pratique ayant force obligatoire, le défendeur était obligé de planifier et d'entreprendre l'exploitation en respectant le principe de précaution.

Cette affaire revêt un intérêt particulier chez les avocats canadiens s'occupant de questions environnementales qui sont habitués à la manière hautement restreinte à

---

<sup>54</sup> En voici certains exemples : *Environment East Gippsland Inc c VicForests*, [2010] VSC 335; *Rosen & Anor c Macedon Ranges Shire Council*, [2010] VSC 583; *Newcastle & Hunter Valley Speleological Society Inc c Upper Hunter Shire Council and Stoneco Pty Ltd*, [2010] NSWLEC 48; *GHD Pty Ltd c Palerang Council*, [2009] NSWLEC 1342; et *Royal Motor Yacht Club*, [2008] NSWLEC 1126.

<sup>55</sup> *EEG Inc*, *supra* note 53 au par 316.

laquelle est confrontée la prise de décisions en matière de supervision judiciaire des ressources naturelles au Canada. À mon avis, les motifs soigneusement exprimés par le juge Osborn aident à réfuter la notion selon laquelle le principe peut, à tout le mieux, jouer un rôle de second plan dans le jugement.

Cette affaire survient dans le contexte de ce que le juge Osborn caractérise de lois et de règlements « labyrinthins ». Une des grandes questions qu'il fallait trancher consistait à déterminer si et dans quelle mesure le principe de précaution s'appliquait aux plans d'exploitation forestière du défendeur et quelles en seraient les incidences (en termes de mesures injonctives). Pendant seize jours, la cour a entendu les preuves. Au bout du compte, dans le cas de cinq espèces — la ninexe puissante et la chouette tachetée, le chat marsupial à queue tachetée, la grenouille fousseuse géante et la rainette brune — le principe a joué un rôle décisif lorsque la cour a conclu que l'exploitation forestière devrait être interdite en attendant que d'autres études visant à déterminer quelles mesures s'avéraient nécessaires pour assurer la survie des espèces soient effectuées.

Afin de comprendre comment le juge Osborn a évalué les preuves dans le cadre de l'affaire *Telstra*, il est bon de reprendre son analyse relativement à deux des espèces en jeu, soit la grenouille fousseuse géante et la rainette brune. Il a conclu ce qui suit dans le cas de ces espèces :

« a) l'exploitation forestière proposée présente une *menace réelle assortie de dommages graves ou irréversibles* à l'environnement (visant ces deux espèces) pour diverses raisons, notamment leur statut d'espèces menacées et les preuves pertinentes présentées par des experts;

b) ces dommages sont assortis d'un *manque de certitude scientifique* complète, ce qui comprend des preuves relativement à des incertitudes très considérables en matière de répartition, de biologie et de conservation de chacune des espèces;

c) le défendeur n'a pas démontré que la menace est *négligeable* en ce sens qu'il n'a pas présenté de preuve d'expert spécialisé en biologie et en conservation des grenouilles;

d) la menace peut être atténuée grâce à la *gestion adaptative*, ce qui comprend des mesures de gestion qui permettraient de beaucoup mieux informer un jugement ultérieur en matière de valeurs de conservation pertinentes de Brown Mountain ... [et la réduction] ... de l'incertitude moyennant des coûts restreints et un délai raisonnable;

e) les mesures proposées sont *proportionnelles* à la menace en jeu. L'exploitation est limitée. De plus, elle peut être définie ... et sa supervision peut être contrôlée ... Par ailleurs, il existe une preuve satisfaisante selon laquelle le fait de remettre l'exploitation forestière à plus tard, en attendant que des études plus poussées soient terminées, causerait un important tort financier à VicForests (les italiques ont été ajoutés). »<sup>56</sup> [traduction libre]

Bien que ces extraits ne soient pas nécessairement représentatifs de la situation, je soutiens que ce jugement relève d'un conflit qui est extraordinairement complexe, tant du

---

<sup>56</sup> *Ibid* au par 506.

point de vue juridique que scientifique. Et j'ajouterais que le principe de précaution est loin de se créer du travail et que le jugement montre de manière convaincante que le principe, s'il est bien apprivoisé, peut effectivement représenter un puissant outil d'analyse et de résolution de conflits tels que celui-ci. Entre autres raisons, je crois que cela est attribuable au soin employé par le juge dans l'application du principe à l'affaire *Telstra*, plus particulièrement en ce qui a trait aux conditions préalables au principe et à la nécessité de calibrer une réponse judiciaire qui est proportionnelle au risque.

## VI. CONCLUSION

Il y a cinq ans, la conclusion de mon premier article à ce sujet mettait l'accent sur les balbutiements du développement judiciaire du principe et j'exprimais l'espoir que les avocats se feraient les défenseurs d'une approche nuancée en matière de mise en œuvre du principe qui serait capable de persuader les cours que cette approche a pour effet d'ajouter de la valeur et qu'elle est compatible avec leur compétence et juridiction de supervision des mesures administratives.<sup>57</sup> C'étaient là les débuts. Toutefois, maintenant plus que jamais, les avocats disposent des outils et des précédents nécessaires pour convaincre les cours non seulement du bien-fondé du principe de précaution, mais également de sa viabilité.

---

<sup>57</sup> Tollefson et Thornback, *supra* note 1 à 58.